CVIACII
OPERA POSTVMA.

IACOBI CVIACII

IC. PRÆSTANTISSIMI

OPERVM POSTVMORVM

QVÆ DE IVRE RELIQVIT,

TOMVS PRIMVS.

SIVE

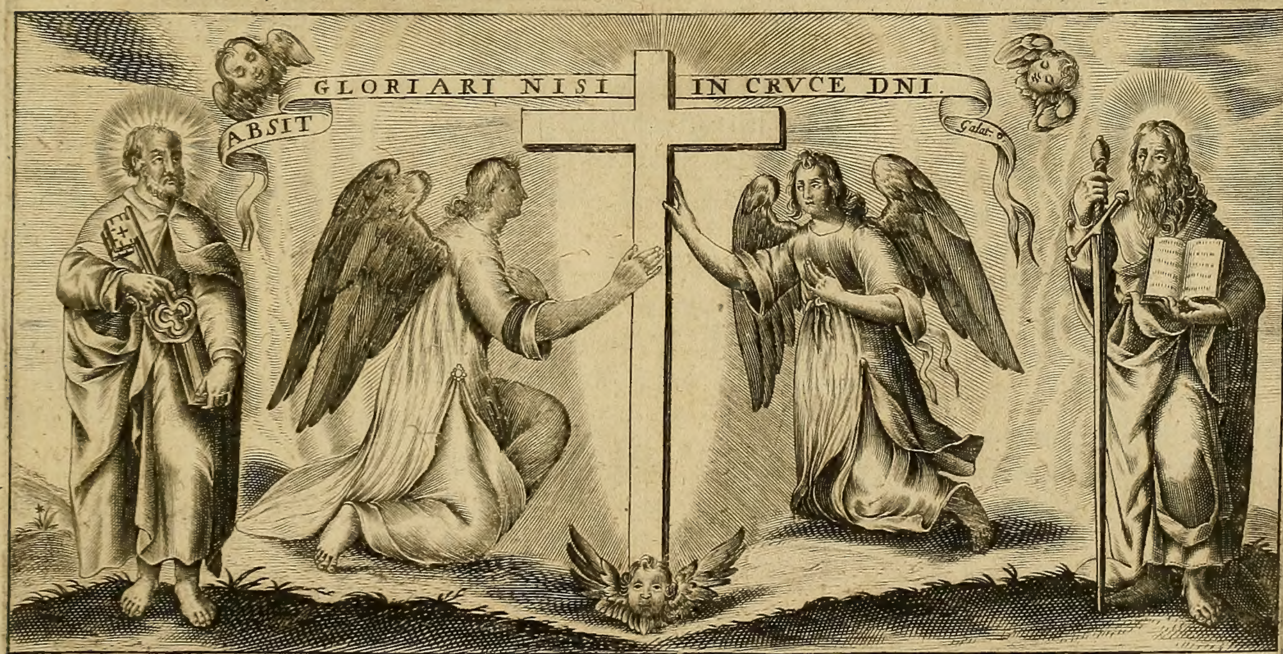
PAPINIANVS

QVO CONTINENTVR AD VNIVERSA PAPINIANI OPERA; quæ in Pandectis supersunt,

RECITATIONES ACVTISSIMÆ ET VTILISSIMÆ.

A mendis quibus antea scatebant pene innumeris ope MSS. Codicum repurgatæ.

Opera & studio CAROLI ANNIBALIS FABROTI IC.



LVTETIÆ PARISIORVM,

Impensis Societatis Typographicæ Librorum Officij Ecclesiastici, iussu Regis constitutæ.

M. DC. LVIII.

CVM PRIVILEGIO REGIS.

HIC TOMVS DIVISVS EST

IN DVAS PARTES.

In priore parte continentur

QVÆSTIONES PAPINIANI.

In altera

RESPONSA, DEFINITIONES,
Et cetera eiusdem Papiniani opera.

INDEX
LEGVM ET PARAGRAPHORVM
IN QVÆST. PAPINIANI EXPLICATORVM.

FINIS INDICIS LEGVM, &c.



IACOBI



IACOBI CVIACII I. C. COMMENTARIA ACCVRATISSIMA IN LIBROS QVÆSTIONVM SVMMI INTER VETERES IVRISCONSVLTI Æmilij Papiniani.

OPVS POSTVMVM.



POST Africanum, ſi, quod inſtituo, dederit Deus, vt poſſim explicare Papinian. eâdem qua ſoleo arte diligentiáque, dederit, quod nulli antea vnquam dederit, mihi finiendorum laborum tempus, miſſionémque maturam. Verum non poſſum tantam rem præſtare, nec vos in eandem rem incumbentes, quidquam proficere, ſine diuino numine: Id inuocandum eſt nobis initio: inuocandum quotidie dum procedit opus. Petita igitur hodie venia & quotquot ſequentur diebus: Te precamur Deus opt. maxime, per IESVM CHRISTVM, vt in hoc labore, nec non in cæteris actionibus omnibus, nobis adſis volens, ac propitius regas nos tuo ſancto Spiritu, vt & viui placeamus quibus prodeſſe volumus ſecundum eius voluntatem: & mortui, ſi id optare fas eſt, iiſdem non inutiles ſimus. Id ita Deus faxit.

Æmilius Papinianus, qui & Papianus dicitur contractiori nomine, maximè à Græcis, vt *Nou.* 1. *&* 118. præceptor fuit Africani, ſi Lampridio credimus: à diſcipulo igitur aſcendimus ad præceptorem, cui etiam eodem auctore diſcipuli fuere Vlpianus, Paulus, Pomponius, Alphenus, Florentinus, Marcianus, Calliſtratus, Hermogenes, Venuleius, Triphoninus, Mætianus, Celſus, Proculus, Modeſtinus. Verùm conſtat longè ante Papinianum & Alphenum fuiſſe & Celſum & Proculum, vt non potuerint Papiniani eſſe diſcipuli. Non eſt igitur per omnia Lampridio credendum: ſed nec quod de Africano: nam Iuliani potius diſcipulus fuit, vt notat Accurſ. in *l.* 16. *de pecul. leg. & l. heres,* 21. §. *ſeruo, ff. de fideiuſſ.* Iulianum autem Papiniano eſſe antiquiorem nemo ambigit. Dubito etiam, an verum ſit, quod Lampridius in Papiniani diſcipulorum numero Modeſtinum ponit: nam Modeſtinus ipſe Cerbidium Scæuolam, & Domitium Vlpianum, & Iulium Paulum laudat quaſi Coryphæos iuriſperitorum, *l.* 13. §. *aliud etiam, verſ. ſed etſi, de excuſat. tutor.* & ipſe Vlpianus eum ſibi vindicat, & ſtudioſum ſuum vocat in *l. ſi quis vxori,* §. *ſi quis aſinum, de furt.* hoc eſt, μαθητὴν, vt Baſilica interpretantur, quaſi dicas diſcipulum, quod alij de nullo audent aſſerere: & vero nimia licentia eſt: nam ſi verum amamus, ſumus alij aliis diſcipuli, & magiſtri ſimul omnes Sed ſtudioſi appellatio qua vtitur Vlpian. eſt ſane mode- A ſtior, quam diſcipuli. Porrò eiuſdem Scæuolæ diſcipulum Papinianum fuiſſe Ælius Spartianus ſcribit; Paulus etiam & Triphoninus Scæuolæ potius quam Papiniani diſcipuli eſſe videntur: nam & Paulus ſæpè Scæuolam ſuum dixit, velut hoc modo; *hæc Scæuolæ noſtro placuerunt, l. ſi vnus* 27. §. *quod & in ſpecie, de pact.* & aliis modis, vt *l.* 6. §. *vlt. de reb. auct. iud. poſſid. l.* 19. §. 1. *de negot. geſt. l.* 53. *de excuſ. tut. l. qui plures liberos,* §. *vlt. de vulg. ſubſt. l.* 19. *de bonor. poſſ. ſec. tab. l.* 24. §. *Scæuola noſter, de minor. l. ſi is, qui Stichum,* §. *quod dicitur, de iur. dot.* & ſic Triphoninus, eundem Scæuolam ſuum dixit in *l. reſcriptum,* §. 1. *de diſtract. pign. & in l. de hereditate in princ. de caſtr. pecul.* Fuere igitur Papinianus, Paulus, Triphoninus condiſcipuli potius, quam Paulus & Triphoninus Papiniani diſcipuli. B Fuit autem ille Cerbidius Scæuola prudentiſſimus Iuriſconſult. vt Impp. teſtantur in *l.* 3. *C. Theod. de teſtam.* & meo iudicio prudentiſſimi Iureconſulti ſunt Papinianus & Scæuola. Et huius Scæuolæ magnum ingenium laudat Claudius Saturninus in *l. à teſtatore,* 109. *de condit. & demonſt.* non deridet, vt ſtulti quidam arbitrantur. nec mirum igitur, ſi ab hoc Scæuola ſunt profecti tam præclari Iuriſconſulti. Vlpianum quoque Papiniano æqualem fuiſſe potius, quam diſcipulum facile crediderim: nam & ei fuit adſeſſor vna cum Paulo in præfectura prætoriana, quam adminiſtrabat Papinianus ſub Seuero Imperatore, vt auctor eſt Lampridius, & ipſe Paulus in *l. lecta,* 40. *ſi cert. pet.* & cum Vlpianus vtitur auctoritate Papiniani, coæquat ſe ei quodammodo, vt cum ait in *l.* 24. *famil. erciſc. & ego Papiniano conſentio. & l. ex facto,* §. *vnde, de hered. in-* C *ſtit.* ait; *cuius (Papiniani) ſententiam ipſe quoque probaui.* Vtuntur vero Papiniani auctoritate hi tantum, Vlpianus, Marcianus, Paulus: Papinianus vero nullius vnquam auctoritate vtitur: & fuere ij omnes in conſilio Imperatorum Seueri & Antonini vna cum Mecio I C. & Triphonino, & aliis quibuſdam, quod licet colligere ex *l. vlt. de iure fiſc. l. cum in fundo,* §. *vlt. de iure dot.* vbi Triphoninus, *dixi,* inquit, *in auditorio,* hoc eſt, in conſilio Impp. Seueri & Antonini. Fuere igitur æquales, fateor tamen excelluiſſe Papinianum, ac ſemper tuliſſe primas, nec vllum vnquam Iureconſultum fuiſſe, in quem homines tot laudes, totque ornamenta coniicerent: & Imperatores ipſi modo magnum vocant, vt *Nouell.* 4. modo σοφώτατον, vt *Nouell.* 118. conſultiſſimum, *l.* 3. *C. de adq. poſſ.*

disertissimum, *l. 9. C. de instit. & substit.* excelsi ingenij virum, *l. 6. C. eod.* & in §. *sed quia Instit. de fideicommiss. heredit.* summi ingenij, *l. pen. C. de sent. & interlocut. l. 1. C. de vet. iur. enucl.* excellentis ingenij, *l. 1. C. Theodos. de respons. prud.* acutissimi ingenij virum, & merito ante alios Iurisconsultos excellentem, *l. cum acutissimi, C. de fideicomm.* Et Iustinianus in oratione scripta Antecessoribus iuris, §. *tertij anni*, vocat acutissimum maximum Papinianum, sublimissimum præfectorium: quia posteaquam aliquantum temporis Papinianus Seuero Imperatori ad libellos paruit, *l. 12. de dist. pign.* insuper factus fuit præfectus prætorio, vt constat ex *d. l. lecta*, & ex Dione, Zonara & Spartiano, qua dignitate nulla erat maior in aula principum, vt recte eam Ammianus Marcellinus apicem omnium honorum appellarit. Eundem Papinianum Iustinianus splendidissimum vocat in *l. 1. C. de vet. iur. enucl.* & itidem Lampridius in Alexandro, &, quod superat omnem laudem, Spartianus in Seuero, asylum iuris & legalis doctrinæ thesaurum: eadem forma, qua Valentinianus in Nou. *de homicidio casu aut vol. facto*, quæstorem sacri palatij (is est quem hodie Cancellarium dicimus) thesaurum famæ publicæ, & armarium legum; & Plato in Theæteto, arcam diserti sermonis, & Theodorum Balsamonem quidam splendidissimam lucernam iuris, quem honorem quidam etiam Bartolo ponunt. Quæ maior laus tribui potest Iurisconsulto, quam si dixeris eum esse iuris & legum armarium? & qui honor maior excogitari potest, quam qui Papiniano defertur ex Constitutionibus principum, Theodosij & Valentiniani in *l. 1. C. Theod. de resp. prud.* vt si qua in re sint diuersæ iurisperitorum sententiæ, & hæ sint pares vel æquales, ea pars vincat, in qua Papinianus fuerit, qui, vt singulos vincit, ita à duobus vincitur, hoc est, non cedit nisi duobus. Quinimò ex eadem constitutione notæ Pauli atque Vlpiani in Papiniani corpus factæ penitus infirmantur. Quod & iamdudum à Constantino constitutum fuisse aiunt, vt probatur *l. vlt. C. de sent. pass.* in qua Constantinus ita scribit; *remotis Vlpiani & Pauli notis, Papiniani placet valere sententiam:* quod tamen posteà non probauit Iustinianus, *l. 1. C. de vet. iur. enucl.* & suæ auctoritati restituit notas Vlpiani & Pauli, & Marciani, sicubi meliori ratione niterentur, ex quibus etiam pleráque reperiuntur in Digestis. Pertinet etiam valdè ad honorem Papiniani, quòd cùm olim tertio anno auditores iuris Papinianistæ dicerentur, (quòd scilicet primò anno τοῖς πρώτοις, & Institutionibus darent operam: secundò edictis prætorum: tertiò libris Papiniani) erat in more, vt in ingressu tertij anni auditores festum diem Papiniano hilares celebrarent. Id voluit Iustinianus etiam hodie fieri in epistola ad Antecessores iuris, hoc est, vult eos tertio anno de Vlpiani nomine Papinianistas appellari, & Papiniani festum diem agere, vt per hoc viri sublimissimi præfectorij Papiniani in æternum maneat memoria. Nec omittam, quòd Diuus Hieronymus tanti facit Papinianum ex communi, vt arbitror, existimatione, vt sub eius appellatione totum ius velit intelligi, & comparet eum cum Diuo Paulo, quando diuinum ius cum humano confert in epitaphio Fabiolæ: *Aliæ*, inquit, *sunt Cæsaris leges, aliæ Christi: aliud Paulus noster, aliud Papinianus præcipit.* Quis est maior honos? nemo vnquam Papiniano æquari potest, nisi per deridiculum: nemo vnquam. Vnus Papinianus erit, vt Homerus vnus Poëtarum princeps, sic vnus princeps Iureconsultorum Papinianus, Bibliotheca ἔμψυχος, vt Eunapius de quodam Philosopho. Hic vnus præceptor Iureconsultorum, quotquot fuere ab eo vel eius temporibus, & muto quòd dixeram initio, Paulus & Vlpia. Triphoninus, quòd non diffiterentur ipsi, Papinianistæ dici possunt, nullus Papinianus: in hoc vno est asylum iuris, ad quod confugiant consilij inopes, ius ἔμψυχον,

A vt Aristoteles ait. Si ius piùmque Christianis esset, illius aram opima imbueret hostia, sed religio vetat: nec tamen efficit, vt non debitos ei honores iuris studiosi deferant. Equidem pro mea parte in hoc ero deinceps, vt eius acutissima scripta euoluam, enarrem, & proferam in medium, quanta potero diligentia, nec desinam quoúsque perduxero ad extremum, nisi vita defecerit. Scripsit Papinianus 37. libros diuersarum quæstionum, & diuersorum responsorum libros 19. Quæstiones tractatus sunt vberiores, & vbi simpliciter Vlpianus, vel Paulus, vel Marcianus, (qui soli, vt diximus, Papiniani auctoritate vtuntur) ita scribunt, *Papinianus tractat*, intellige in libris quæstionum, qui ita exprimuntur, *l. 6. §. si ædes, si seruit. vindic.*
B Responsa sunt ad consultationes breuia rescripta. Scripsit etiam definitionum libros duos, quibus tradidit nobis de iure regulas veterum. Solemus enim regulas etiam definitiones appellare: & quod est scriptum à Iauoleno in *l. 202. de regul. iur. omnis definitio est periculosa, est* regula: quia nulla regula iuris est perpetua, nulla, quæ non perdat officium suum aliquando. Sed libris etiam definitionum quasdam inseruit finitiones verborum iuris veteris. Ac præterea libros duos speciales scripsit de adulteriis, & Græca lingua librum singularem ἀσυνομικοῦ, qui est de officio Ædilium plebis. Hæc sunt, quæ de Papiniano habemus. Nos incipiemus à quæstionibus, & prima quæstio erit de eo cui mandata est iurisdictio, siue de mandata iurisdictione, quæ est in *l. 5. de offic. procons. & l. 1. de offic. eius,*
C *cui mand. est iurisd.*



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. I. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 5. De offic. Procons.

D *Aliquando mandare iurisdictionem Proconsul potest, etsi nondum in prouinciam peruenerit. quid enim si necessariam moram in itinere patiatur, maturissime autem legatus in prouinciam venturus sit?*



PRIMA quæstio Papiniani est de mandata iurisdictione, & de his quæ mandata iurisdictione transeunt in eum cui mandatur, de quibus tractatur vberius in *l. 1. de offic. eius cui mandat.* Quæstiones, vt iam dixi, sunt tractatus vberiores, quos Græci διεξοδικοὺς λόγους, vocant. Mandare autem iurisdictionem est vice sua alium constituere, qui ea exerceat, quæ sibi iure magistratus
E competunt. Recte, *vice sua*, nam vt est scriptum in *l. solet, de iurisd. omn. iud.* is, cui mandata est iurisdictio, fungitur vice eius, qui mandauit, non sua, & in *l. 3. de offic. eius cui mand. est iurisd.* etiamsi prætor alij prætori, puta vrbanus peregrino iurisdictionem mandauerit, atque ita etiamsi prætor sit is, cui mandata est ab alio prætore iurisdictio, tamen alienam iurisdictionem exequitur, non pro suo imperio sed pro imperio eius, cuius mandatu ius dicit. Iurisdictio exercetur pro imperio: iurisdictio omnis nexa est imperio, sine imperio certe nulla aut elusoria. & ita procuratores, quibus lites aut negotia nostra mandamus, vicem nostram subeunt, *l. minor, §. 1. de procur.* M. Tullius in orat. pro S. Amerino: *Quibus in rebus ipsi interesse non possumus,* inquit, *in his procuratores vicariam fidem & operam in-*

interponunt, & iuris nostri vicarij sunt. At obiiciet quis: Potest quis vice magistratus fungi etiam sine mandatu ipsius magistratus, vt is, de quo agitur in *tit. C. de off. eius, qui vicem. alicu. lib.* 1. Neque enim idem est ille titulus cum tit. Digestor. *de offic. eius, cui mandat. est iurisdict.* non est, inquam, vterque titulus de eodem. Alius is, cui mandata est iurisdictio: Alius is, qui vicem iudicis obtinere dicitur, isque est, qui proponitur in *l.* 1. *de tut. & cur. datis ab his.* qui moderamen alicuius prouinciæ obtinet, præside puta defuncto, vel quia ei ad tempus, quoad præses aliquis vel proconsul mitteretur, regenda commissa sit prouincia. & ita nonnunquam procurator Cæsaris fungitur vice præsidis, *l.* 3. *C. vbi cau. fisc. l.* 4. *C. ad l. Fab. de plag. l.* 2. *C. de pœn.* Resp. Is de quo illis legibus agitur, constituitur à principe, non à magistratu, cuius vicem gerit, & præterea iurisdictionem habet propriam. Ille autem de quo agimus, à magistratu constituitur, cuius vicem subit, nec iurisdictionem habet propriam, sed alienam, vt ait *l.* 3. *de offic. eius, cui mand. est iurisdict.* & consequenter non suo nomine ius reddit, sed alieno, hoc est, non se dicit pronuntiare, sed L. Titium prætorem, aut præsidem, qui mandauit iurisdictionem: sicut ante Nouellam 126. quæ id prohibuit, præfectus prætorio, qui vice sacra iudicabat, ita pronuntiabat: *Nostra pietas*, vel *nostra serenitas decernit*, ac si princeps ipse decerneret.

Porro, cui à magistratu mandatur iurisdictio, is in hoc constituitur à magistratu, vt ea exerceat, quæ sibi iure magistratus competunt. Solis igitur magistratibus huiusmodi mandata permittuntur, nec per ea in mandatarium iurisdictio transfertur, sed exercitio sola iurisdictionis. Quapropter is, cui mandata est iurisdictio, eam rursus alij mandare non potest, quia non est magistratus, *l.* 5. *& 6. de iurisd. l. vlt. de offic. eius, cui mand. est iurisdict.* Sic procurator, cui lis agenda mandata est, non potest rursus eam alij mandare, & alium procuratorem facere, quia dominus litis non est; solus dominus litis ad litem procuratorem facit, *l. si procuratorem*, §. *si quis mandauerit, mand.* Idque re integra & ante litem contestatam. At lite contestata, quia, qui procurator erat, litis fit dominus, cuius solius est procuratorem facere, alium procuratorem facere potest, *l.* 4. §. *vlt. de appellat. l. procur.* §. 1. *de dol. except.* Quo argumento fortiter defendi potest, eum, cui mandata est iurisdictio, postquam res geri cœperit, & iurisdictio exerceri, posse alij ad eam rem iurisdictionem mandare, quasi suam quodammodo effectam, quasi non iam alienam sed suam, quod notandum. Et similiter mortuo eo, qui iurisdictionem mandauit, si res sit integra, hoc est, si res nondum geri cœperit, vel iurisdictio exerceri ab eo, cui mandata est, mandatum est extinctum, *l.* 6. *de iurisdict. omn. iud.* Omne enim mandatum extinguitur morte mandantis, vel mandatarij re integra, *l. mandatum, C. mandati*, hoc est, si rem agere procurator nondum cœperit, §. *recte, Instit. mand.* Nec illud omittendum, magistratum vel omnem suam iurisdictionem mandare generalem, vt ait *l. pen. de offic. eius, cui mand. est iurisd. vniuersa, l. prætor, de iurisd. omnium iud.* siue totum officium iurisdicundi, *l.* 1. §. *damus, de suspect. tut.* vel specialem, hoc est, vnam tantum partem iurisdictionis, veluti, vt illum mittat in possessionem rei seruandæ causa, vt det bonor. possessionem secundum tabulas: vel extra ordinem cognoscat inter illos, vt exequatur sententiam illam iudicis à se dati. Nec dubium, quin executio sententiæ dictæ à iudice dato possit à magistratu, qui eum iudicem dedit, alij mandari: qua de re tamen dubitauit Accursius in *l. à diuo Pio, de re iud.* Non dubium quin possit, cum possit pars iurisdictionis mandari, *l. solet, l. prætor, de iurisdict. omn. iud.* & executio sententiæ iudicis dati, pars est iurisdictionis, & quidem summa siue extrema, *l. si quis*, §. 1. *si*

A *quis ius dic. non obtemp.* Ita vero procuratores alij sunt, qui generale mandatum habent, vniuersorum seu totorum bonorum, omnium rerum: Alij, qui speciale mandatum habent, hoc est, ad vnam rem tantum dati sunt. Et sicut legitimi procuratores sunt, vt loquitur Tullius pro Cæcin. qui omnium rerum procuratores sunt (dubitatum enim fuit, an esset procurator, qui ad vnam rem datus esset, vt constat ex *l.* 1. *de procurat.* & licet hodie pro procuratore habeatur, tamen legitimum eum non esse dicimus. Legitimus enim est is, qui procurator est omnium rerum, & pœne dominus.) Et sane eodem modo proprie mandata iurisdictio dicitur ei tantum, cui omnis mandata est, vt per omnia vicem subeat magistratus. Ideoque his verbis: *De officio eius, cui mandata est iurisdictio*, significatur omnis mandat à iuris-

B dictio: Sed placet, etiam recte ex iusta causa ad vnam rem mandari iurisdictionem, & exemplum est elegans in *l. prætor, de iurisdict.* Si qua in causa quis aduocatus fuerit vnius partis, antequam fieret Prætor, de ea causa post Præturam ius non dicet, sed mandabit iurisdictionem ad eam causam tantum: non potest quis ius dicere in ea causa, in qua aduocatus fuit: nam nec adesse potest in consilio ius dicentis, *l. vlt. C. de assess.* nec testimonium dicere in ea re, *l. vlt. de testib.* Et hodie Iurisconsultus, qui consilium dedit vni ex litigatoribus, postea de ea re ius non dicet non abs re. Sed est tamen exemplum in Nouella 158. singulare admodum quo idem iudex est in eadem causa, de qua ante consultus fuerat, & scripserat: sed melius, vt puto, fecerit, si abstinuerit, &, nescio an se illa Nouella, quam posui-

C mus, defendere possit, ne repellatur forte si quis illa vteretur. In lege autem *prætor* est exemplum, quo iusta est causa mandandæ iurisdictionis ad speciem vnam tantum: velut ad litem, in qua aduocatus Prætor fuit ante Præturam. Etiam illud sciendum, nihil referre, magistratus mandet iurisdictionem priuato, an magistratui, *l.* 3. *l. vlt. de eo cui mand. est iurisdict.* Liuius *lib.* 24. M. Æmylius *Prætor cuius peregrina sors erat, iurisdictione M. Attilio collegæ Prætori vrbano mandata*, hoc est, iurisdictionem mandat Prætor Prætori. Quod non notamus abs re. Mandatum enim iurisdictionis cum quolibet alio mandato comparauimus: at hoc casu comparatio non est similis: nam mandari quidem iurisdictio magistratui à magistratu potest, sed aliis causis magi-

D stratus procurator seu mandatarius fieri non potest, quia iudicium non patitur inuitus, quamdiu est in magistratu, *l. neque fœmina, de procurat.* Ex his intelligimus quantum distet is, cui mandata est iurisdictio ab eo, qui iudex datur vtrumque tamen interpretes pro vno accipiunt, & eundem faciunt eum, cui mandata est iurisdictio, & eum, qui iudex datur, sed sunt quatuor differentiæ. Primum mandatur omnis iurisdictio legitime: iudex datur tantum ad litem vnam, non ad lites omnes, & ea de re iudex specialis, datus, delegatus & pedaneus dicitur, *l. vlt. de offic. Prat. l.* 5. *de offic. Præsid. l. vlt. C. de iudic.* Is cui mandata est iurisdictio etiam iudicem dare potest ad litem aliquam: mandare iurisdictionem nequit: sed dare potest iudicem: iudicis enim

E dandi licentia, pars est iurisdictionis, *l. imperium, de iurisdict. omn. iudic.* Iudex datus alium iudicem dare non potest: Et hoc est quod dicitur, delegatus iudex subdelegare non potest, *l. à iudice, C. de iudic.* Item is, cui mandata est iurisdictio iurisdictionem habet, *l.* 4. §. *vlt. hoc tit.* non suo quidem iure, cum non sit magistratus, sed alieno beneficio, id est, mandatu mandantis, *l.* 5. *de iurisdict.* Iudex datus, nullomodo iurisdictionem habet, sed tantum cognitionem causæ & pronuntiationem: quare nec habet executionem sententiæ suæ, quia pars est iurisdictionis: sed qui dedit iudicem, exsequitur sententiam, *l. à diuo Pio, de re iudic.* Item mandatum iurisdictionis finitur morte mandantis re integra; iudicis datio non finitur morte dantis, sed durat

in tempus ſucceſſoris, *l. venditor*, *§. vlt. de iudic.* & ratio mox intelligetur. Alia & poſtrema differentia hæc eſt, à iudice dato appellatur is, qui dedit, *l. 1. in princ. & l. 3. quis & à quo appel.* at ab eo cui mandata eſt iuriſdictio, is qui mandauit non appellatur, quia ipſe ſententiam dixiſſe videtur, quam dixit vicarius iuriſdictionis ſuæ. Non poteſt autem idem ab eodem appellari, ſed is appellatur, qui prouocaretur ab eo, qui mandauit, qui maior eſt mandante, *l. 1. § vlt. quis & à quo appell.* præterquam a legato Proconſulis. Proconſul mandat legato iuriſdictionem ſuam, & à legato tamen appellatur Proconſul. *l. 2. eod. tit.* quia paulo amplius eſt legatus Proconſulis, quam is, cui præſes aut prætor mandauit iuriſdictionem ſuam: nam legatum Proconſul ipſe non eligit, vt eligit Præſes, cui mandet iuriſdictionem ſuam, ſed legatus datur à Principe, vel republ. vt & ſoli non alij mandet iuriſdictionem ſuam: ideoque ſuo quodammodo iure iuriſdictionem habet, quam in eum inuitus Proconſul confert, poſteaquam ſcilicet mandata eſt, alioquin legatus Proconſulis, antequam mandata ei ſit iuriſdictio, nihil habet proprium, *l. legati, hoc tit.* Ergo poſteaquam mandata eſt, habet iuriſdictionem proprio iure, & non tam vice Proconſulis, quam ſua fungi videtur. Et ita etiam iudex datus non dicitur cognoſcere, vel iudicare vice dantis, ſed ſua: nec enim datio iudicis eſt ſimilis mandato, & coactus etiam magiſtratus neceſſitate officij dat iudicem. Denique alius eſt legatus à Proconſule, alius iudex datus ab eo, qui dedit. Et ideo non videtur idem ab eodem appellari, ſi à legato appelletur Proconſul, vel à dato iudice, is, qui dedit: verum is, qui mandauit iuriſdictionem, & is, cui mandata eſt, idem videtur eſſe: fungitur enim mandatarius vice mandatoris: & ideo ab vno non appellatur alter. His adhuc addamus vnum. Proconſul legato ſibi adiuncto mandat iuriſdictionem, poſteaquam eſt ingreſſus prouinciam, non antea, quia ei nondum competit, *l. 4. § vlt. hoc tit.* & inde poteſt apponi exemplum ad regulam iuris, *Nemo plus iuris in alium transferre poteſt, quam ipſe habeat.* ſed hoc dicitur tantum de iuriſdictione contentioſa, non de voluntaria. Duplex eſt iuriſdictio, contentioſa & voluntaria, *l. 2. hoc tit.* hæc exercetur inter volentes, vt ſi quis quem velit emancipare, aut manumittere apud magiſtratum: nam neque emancipat, neque emancipatur inuitus: & plerumque etiam neque manumittit, neque manumittitur inuitus; ſed placet etiam inuitum poſſe manumitti, vt ſi quis adeo degener ſit, vt manumitti nolit, *l. vlt. § ſin vero, C. de teſt. man.* plerumque hæc ſunt inter volentes, & inter eos iuriſdictionem ſuam magiſtratus interponit. Contentioſa iuriſdictio eſt, quæ in inuitos, vel ſaltem in inuitam alteram partem exercetur: & ita dicitur iudicium reddi in inuitum, *l. inter, 83. § ſi Stichum, de verb. oblig.* & inde nomen actionis, quod agat & propellat inuitos in iudicium. Voluntaria iuriſdictio de plano exercetur, hoc eſt, in ipſo itinere, vel tranſitu: contentioſa pro tribunali; illa quolibet tempore, hæc certis diebus, ſeſſionum diebus, faſtis diebus. Proconſul voluntariam iuriſdictionem habet etiam, antequam prouinciam ſit ingreſſus: nam in itinere poſſunt manumitti ſerui apud eum, filij emancipari vel adoptari, ſed eam nullo tempore poteſt mandare, *l. 1. de offic. eius cui mand. eſt iuriſdict.* Voluntaria ſcilicet intelligenda eſt, quia lege nominatim magiſtratui datur, & quæ lege nominatim dantur, non poſſunt mandari, *l. 1. de offic. eius cui mand.* Huius iuriſdictionis voluntariæ ſunt adoptio, emancipatio, legis actiones, id eſt, actus ſolennes, quos peragit ipſemet magiſtratus, nec poteſt eos alteri mandare. & quod ait regula iuris: *nemo alieno nomine lege agere poteſt*, non tantum pertinet ad eos, quorum res eſt, puta, vt non poſſint emancipare per procuratorem, vel etiam vt non poſſint adoptare, non poſſint adire hereditatem, tutorem dare per procuratorem, ſed & ad magiſtratus ipſos, vt

A non poſſint per alium lege agere, vel legis actiones exequi: nam tam lege agere dicitur magiſtratus, quam qui lege agit apud eum: nam & partes, & actor & magiſtratus lege agere dicuntur. Legatus proconſulis non habet voluntariam iuriſdictionem, quia mandato iuriſdictionis non continetur voluntaria, *l. 2. hoc tit.* & vt *libr. 1. obſ. cap. 1.* admonui, adiicienda eſt negatio in *l. apud proconſulem, 17. de manu. vind.* quam & habent quidam libri. Iuriſdictionem contentioſam Proconſul non habet antequam prouinciam ſit ingreſſus, & nonniſi prouinciam ingreſſus mandare poteſt, ingreſſus, poteſt, & vero debet, ſi ipſe iuriſdictioni vacare non poteſt, & vero cum hoc eſſet certiſſimum; Papinianus inuenit vnum caſum, quo poteſt recte mandari iuriſdi-
B ctio, etiam antequam Proconſul ingreſſus ſit prouinciam. Nemo eſt Iuriſconſultorum qui tot adinuenerit caſus ſingulares. Introduxit nouas pleraſque ſententias, *l. vlt. de iure fiſ. l. cum acutiſſimi C. de fideic.* Introduxit ſententiam illam, quam etiam hodie ſeruat vniuerſus orbis, vt pure rogatus reſtituere hereditatem fideicommiſſariam, ſub hac conditione intelligatur rogatus ſi ſine liberis deceſſerit, *l. cum auus, de condit. & dem.* Ita in hoc propoſito docet, aliquid mandari poſſe à Proconſule antequam ingreſſus ſit prouinciam, idque vtilitate exigente. Finge, inquit, Proconſulem neceſſariam moram pati in itinere propter morbum, & legatum maturiſſime peruenturum in prouinciam: ratum erit mandatum iuriſdictionis, ſed valebit tantum ex eo tempore, quo legatus in prouinciam peruenerit.
C Caſum intelleximus ſingularem, quo Proconſul mandat iuriſdictionem, quam non habet, contra quem eſt vulgaris regula, *nemo plus iuris, &c.* ſed vtilitas ſuadet, vt mandare poſſit iuriſdictionem, & hanc definitionem inflectit vtilitas: quæ ſuadet, vt quam non habet, ſi dum proficiſcitur in prouinciam neceſſariam moram patiatur in itinere, eam tum mandare poſſit legato maturiſſime peruenturo in prouinciam. quo genere quodammodo in prouinciam perueniſſe fingitur, qui neceſſariam moram patitur in itinere.

Ad l. 1. De off. eius cui mand. eſt iuriſdictio.

Quæcunque ſpecialiter lege vel ſenatuſconſulto, vel conſti-
D *tutione Principum tribuuntur, mandata iuriſdictione non transferuntur: quæ vero iure magiſtratus competunt, mandari poſſunt. & ideo videntur errare magiſtratus, qui cum publicii iudicij habeant exercitionem lege vel Senatuſconſulto delegatam (veluti lege Iulia de adulteriis, & ſi quæ ſunt ſimiles) iuriſdictionem ſuam mandant. Huius rei fortiſſimum argumentum, quod leg. Iulia de vi nominatim cauetur, vt is cui obtigerit exercitio, poſſit eam, ſi proficiſcatur, mandare. non aliter itaque mandare poterit, quam ſi abeſſe cœperit: cum alias iuriſdictio etiam à præſente mandetur. Et ſi à familia dominus occiſus eſſe dicetur, cognitionem prætor quam ex Senatuſconſulto habet, mandare non poterit. §. 1. Qui mandatam iuriſdictionem ſuſcepit, proprium nihil habet: ſed & eius, qui mandauit iuriſdictione vtitur. Verius eſt enim more maiorum iuriſdictionem quidem*
E *transferri: ſed merum imperium, quod lege datur, non poſſe tranſire: quare nemo dicit, animaduerſionem legatum proconſulis habere mandata iuriſdictione.* Paulus notat: *& imperium quod iuriſdictioni cohæret mandata iuriſdictione tranſire verius eſt.*

MAndata iuriſdictione ea transferuntur in eum, cui mandata eſt, quæ iure magiſtratus competunt. mandantur igitur à ſolis magiſtratibus, & non omnia, quæ eis commiſſa ſunt, ſed ea tantum, quæ iure magiſtratus competunt, id eſt, eo ipſo quod ſint magiſtratus, tacito intellectu. Hodie magiſtratus à Principe creantur, *l. 1. C. ad leg. Iul. de amb.* olim à populo, vt moribus noſtris magiſtratus municipales. Et creatis non-

fertur iurisdictio nominatim, vel specialiter, non deferuntur partes singulæ iurisdictionis nominatim, sed competunt more maiorum, tacito intellectu competunt postquam creati sunt magistratus, competunt suo iure: si enim deferrentur nominatim, non possent mandari. Diuisio autem hic est elegans: quæ magistratui competunt, aut iure magistratus competunt, hoc est, tacito iure, siue more maiorum, & hæc mandari possunt; aut ei sunt concessa lege aliqua specialiter, aut S C. aut constitutione Principis, quæ aliquando conceduntur etiam priuatis, non magistratibus tantum. & quæ non conceduntur quibuslibet magistratibus, hæc neque sunt iurisdictionis, neque imperij eius, quod iurisdictioni cohæret, hoc est, iure magistratus non competunt: & ideo mandata iurisdictione non transferuntur. Hæc igitur sunt legis, non iurisdictionis, nec ea habet quisquam mandato alieno, sed à lege sola nominatim. Priuatus, si lex velit, hæc etiam habet quandoque: hæc non habet quilibet magistratus, verum quæ iure magistratus competunt, ea quilibet magistratus habet, & nemo priuatus vnquam. Declaremus per exempla, quæ sint ea, quæ conceduntur lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione Principis. Primum exemplum sit de legis actionibus, id est, de actibus solemnibus & legitimis. Legis actiones dantur magistratibus specialiter, vt constitutione Augusti præfecto Ægypti, qui & Præfectus Augustalis dicitur, datur specialiter, vt apud eum serui manumitti possint solemni ordine, *l. apud Præfectum, de manu. vind.* & ideo si is mandauerit iurisdictionem suam, non & hoc simul mandauerit: denique mandata iurisdictione hoc non transit vt manumissiones fieri possint, vt apud eum, cui mandata est iurisdictio, serui manumitti possint: legis enim actiones, quia lege mandantur specialiter, mandari non possunt. Eadem est ratio Proconsulis, vt *l. 1. & 2. de off. proc.* apud quem omnes legis actiones peragere possumus, apud eius legatum non item, quamuis ei mandata sit iurisdictio, quia legis actio data est soli Proconsuli, quam alij delegare & demandare nequit. Eadem est ratio præsidis, siue Iuridici Alexandriæ, cui *l. 1. præcedentis tit.* ait datam esse legis actionem, id est lege datum ei esse vt apud eum solemnes actus quilibet exequi possit: si datum ei est à lege, ergo non potest alteri mandare, & mandata iurisdictione, hoc non intelligitur mandare, contentiosam non voluntariam, quæ magis solemnis est, mandasse intelligitur. Secundum exemplum sumitur ex *l. muto §. 1. de tut.* Tutoris datio non est imperij, neque iurisdictionis, id est non competit iure magistratus, imo nec vllius imperii est. Nam priuatus tutorem dat, veluti, pater liberis, quos in potestate habet, quamuis non sit magistratus, quia *l. 12. tab.* id ei nominatim concessit: *Paterfamil. vti super pecunia tutelaue rei suæ legaßit, ita ius esto.* Legatus proconsulis, quamuis magistratus non sit, sed vice magistratus fungatur, dare potest tutorem, non ex mandato, sed specialiter ex oratione D. Marci, *l. 1. de tut. & cur. dat.* Sic priuatus tutorem dat, si hoc ei lex concesserit: & contra magistratus tutorem dare non potest, nisi ei lex hoc nominatim concesserit, veluti lex Attilia Prætori vrbano. l. Iul. & Titia Præsidib. Prouinciarum, vt est in *tit. de Att. tut. Inst.* & constitutio D. Mar. iuridico Alexand. *l. 2. tit. præced.* Tutoris ergo datio legis est, non iurisdictionis: nec rectè colligis: tutorem dare potest, ergo magistratus est: vel, tutorem dare non potest: Ergo non est magistratus: & secundum hæc tutoris datio mandari non potest, *l. 8. in princip. de tut. & cur. dat.* Exemplum aliud sumi potest ex oratione D. Marci, siue ex Senatusconsulto, quod sequebatur semper orationem principis (vt quod dicis fieri oratione, possis dicere Senatusconsulto) scilicet de transactione alimentorum: vt is, cui relicta sunt alimenta, vel in annos, vel in menses minutatim, non possit de alimentis cum herede transigere: ne faciat contra prouidentiam

A testatoris, quam contemnere non debet, si conueniat, vt præsente & modica pecunia sit contentus, & vna solutione accipiat legatum, *l. cum hi, in princ. de transf.* Hæc transactio de alimentis non valet, nisi facta sit interposito decreto Prætoris vel Præsidis, hoc est, causa ab iis cognita, quibus hæc cognitio datur nominatim ex oratione D. Marci, Prætori in vrbe, Præsidi in prouinciis: ergo ab his non potest mandari alteri, nec translata intelligitur in eum, cui mandata est iurisdictio, *d. l. cum hi, §. sed nec, de transact.* Et similiter lege datur Proconsuli, vt iudicem dare possit. Prætor vrbanus magistratus iudicem dat more maiorum, suo iure, & consequenter is, cui mandauit iurisdictionem suam, etiam iudicem dare potest, *l. cum Prætor, de iudic.* sed cui Pro-
B consul mandauit iurisdictionem suam, id est legatus Proconsulis iudicem dare non potest, nisi hoc ei specialiter lege mandatum sit: nam ita lege constitutum est, vt quod Proconsuli licet lege, non liceat legato sine lege, *hoc est,* non liceat ex solo iurisdictionis mandato. Et similiter, cognitio de remouendis suspectis tutoribus, quæ lege 12. tabul. nominatim tribuitur Prætori & Proconsuli, non competeret etiam legato Proconsulis ex mandato iurisdictionis, nisi ei datum esset constitutione Antonini & Seueri. necesse id fuit lege dari, quia non sufficiebat mandatum iurisdictionis, & id propter vtilitatem pupillorum receptum est, *l. 4. de offic. eius cui mand. l. 1. §. damus, de susp. tut.* Exempla duo sunt in *l. 2. h. t.* sunt duæ sententiæ, vulgo accipiunt vnam esse.
C Præses vel Proconsul consilium præbet minori 20. annis manumittere volenti ex l. Ælia Sentia. Cur præbet seu cogit consilium? vt scilicet probet causam manumissionis: alioqui inutilis est manumissio serui, si dominus sit minor 20. annis, nisi causa fuerit probata apud consilium Præsidis vel Consulis. Ex eadem etiam lege Præses vel Consul consilium præbet etiam maiori 25. annis minorem 30. annis manumittere volenti: quod constat ex fragmentis Vlpiani tit. 1. & ἐτυμολογία qua vtitur *l. vn. de off. cons.* vt in *l. contumacia, de re iurisdic.* Cum igitur Præses vel Consul ex l. Ælia Sentia nominatim consilium præbeat manumittere volentibus: ergo is, cui mandata est iurisdictio, non potest manumittenti consilium præbere, & hoc est l. exemplum. Dixi, apud eum, cui mandata est iurisdictio, seruum manumitti
D non posse, dico aliud, cum dico nec consilium posse præbere volentibus manumittere. Diuersa hæc sunt, apud aliquem manumittere, & consilium manumittere volenti præbere, atque adeo diuersa, vt nonnunquam is, apud quem possum manumittere, non possit etiam consilium præbere manumittenti, & contra: vt ecce, magistratus qui legis actionem habet, apud se potest manumittere seruum suum, consilium sibi ipse præbere & causam manumissionis probare non potest, non potest esse cognitor in re sua, & sibi ipsi consilium præbere. Contra apud collegam non potest manumittere, collega tamen ei manumittere volenti consilium præbere potest, quæ eliciuntur omnia ex *l. 5. l. apud filiumf. §. 1. l. si rogatus, §. vlt. de manu. vind. l. 1. de off. cons. l. 2. de off. Præs. l. apud eum, de manum. l. 4. de adopt.* Posterius exemplum
E *l. 2.* hoc est: Prædia minorum non possunt alienari sine decreto Prætoris vel Presidis, id est sine causæ cognitione Præt. vel Præs. Idque est ex oratione Seueri, qui nominatim huius rei cognitionem commisit Prætori vel Præsidi. Ergo mandari non potest. Hæc etiam l. 1. suppeditat tria exempla. Primum (quod facio primum, sed est secundum) est de Senatusconsulto Sylliano. Prospexit illud Senatusconsultum saluti dominorum, qui habent amplam familiam, plures seruos, & quotquot sunt serui, tot hostes ex veteri prouerbio quod extat apud Theophilum. Cum igitur occisus est dominus aliquis in suis ædibus sub tecto eodem, quo erant serui: si ab his præsumatur occisus, ex Senatusconsulto Syllaniano inquirit nominatim Præses vel Prætor, nec ante

aperiuntur tabulę testamenti occisi domini quã hac de re quæsierit Prætor vel Præses. Igitur non demandatur hæc cognitio. Alterum exemplũ est de exercitione iudicij publici quę mãdatur magistratib. sed potest mandari etiam priuato. Et generaliter quæ magistratus habet à lege specialiter, potest & priuatus habere. & ideo in *l.* 1. §. 1. *ff. ad le. Corn. de sicar.* Magistratus, inquit, iudexue quæstionis, qui scilicet exercet publicum iudicium. ex quo intelligitur, cognoscere de eo crimine non magistratum tantum, sed quemlibet iudicem, cui forte obuenerit hæc cognitio. Iudex quæstionis non est magistratus, sicut nec iudex datus. Cice. pro Cluent. *Iunius*, inquit, *iudex quæstionis de eo crimine quærebat*. & sequitur: & Q. Voconius vt quæreret de veneno cum his iudicib. qui ei obuenerant sorte: nam non quærebat de crimine solus magistratus, solusve iudex quæstionis, cui ea sors obuenerat, sed adiungebantur etiam alij iudices sorte delecti: ille tamen præerat iudicio, ille erat quæsitor summus. Et didicimus in *l. Corn. de sic.* quod nondum est proditum, ita esse scriptum omnino, *vt is Prætor iudexve quæstionis, cui sorte obuenerit quæstio de sicariis, eius, quod in vrbe Roma propius mille passus factum erit, vti quærat cum iudicibus, qui ei sorte obuenerint de capite eius, qui cum telo ambulauerit.* Ita legibus publicorum iudiciorum, puta, lege Iulia de adult. lege Iulia de vi, l. Iulia de sicariis, & similiter aliis nominatim datur eius iudicij publici exercitio certo magistratui, vel ei, cui sors obuenerit, etiam priuato, & hanc publici iudicij exercitionem noli dicere esse merum imperium: aliud enim est, quam sit exercitio publici iudicij. Verum cum tribuatur quæstio iudicij cuiuslibet lege specialiter, & delegetur, vt hic Papinianus ait proprie: id enim proprie delegari dicitur, quod iure proprio mihi non competit: quod mihi delegat lex, non possum rursus alij delegare, quod Papinianus fortissimo argumento à contrario sensu probat, Græci ἐξ ἀντιδιαστολῆς vocant. Lege Iulia de vi, inquit, nominatim cauetur, vt magistratus, qui de ea re quærit, si peregre proficiscatur, possit mandare alteri exercitionem. hoc tantum l. Iulia de vi cauetur, non aliis legibus publicorum iudiciorum. Inde apparet igitur cæterarum rerum quæstionem non posse mandari ab absente, à præsente ne hanc quidem mandari posse. Hoc genere argumenti sæpe vtuntur auctores nostri. Simile argumentum est in *l. ex eo, de testib. & l. qui testamento, §. mulier, qui test. fac.* Mulier non potest esse testis in testamento: An potest esse in iudicio? sic videtur, & probatur argumento à contrario sensu: eodem argumento vtitur *l.* 3. *C. ex quib. caus. inf. irrog.* Aliquis decurio ordine decurionum prohibitus est ad biennium, interim infamium numero habetur: sed ex sententia iudicis, qui curia interdixit, apparet eum post bienniũ restitui famæ. Sic Marc. Tull. pro Balbo: *Si exceptio facit ne liceat, ibi necesse est licere vbi non est exceptum.* Sic igitur dicamus. Si exceptio legis Iuliæ de vi facit vt liceat absenti demandare quæstionem iudicij publici, ibi necesse est non licere vbi non est exceptum. Intelleximus ex Pap. quæstiones vel cognitiones lege vel Senatusconsulto nominatim datas magistratui iudiciue, non posse ab eo alij mandari. Et singularia hæc, quæ nusquam alibi in iure reperiuntur, cognitionem datam Prætori ex Senatusconsulto Syllaniano, cum occisus dominus à familia esse dicitur, non posse alij mandari: Quæstionem publici iudicij datam, vel ex *l. Corn. de sicar.* vel ex aliis legibus magistratui vel iudici, cui obuenerit sorte, eam etiam mandari non posse. Item, quod etiam alibi non reperitur, excipiendum esse eum, cui obtigit quæstio legis Iuliæ de vi: huic enim eadem lege permittitur, si abesse cœperit, eam quæstionem alij mandare posse. Subiicit deinde Papinianus: *Qui mandatam iurisdictionem suscepit.* Placet valde verbum, *suscepit.* est enim proprium mandati: frustra mihi mandas, nisi suscipiam mandatum, & inde voluntatis esse dicitur suscipere mandatum, necessitatis consummare seu explere, *l. in commodato* 17. §. *sicut, Commod. l. si mandauero* 22. §. *vlt. & l. si quis alicui* §. *qui suscipit, mand.* Congruit autem quod hic Papinianus ait, *propriũ, &c.* cum *l.* 3. *hoc tit. & l.* 5. *l. solet, de iurisd.* eum cui mandata est iurisdictio, non pro suo imperio agere, etiam si sit magistratus, hoc est, mandatam iurisdictionem exercere, sed pro eius imperio, qui mandauit, & fungi eius vice, qui mandauit, non proprio iure, sed alieno beneficio. Alienam denique iurisdictionem exsequitur, non propriam. Excipitur semper legatus Proconsulis: mandata enim iurisdictione proprium aliquid habet, *l. legati, de off. Proc.* eum enim Proconsul non optat, non eligit, sed ei datur à Principe, vel Repub. Excepto igitur legato Proconsulis, is cui est mandata iurisdictio, nihil proprium habere dicitur, & non tam ipse ius dicere videtur, quam qui mandauit. Ac præterea non potest appellari is qui mandauit, ne idem ab eodem appelletur. Duplex vero est iurisdictio: vna, quæ lege nominatim datur, quæ mandari non potest: altera dicitur notio, quæ more maiorum iure magistratus competit. notio est genus: species duæ, iurisdictio & cognitio, veluti iudicis dati quæ caret iurisdictione, *l. notionis, de verb signif. l. ait Prætor, de re iud.* & ita etiam officium ius dicentis si dixeris, multo plura comprehendes quam si dixeris iurisdictionem: nam vt est in *l.* 1. de iurisd. officium ius dicentis comprehendit non tantum iurisdictionem, quæ iure magistratus competit, sed & eam, quæ lege nominatim defertur & delegatur, & ius quodlibet specialiter legibus concessum, veluti ius dandi tutoris, quod neque est imperij, neque iurisdictionis: continetur tamen officio ius dicentis, si ei dandi tutoris ius sit concessum lege nominatim. Et Papinianus in hoc §. loquitur de iurisdictione ea, quæ iure magistratus competit, dum ait, *Eam transferri more maiorum*, & ita in *l. more maiorum, de iurisd.* quod habet magistratus more maiorum, id habet suo & proprio iure, etiamsi lege datum non sit nominatim, quod etiam significatur verbo, solet, *l. solet, de iurisdict.* dummodo non sit ei denegatum, *l. magistratus, ad municip.* & ita magistratus vrbani more maiorum iudices dant, *l. cum prætor, de iud.* & multam dicunt, vt Gell. scribit *cap.* 1. *libr.* 11. Ergo ait Papinianus, verius esse, mandatam iurisdictionem transferri more maiorum, hoc est, recte mandari ab eo, qui habet proprio iure magistratus, quem gerit. Verum Paulus ad hanc Papiniani sententiam adiecit notam, quasi satis non sit quod scripsit Papinianus, more maiorum iurisdictionem transferri, sed etiam addere debuerit, imperium quod iurisdictioni cohærett, transferri. mandata iurisdictione transire etiam imperium mixtum, id est, quod immixtum est iurisdictioni, & sine quo iurisdictio nulla est. Mixtum imperium est potestas, quæ iure magistratus competit, seu quæ iurisdictioni immixta & implicita est. Verum, vt subiicit Papinianus, imperium merum non transit, hoc est, animaduersio, vel grauior coercitio reorum, quia hoc imperium non competit iure magistratus, sed lege nominatim datur: & quæ lege dantur, constat non contineri mandata iurisdictione: separata enim sunt à iurisdictione, & mera, hoc est, non permixta iurisdictioni. Quod initio merum imperium vocat, postea animaduersionem vocat Papinianus. Est ergo imperium merum animaduersio, hoc est, ius gladij, aut quæ alia coercitio criminum grauior. nulla est iurisdictio simplex, nulla nuda aut separata ab imperio, quæ modo iure magistratus competat: & siue meam iurisdictionem exerceo, eam exerceo pro meo imperio, siue alienam, eam exerceo pro imperio alieno, vt est in *l.* 3. *hoc titul.* Eam ob rem illud imperium quod cohæret iurisdictioni dicitur mixtum imperium, quia scilicet iurisdictioni immixtum & implicitum est. Et ita definitur mixtum imperium ab Vlpiano in *l. imperium, de iurisdict.* cui iurisdictio inest, ac si diceres quod heic Paul. quod iurisdictioni cohæret, vel vt Græci, quod cum

iurisdictione coadunatum est. Et quemadmodum refert Accursius ad *d. l. imperium.* recte veteres interpretes senserunt Pileus & Guillelmus, idem esse mixtum imperium & iurisdictionem, nec vnum vnquam est sine altero. quidquid est imperij mixti, id etiam est iurisdictionis, & contra: quidquid est iurisdictionis, id etiam est mixti imperij. Mixtio hæc rem vnam efficit, hoc est, magistratum vnum. Et hoc est, quod ait *l. 2. de iurisdict.* cui data est iurisdictio, videri & ea data sine quibus ea explicari non potest, hoc est mixtum imperium. Hoc est quod ait *lex vlt. hoc tit.* mandata iurisd. etiam mixtum imperium transire, quia iurisdictio sine modica coercitione nulla est. quod ideo dicit, quia cum mixtum imperium plura contineat, continet in primis modicam coercitionem per verbera, aut vincula, & ita *l. 8. §. si in locum, de relig.* Lex ait. *Eum qui mortuum intulit in locum publicis vsibus destinatum, à Prætore plecti modica coercitione.* Ius virgarum dixit Tacitus *libr. 1.* dum scribit, tempore Tiberij datum ius virgarum Prætori in histriones, quod tamen obtinere non potuit propter constitutionem Augusti: sed sunt etiam alia genera coercitionum modicarum, quæ insunt iurisdictioni. Est pignoris capio, qua plectuntur & coercentur contumaces captis pignoribus. Et mulctæ dictio quæ à Gallis dicitur *amande*, est missio in bonorum possessionem, *l. 9. §. vlt. ad leg. Iul. pecul. l. 1. § cogenda. de vent. insp. §. penul. Instit. de satisd. tut.* Coercentur etiam contumaces pœnali iudicio seu actione in factum, de qua est tit. *Si quis ius dic. non obtemp.* Sine modicis hisce coërcitionibus, quæ vocat etiam remedia, iurisdictio quid est? Sed continet etiam alia mixtum imperium, veluti bonorum possessionem, vt det scilicet magistratui bonorum possessionem, vnde liberi, vnde cognati, &c. Continet etiam iudicis dationem, *d. l. imperium*, continet in integrum restitutionem, *l. ea quæ §. 1. ad municip.* & decretum siue iussum interponendæ stipulationis, *l. 4. de iurisdict.* Et iurisdictio igitur continet etiam eadem, si hæc contineat mixtum imperium: nihil enim possis tribuere mixto imperio, quod non & iurisdictioni, & contra. denique nulla est simplex iurisdictio. Neque vero recte quis vtetur exemplo magistratus municipalis, vt probet, simplicem esse aliquam iurisdictionem, quasi magistratus municipalis iurisdictionem habeat sine imperio ex *l. ea quæ, ad municip.* Huic enim respondendum: municipalis magistratus non habet omnia quæ sunt mixti imperij: sunt enim ei quædam denegata nominatim: alioqui magistratus, cui nihil denegatur nominatim, omnia habet, *arg. l. magistratus, ad municip.* sed ei denegantur quædam, ea scilicet quæ sunt magis imperij, quam iurisdictionis, in quibus vis imperij elucet: qua de causa non restituit in integrum, non mittit in possessionem, non iubet possidere ex vlla causa: non tanti est iurisdictio magistratus municipalis, vt possit sibi ea arrogare, nec tantum valet imperio, *d. l. ea quæ.* & ad eosdem magistratus pertinet *l. 4. de iurisd.* quæ ait, iubere caueri Prætoria stipulatione, veluti legatorum stipulatione, & in possessionem mittere, si non caueatur, magis esse imperij, quam iurisdictionis. cur hoc ait? vt scilicet intelligatur magistratum municipalem hæc non habere, sed vrbanum tantum, aut prouincialem. Quapropter non decernet stipulationem damni infecti, & ex ea causa mittet in possessionem, nisi nominatim id edicto Prætor vel Præses ei delegasset, quod delegauit, quia hæc res celeritatem desiderat, cum timetur labes ædium, & periculosa est dilatio: ideoque vtile fuit magistratui permittere ex hac causa interponere primum decretum, *h. e.* iubere caueri, atque etiam secundum, quo mittat in possessionem, *l. 1. & 4. de dam. inf.* Sed tertium, iubere possidere, nec ex hac causa permittitur ei, sed illud suæ iurisdictioni reseruat Prætor, *d. l. 4. §. si forte.* Non potest etiam magistratus municipalis iurisdictionem suam tueri pœnali iudicio,

A quod proponitur in *tit. si quis ius dic. non obtemp.* Fateor, hæc ei denegantur: sed an ideo est expers mixti imperij? minime. nam pignoris habet capionem, & modicam coercitionem, ex *l. 3. §. 1. de reb. eorum qui sub. tut. l. quemadmodum, §. magistratus, ad l. Aquil.* iuncta *l. 12. de iurisd. l. 17. si priuatus, qui & à quibus manum. l. 15. §. adiicitur, de iniur.* Habent etiam, vt arbitror mulctæ dictionem, quia publicum iudicium exercent, & quicunque publicum iudicium exercet, mulctæ dictionem habet, *l. 2. §. vlt. de iud.* Et cum defensoribus ciuitatum interdicatur mulctæ dictione, *l. 5. C. de defen. ciu.* argumento est, non etiam similiter magistratibus municipalibus esse prohibitum mulctam dicere, qui longe superiores sunt defensoribus. Ergo iurisdictio municipalis

B non vacat imperio. Porro quæ ante retuli, mixti esse imperij, ex eo apparet, quod possunt mandari, ex *l. pen. §. vlt. hoc tit. l. vlt. C. vbi & apud quem cau. restit.* Mandare potest magistratus alteri vt mittat in possessionem, vt det bonor. poss. restitutionem in integrum, modicam coercitionem, *l. vlt. hoc tit.* Quin etiam hæc omnia tacite mandat, qui iurisdictionem mandat: sunt igitur hæc omnia imperij mixti, hoc est, innata ingenitaque magistratui. Alterum est imperium, quod dicitur merum, non mixtum, quod lege datur specialiter, nec est immixtum magistratui & iurisdictioni, sed abstractum à iurisdictione. Mixtum imperium habent soli magistratus: merum habent etiam priuati: Nam Cneius Pompeius priuatus contra Sertorium priuatum missus est cum iure ferri, vt Tull. scribit 11. Philipp. Idem Pompeius ad

C aliud bellum maximum priuatus, vt idem ait pro lege Manil. proconsule missus est, hoc est, cum imperio consulari, & idem significat *l. aliud, de verb. sign.* quæ constituit hanc, inter cæteras, differentiam inter pœnam & mulctam: mulctam dicere solos magistratus, quod est mixti imperij, pœnam irrogare etiam eos, qui non sunt magistratus, sed priuati, si huius criminis executio eis data sit. Vnde possis conficere definitionem meri imperij, vt sit potestas irrogandæ pœnæ legitimæ, hoc est, pœnæ constitutæ legibus publicorum iudiciorum: vel sic. Merum imperium est animaduersio & coercitio omnis criminum grauior, legibus publicorum iudiciorum nominatim concessa. Potes & sic definire ex *l. vnic. de off. præf. prætor.* Merum imperium est licentia

D emendandæ disciplinæ publicæ: hæc licentia datur etiam priuato, vt dixi. Addamus; & non datur cuilibet magistratui: nullus magistratus non habet mixtum imperium: aliquis non habet merum: non quilibet præses habet merum, *l. 4. C. de loc.* Prætor vrbanus non habet merum imperium: sed si quid exigat grauiorem animaduersionem, id remittit ad præfectum vrbi, *l. 1. §. solent, de off. præf. vrb. l. 1. & 2. de suspect. tut.* Ac præterea excepto præfecto prætorio, qui solus habet plenissimum imperium merum; nullus magistratus habet plenissimum imperium merum, id est, omnes partes imperij meri. Consul habet ius gladij: ius relegandi non habet, *l. 14. infra de interd. & releg.* Præfectus vigilum ius atrociter verberandi habet, ius gladij non habet, quia illud datum est, hoc non est datum, *l. 3. §. 1. l. 4. de off.*

E *præf. vig.* Item præses prouinciæ ex Constitutione Augusti habet ius gladij, ius damnandi in metallum, ius relegandi, *l. illicitas, §. qui vniuersas, de offic. præs. l. relegatorum, §. 1. de interd. & releg.* non habet ius deportandi, quia non datum est ei: nec ius confiscandi bona reorum, *l. inter pœnas, §. vlt. de interd. & releg. l. vn. C. ne sin. iussu princ. cert. iud. lic. conf.* Nec in causis imperij licet argumentari à minori ad maius, quia partes imperij nemo sibi adsumit omnes, nisi acceperit omnes. Et si maiorem partem accepit, non propterea potest sibi adsumere minorem, nec si minorem non acceperit, non ideo non recte acceperit maiorem. Quinimo, quod mirum est, præsidi, cui datum est ius gladij, non licet vitam adimere aliter, quam gladio, non potest securi

(licet habeat lictores, & secures sex, & propterea ἐξαπέλεκυς dicatur) non laqueo, fustibus, *l. aut damnum*, §. 1. *de pœn.* Non potest vitam adimere veneno: veluti propinato succo cicutæ, vt olim Athenienses: & placet quod Abdias 5. hist. eccl. scribit, præsidem quosdam male necasse veneno. Quin etiam hac eadem ratione ante Constitutionem Diuorum Fratrum, de qua in *l. aut damnum*, non potuit Præses reo liberum arbitrium mortis dare, hoc est, electionem fati: ex Constitutione DD. Fratrum habet hoc ius dandi liberum arbitrium mortis, quod habuit solus princeps olim: vt constat ex Suetonio in vita Domitiani, & Tac. *lib.* 11. Annal. Et ita Nero Senecæ dedit mortis arbitrium: balneum enim ingressus, aperta vena vtraque seipsum necauit. Et inde veteres quidam dixerunt, præsagio quodam Senecam dictum, quasi se necantem. Ex his intelligitur: Non licere cuiquam vltra aut contra, quam ei sit præscriptum: nec esse argumentandum à pari vel minori. Denique restricte accipiuntur, quæ ex mero imperio permittuntur. Sunt igitur legis, non iurisdictionis, non arbitrij magistratus. & ideo mirum non est si dicat Papin. non posse imperium merum mandari. quod confirmatur *l. si quid erit*, *l. solent*, *de off. procon.* Legatus Proconsulis, an, si quid exigat grauiorem animaduersionem, potest fungi imperio proconsulis? Minime: sed debet id remittere ad Proconsulem, quia non habet ius animaduertendi, hoc est, gladio puniendi, non atrociter verberandi. Verum vt ostendit *l. solent*, Proconsul more maiorum legato mandare potest etiam cognitionem custodiarum, hoc est, reorum, qui custodiuntur in carcere. Sed respondeo, illud genus mandati esse extraordinarium, & quasi illegitimum: Nam quod est extraordinarium, id quodammodo est illegitimum. & breuiter declarat, eo mandato contineri, non vt apud eum accusentur rei, non, vt ipse reos absoluat, aut damnet, sed audiat tantum custodias. & nescio, cur Seruius 6. Æneid. ait: Custodia est quæ custodit, non quæ custoditur. vsurpatum est autem, &c. Sed Vlpianus ait: *mandato contineri, vt audiat custodias, & postea remittat ad proconsulem*: quia nemo, inquit, gladij potestatem, sibi datam vel cuius alterius coercitionis ad alium transferre potest, *id est, merum imperium mandare potest: mandabit quidem reorum auditionem, & hoc ipsum tamen extra ordinem, non rite & ordine.* Ex his intelligitis legem *imperium* indigere tantum aliquantula explicatione, quod præstabimus perendie. Non displicebit hodie & opinor enarratio d. legis *imperium.* Iurisconsulti duo Papinianus, & Paulus in *l.* 1. *de offic. eius, cui mand. est iurisd.* duplex imperium merum faciunt. merum, quod lege datur, quod & mandari non potest. & mixtum, quod iurisdictioni cohæret, nec ab ea vnquam diuellitur, sed simul transit cum ea in legatum Proconsulis, vel quem alium, cui iurisdictio mandata est: ita quoque Vlpian. in *l. imperium*, diuidit imperium in merum & mixtum: ratio nominum iam supra à nobis est exposita. Merum definit à maiori parte sui, ius gladij, hoc est, ius vitæ adimendæ, quod & in ea l. hæc verba demonstrant, *ad animaduertendum facinorosos homines.* Sic Florentiæ scriptum eleganti forma loquendi, vt Varro dixit: *Repudiandum omnes artes*, per genrundij modum: *Emendum veteranos ex campestribus locis: faciendum præfectos atrociores, iniiciendum frænos.* Ergo non legamus, *ad animaduertendum in facinorosos homines*: sed *animaduertendum facinorosos homines*, reiecta præpositione *in*, quod est elegantius, quam si dicas, *animaduertendos facinorosos.* Hæc verba satis demonstrant, quid sit ius gladij: ita animaduertere, est gladio punire, *l. perspiciendum*, §. *vlt. & seq. de pœn.* Capitis pœna est, inquit, bestiis obiici, vel alias similes pœnas pati, vel animaduerti. Animaduersio igitur est species capitalis pœnæ, animaduerti, gladio plecti, quod Græcis est ἀποκεφαλῶ ποιεῖσθαι. Et in *l. seq.* Seruos pœnæ fieri eos, in quos animaduerti iubetur, vel qui bestiis obiiciuntur. Locus hic etiam demonstrat, animaduersionem esse speciem capitalis pœnæ, eamque propriam gladij. Inde (quod nescio, an adhuc quisquam explicarit,) intelligere possumus, cur occiso Papin. nostro iussu Antonini Caracallæ, & percusso securi, percussori dixerit Antoninus, *Gladio te meum iussum exsequi oportuit*: quod Spartia. scribit in Antonino & Dio, siue Xiphilinus: non video rationem cur id dixerit, nisi quod animaduerti iussisset. Qui iubet in aliquem animaduerti, gladio puniri iubet. Fuit hic Antoninus parricida: occidit enim fratrem suum in sinu matris: occisus est etiam eius iussu Papinianus, quod faueret partibus Getæ fratris longe melioris: hæc vera causa, quidquid referant Spartianus, Lampridius, & alij, quod noluerit excusare parricidium, dicens: *non tam facile excusari, quam fieri parricidium.* quod forsitan verum est: nam non tam fuit scientia excellens, quin & probitate morum excelleret. Vel, vt alij narrant, occisus fuit, quod post occisum fratrem Getam noluerit dictare orationem, qua accusaretur Geta, tanquam iure occisus, cum diceret, *alterum parricidium esse, accusare innocentem occisum.* Si hæc sunt vera, plane scientiæ mores respondebant. Verum quod ferunt dixisse Imperatorem: *Gladio te meum iussum exequi oportuit*, non habet aliam rationem, quam quod in eum animaduerti iussisset. Ad rem redeo. Merum imperium, si vis definire à maiori parte sui, est ius gladij, ius ferri, vt Lucanus dixit lib. 5. sicuti in libris nostris damnare ad ferrum, est damnare ad gladium, in *l. eius qui* §. *vlt. D. de testam.* & placet, quod Statius ait lib. 1. *ferrum mulcere toga*, & *lib.* 5. *imperium mulcere toga.* Plane ferri nomine significatur merum imperium. Comprehendit etiam ius gladij, ius belli gerendi, & administrandi, licet id non sit scriptum in *l. imperium.* Cui possis addere, merum imperium esse ius gladij ad persequendum, & belligerandum hostes. Et adiicit Vlpian. simpliciter, imperium illud potestatem appellari. modo *potestatis* verbum generaliter, modo specialiter accipitur, generaliter passim. Nam quilibet magistratus potestas est. Mixtum imperium etiam potestas est, quæ iure magistratus competit: sed per eminentiam potestas est, summa & mera, id est, imperium merum vt Zonaras loquitur in Basil. Porphyr. Præter nostros auctores nescio alium auctorem, qui dicat merum imperium præter Zonaram: nam ἄκρατον ἐξουσίαν vocat dictaturam, quæ habuit summam potestatem. Definit ergo imperium heic à posteriore sui parte. Sed continet etiam alia, vt ius atrociter verberandi, damnandi in metallum, deportandi, confiscandi vniuersa bona reorum, & generaliter omnem coercitionem grauiorem, *l. solent*, *l. si quid erat*, *de offic. proc.* Modica coërcitio, est mixti imperij, grauior coërcitio meri, nec permissa cuiquam, nisi sit concessa nominatim. Nec idem est, ne quis fallatur, publici iudicij exercitio, & imperium merum, quam exercitionem dixit Papin. non posse mandari: vtrumque non potest mandari. Nec tamen dixeris vtrumque idem esse: alioquin frustra vtrumque repeteret in *d. l.* 1. Sed in ea l. tria ponit exempla eorum, quæ lege dantur, quæque mandari non possunt: quæstionem siue exercitionem aut executionem publici iudicij lege datam nominatim: cognitionem datam ex Senatusconsulto Syllan. & merum imperium lege datum. Et illa duo esse diuersa ita demonstro. Legatus proconsulis ex mandato extraordinario Proconsulis publici iudicij exercitionem habet: habet enim cognitionem custodiarum, hoc est, reorum, qui custodiuntur, quod quid aliud est, quam quæstio publici iudicij, quo rei postulati sunt? Ergo ex mandato Proconsulis extraordinario legatus habet cognitionem publici iudicij, ex *l. solent*, *de off. proc.* Merum tamen imperium non habet, quia neque apud eum inchoari accusatio potest, neque terminari: sed quæ in medio versantur, ea sola ex mandato Proconsulis quærere, &

& dignoſcere poteſt. Reus non poteſt apud eum accuſari, nec ab eo damnari, vel abſolui. Extrema non habet, quæ ſunt meri imperij: cognitionem intermediam habet, ſed vbi cognouerit, remittit reum ad Proconſulem, *d. l. ſolent.* Proconſul igitur ſolet legato mandare quæſtionem publici iudicij. Sed, vt ait idem Vlpian. mandatum eſt extraordinarium, hoc eſt, illegitimum, quia cognitio publici iudicij eſt ei mandata à lege. Ergo dum eam mandat Proconſul, aberrat à iure, & facit illegitime. & hoc eſt, quod ait in ea *l.* 1. Papin. *errare magiſtratus, &c.* Et ita coniungenda eſt *d. l.* 1. cum *l. ſolent.* Vna *extraordinarium mandatum* dicit: altera, *errare magiſtratus.* Et vtraque igitur l. coniuncta, diu quæſitum conuenientiſſimum exemplum apponetur ad *l. quod non ratione, ſupr. de legib.* non ratione inualuit hoc vt Proconſul mandaret legato quæſtionem publici iudicij, ſiue cognitionem cuſtodiarum, ſed primum errore: deinde ſoliti ſunt ita mandare. An ergo dicam & cæteras cognitiones, quæ ei lege dantur, poſſe Proconſulem mandare legato, veluti cognitionem de transactione alimentorum, cognitionem de domino à familia occiſo, cognitionem de prædiis minorum diſtrahendis? Minime, eſt tamen argumentum idoneum. Si poteſt Proconſul mandare legato cognitionem criminum, cur non & cognitionem ciuilis rei mandare poterit? Sed reſpondendum, quamuis & hac *l.* 1. *& l. ſolent*, detur ſpecialiter cognitio criminum: nos tamen errorem nunquam producimus in conſequentiam, *d. l. quod non ratione.* Vt vero intelligamus, quid diſtet merum imperium à cognitione cuſtodiarum, vel quæſtione publici iudicij, obſeruandum eſt quod ait *l. aliud, de verb. ſign.* eum pœnam irrogare poſſe, cui huius criminis executio data eſt. Is enim, cui cognitio ſiue quæſtio & inquiſitio ſola data eſt, non poteſt pœnam irrogare: propterea in *l.* 1. *C. vbi cauſ. fiſc.* cui licebit pœnam irrogare, hoc eſt, qui habuerit merum imperium, quod lege datur; & licere dicitur, quod per legem licet, vt indicat oratio pro Balbo. Eadem *l. imperium*, ita definit mixtum imperium, cui etiam ineſt iuriſdictio, hoc eſt, quod implicitum eſt magiſtratui, ſiue iuriſdictioni, quod ſemper cum iuriſdictione cohæret, quod iure magiſtratus competit. Et exempli tantum gratia in *l. imperium*, ait, mixtum imperium conſiſtere in danda bonorum poſſeſſione, ex teſtamento ſcilicet, vel ab inteſtato, & dando iudice. Quod inquit, *in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit.* Hoc eſt prius exemplum. Poſterius exemplum: *iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia.* Placet admodum illa vox, *etiam*, quod idem eſt, ac ſi diceret, non tantum mixtum imperium, ſiue iuriſdictio conſiſtit in danda bon. poſſ. ſed etiam in dando iudice: recte dices, iuriſdictionem eſſe licentiam dandæ bon. poſſeſſionis, & recte adiicies, eſſe quoque licentiam dandi iudicis. Et idem omnino dices de imperio mixto, quia ita mixtum eſt vnum alteri, vt nunquam ſecernatur. Et hoc in iudicis datione, de qua magis ambigitur, planum facit *l. cum prætor, de iudic.* quæ ait magiſtratum vrbanum, iudices dare poſſe propter vim imperij. Ergo iudicis datio eſt imperij: aut meri igitur, aut mixti: at certe non meri eſt: ergo mixti. Fateor in quibuſdam magis elucere imperium, vt in modica coërcitione, in aliis apparere quaſi nudam iuriſdictionem, vt in interlocutoria aliqua ſententia magiſtratus: & tamen dum interloquitur, aliquid etiam pro imperio agere dicitur, *l. quod iuſſit, de re iudic.* Videntur etiam eſſe magis imperij mixti, quæ denegantur magiſtratibus municipalibus: alia quædam videntur quaſi iuriſdictionis nudæ: ſed nunquam mixtum imperium à iuriſdictione ſeparatur. Hodie nullum eſt imperium merum, quia iuriſdictioni cohæret ius gladij, & grauior coërcitio omnis, hoc eſt, iure magiſtratus competit. Et hoc ipſo, quod quis creatus eſt magiſtratus, ius gladij habet, etiamſi ei non ſit datum lege nominatim. Merum quod fuit olim, hodie eſt mixtum imperium;

A quia competit tacito iure & ſequitur vltro magiſtratum, nec eſt neceſſe nominatim delegari: ſi igitur mixtum eſt hodie imperium: ergo mandari poteſt.

Ad l. 33. de rec. arb.

Arbiter ita ſumptus ex compromiſſo, vt & diem proferre poſſit, hoc quidem facere poteſt: referre autem contradicentibus litigatoribus non poteſt. l. 74. de regul. iu. *Non debet alteri per alterum iniqua condicio inferri.*

Sciendum eſt, iudicem dari à magiſtratu plerumque, vt iudicet intra certum tempus, quo finito iam non poteſt iudicare, niſi partes ei prorogauerint tēpus, quod B magiſtratus præſtituerat, *l.* 2. §. *ſi & iudex, l. ſi iudex, de iudic.* Exemplo iudicis dati arbiter compromiſſarius plerumque eligitur ab ipſis partibus, vt iudicet intra certum tempus, non etiam datur à magiſtratu. ſed nonnunquam additur clauſula, vt poſſit proferre diem compromiſſi, producere, prorogare, prodere diem, vt ex Lucilio notant Nonius & Donatus: *Poſſis ne elabi, an porro prodenda dies ſit,* hoc eſt, proroganda, prolatanda: & in Andria: *At qui ſaltem nuptiis prodat diem*, id eſt, differat, proroget nuptias. Et hoc pertinet ad *l. Labeo*, §. 1. *hoc tit.* & ad id quod ait initio huius leg. quod etiam oſtendit *l.* 32. §. *dies*, quærebatur, an poſſit etiam *referre diem?* Et ait, eum non poſſe ſine conſenſu vtriuſque partis. Referre diem, eſt anteferre, anteuertere diem iubendo, vt partes adſint in illum diem, vt Fe- C ſtus ait, *referre diem prædictam*, hoc eſt, præferre; nobis eſt, *anticipare.* Verum ſi retulerit diem, & vnus abfuerit, an committetur pœna? Minime: quia nondum exierat dies compromiſſi, non poteſt retroceſſum ire, repetere diem, aut ipſum producere diem, vt Græce ἐπαναχωρεῖν, id eſt, *proferre diem.* quod ſi conſentiat vnus, vt referat diem & properet ad ſententiam, conſenſus vnius alteri non nocebit. Et hoc eſt, quod ait *l.* 74. *de regul. iur.* his verbis: *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.* & rectiſſime huic coniungetur, & eſt eiuſdem Papin. Accipienda eſt hæc regula de conſortibus, qui habent communem rem, aut litem: poteſt aptari ad coheredes, *l. ſi petitor, de iudic.* ad fratres: nam factum fratris nocere non poteſt, quia coheredes ſunt, D aut conſortes, *l.* 2. *ſi quis aliqu. teſt.* Sed propriùs aptabitur ad propoſitam ſpeciem, ſcilicet ſi duo ſint litigatores, qui adierint arbitrum, non poteſt alteri per alterum iniqua conditio inferri, puta vnus conſentiendo, vt arbiter diem referat, efficere, vt alter in compromiſſi pœnam incidat. Et ita videtur aptanda cum *l.* 33. *de recep. arb.*



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. II. Quæſtionum Æmilij Papiniani.

Ad l. vlt. ſi qu. caut. iud. hiſt. cauſ. fact. non obtemp.



HÆc l. eſt de ſtipulatione iudicio ſiſti, qua quidem ſe ſtipulanti obligat ſemper non tantum, qui ſuo nomine conuenitur, ſed & qui E alieno: quum enim vocaris in iudicium, aut ſtatim ſequi debes partem, aut cauere iudicio ſiſti ad condictum diem, vel ad diem, quo ſtipulator agere volet. Elegantiſſima eſt hæc legis ſpecies: Finge: Tutor

nomine pupilli in iudicium vocatus, promisit iudicio A sisti in diem certum, vel ad diem, quo stipulator agere vellet (his cautionibus hodie non vtimur in Gallia nec cautione de rato, nec de iudicato soluendo: nullæ interponuntur iudicij exercendi causa stipulationes) is vero tutor non obtemperauit stipulationi, quia ad diem iudicio non adfuit. Commissa est igitur stipulatio ipso iure. Priusquam reliqua huius facti persequamur, sciendum est, tutorem, qui conuenitur pro pupillo, cauere quidem iudicio sisti, sed non iudicatum solui, in *l.* 1. §. *sufficit*, *de admin. tut.* & *l. vlt.* §. *defens. C. eod. tit.* Et hæc est vna differentia non vnica inter tutorem, & procuratorem siue defensorem litis alienæ. Et quæ de tutore dicemus, ea de curatore intelligenda sunt: nam defensor litis alienæ non est idoneus, nisi caueat iudicatum solui: tutor vero licet defendat pupillum, non promittit B iudicatum solui. & ratio differentiæ hæc est, quia defensor litis alienæ volens suscipit mandatum agendæ litis: nemo enim inuitus suscipit mandatum. sicut nemo inuitus contrahit, vel etiam sine mandato immiscet se liti alienæ vltro, irrogatus tutor vero tutelam suscipit etiam inuitus, quia tutelæ munus ciuile est, & omne munus ciuile inuito iniungitur: non est æquum onerari cautione iudicati soluendi eum, qui ad litem alienam etiam inuitus accedit: potest tamen tutor obligare pignori vel hypothecæ prædia pupillaria, etiam sine decreto prætoris vel præsidis contra orationem D. Seueri, videlicet iudicati soluendi nomine, quum ipse pupillus litem suam defendit tutore auctore, qui casus est singularis, quo hypotheca contrahitur prædiorum pupillarium sine decreto, quia pupillus, qui in iudicium vocatur, cauere debet, & C frustra desideratur decretum, vbi soluere necesse est. Et hoc est, quod in *d.* §. *defensionem, in fine*, dicitur, tutorem posse subsignare, hoc est, pignori obligare res pupilli etiam immobiles, hoc est, prædia, pro cautela litis, siue pro cautione iud. solui, non vt Accurs. pro cautione iudicio sisti, *l. si seruus, iud. solui, l. si eum, de fideiuss. l.* 5. §. *in possessionem, vt in posses. legat.* Cautio iud. solui, est cautio rei vel litis: nam est de soluenda re, aut æstimatione rei: est igitur cautio realis. Cautio iudicio sisti est personalis, in *Nouell.* 53. *cap.* 3. §. 2. cautio de persona, non de re. Igitur cautela litis, est cautio iudicatum solui, non cautio iudicio sisti. Tutor igitur, cum non paruit stipulationi, stipulatio commissa est, vt præstetur id quod interest, vel pœna stipulatione comprehensa. D Verum antequam ageretur ex ea stipulatione, interim vt Papinianus ait, vel inter moras, vt loquitur Marcellus in *l. tutor* 28. *de adminisst. tut.* Inter moras, inquam, id est, antequam ageretur ex stipulatu, pupillus adoleuit, vel mortuus est: atque ita finita est tutela, quæ finitur adolescentia, vel morte; vel pupillus se abstinuit hereditate, cuius nomine conueniebatur: Finge enim conuentum fuisse eum, aut tutorem pro eo ex contractu patris, cui heres extiterat, vt ait *l.* 2. *de administ. & peric. tutor.* & commissa iam stipulatione iudicio sisti aduersus tutorem, qui eam interposuerat, quiue ad eam responderat, pupillum abstinuisse hereditate. Quæritur an actio ex stipulatu, quæ commissa est, danda sit in tutorem? Et ait prudentissime Papin. denegandam esse E actionem, quia finita est interim causa stipulationis cum pupillus abstinuerit se bonis paternis, vel etiam quia finita est tutela. Et ita proponitur in *l. tutor.* Verum Papinian. vt hoc magis probet, vtitur optima similitudine: si postquam tutor in iudicium vocatus nomine pupilli & condemnatus sit, adoleuerit interim pupillus, vel mortuus sit, vel abstinuerit se hereditate patris, ex qua lis descendebat, beneficio prætoris: si hæc contigerint post condemnationem tutoris, actio iudicati in tutorem non dabitur. Sed primo casu, id est, si adoleuerit pupillus, in pupillum dabitur. Secundo casu, id est, si mortuus fuerit pupillus, dabitur in heredem pupilli. Tertio casu, si se abstinuerit, in nullum dabitur, *l.* 2. *de administrat. tut. l.* 1. *C. quando ex fact. tut.* Pari ergo ratione non dabitur etiam in tutorem actio ex stipulatu, si posteaquam commissa est stipulatio iudicatum solui, hæc contigerint, quia nihil interest stipulatio interponatur sine causa, an postea finiatur causa, *l. vlt. iud. sol.* An ergo si hæc non contigissent, daretur actio iudicati in tut. sic sane, si se liti obtulisset, si cum ipsum pupillum exhibere posset, cuius res erat, ipse maluerit iudicium accipere pro pupillo, quam ei auctor esse iudicium accipiendi. Nam in eius arbitrio est, vt nomine pupilli iudicium accipiat, aut pupillum exhibeat. Quod si iudicium accipiat pro pupillo, videtur se liti offerre: & ideo merito est in eum actio iudicati. Aliud dicendum est, si pro pupillo absente vel infante iudicium acceperit, id est, minore annorum septem cum is non posset ei esse auctor ad iudicium accipiendum: nam impuberes in ius vocare permissum non est, *l. neque impuberes* 22. *de in ius voc.* Quia igitur coactus ipse iudicium suscepit, actio iudicati in eum non dabitur, sed in pupillum, *l.* 2. *de admin. tut.* Idemque erit in procuratore cuiuslibet: nam si procurator pro domino conuentus sit & condemnatus, actio iudicati dabitur in dominum, vel si vicerit procurator, dabitur domino: nam vincit & vincitur domino procurator. Actio ergo iudicati non dabitur in procuratorem, nisi se liti obtulerit non rogatus, id est, nisi sit procurator aut gestor voluntarius *l.* 4. *de re iudic.* Et in hac re nulla est differentia inter tutor. & procuratorem, sed alia est, quæ pertinet ad quæstionem istam: Tutor si extra ius cauerit se soluturum nomine pupilli, quod pupillus debuit, finita tutela recte recusat actionem, hoc est, non cogitur iudicium accipere ex ea causa, *l.* 5. §. *vlt. quando ex fact. tut.* Procurator autem, qui, dum gerit negotia domini, pro domino promisit aliquid, finito mandato non recte recusat actionem. Id de tutore scripsit Papinianus in *d. l.* 5. Idem scripsit de proc. in *l. procurator*, 67. *de procurator.* Finge: Procuratori mandasti, vt venderet rem tuam: vendidit, & cauit de euictione tuo nomine, ac postea desiit esse procurator tuus reuocato mandato, aut quasi expleto mandato, cum non erat procurator omnium rerum: an procurator tenetur emptori euictionis nomine finito mandato? Sic sane: quia finito mandato non finitur obligatio, qua se obstrinxit pro domino. & ratio hæc est, quia volens accessit ad negotium alienum, & cauit vltro de euictione. Sed si quid vendat tutor, finita tutela non tenetur, etiamsi cauerit de euictione, quia inuitus accedit ad tutelam & cauet si quid coactus necessitate officij, quod sustinet vendat.

Ad l. 38. de Pactis.

Ius publicum priuatorum pactis mutari non potest.

IN hac lege ex Papiniano proponitur hæc regula iuris, qua nulla est, quæ tot exempla habeat. Sed non vtar vulgaribus, aut iis quæ iam à me antea sunt prodita. Ius publicum priuatorum pactis mutari non posse. nullus est Iurisconsultus qui tot iuris regulas nobis confecerit, quod longior progressus Papiniani ostendit. id est argumentum summæ peritiæ Papiniani. Periti est habere in promptu regulas & definitiones tum rerum, tum etiam nominum. Ac memini Theologos inter cæteros non aliam ob rem facere plurimi Damascenum, quam quod eius scripta sint plenissima definitionum. Possem statim ex eodem Papiniano apponere exemplum ex *l. vlt. de suis & legit.* sed est tritum. Priusquam alia proponam sciendum est, ius publicum in iure accipi dupliciter. Publicum dicitur primò, quod consistit in sacris, sacerdotibus, religione, magistratibus, *l.* 1. *de iustit. & iure.* Secundo ius fiscale dicitur ius publicum, quod tamen est priuatum Principis. Tertio ius publicum dicitur ius commune omnium, id est, ius ciuile, leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta præto-

rum, mores populi Romani, qui respiciunt omnium vtilitatem, non etiam commodum priuati hominis. & ita sæpissime ius publicum accipitur pro legibus, puta pro lege Falcidia, &c. Hoc ius publicum priuata conuentione conuelli & commutari non potest. Vtamur nouis exemplis. Iusiurandum calumniæ introduxit Iustinian. voluit enim de calumnia iurare litigatores in ingressu litis: & pari religione exegit etiam iusiurandum à iudicibus, atque etiam ab aduocatis, respiciens ad publicam vtilitatem, ne quis temere litigaret. An potest iusiurandum calumniæ remitti ex consensu partium? Minime, quia ius publicum priuatorum pactis mutari nequit, *l. 2. §. sed quia, C. de iureiur. propt. cal.* Plus potest ius publicum, quam priuata conuentio: priuata conuentio eludere leges, aut constitutiones non potest. Item, vt constat ex sententiis Pauli, functio dotis pacto mutari non potest, hoc est, præstatio & redditio dotis: dos reddenda est ex 12. tab. annua, bima, trima die, hoc est, tribus pensionibus, si consistat in pecunia numerata, auctore Vlpian. in Fragm. tit. 6. an valebit pactum & conuentum, si placuerit, vt præstaretur quadrima die? minime, *l. 16. de pact. dot.* Legibus etiam prodita est actio ob mores, actio de moribus, vel retentio ex dote propter mores eius, qui diuortio causam dedit; quæ à Rhetoribus dicitur actio malæ tractationis, quæ quia publici iudicij est, pacto non tollitur. Est etiam actio ob res donatas coniugi, vel retentio, quæ non valet, nisi perseueret donator in eadem voluntate vsque ad mortem. An si conuenerit initio matrimonij, vt si quid donetur, non repeti possit, vel ne de moribus agatur, aut plus aut minus exigatur, an hoc pacto obstringi possunt? Minime: nam iuri publico derogat, *l. 5. de pact. dotal.* Similiter ex lege 12. tabul. actiones hereditariæ diuiduntur ipso iure, vt singuli heredes non teneantur in solidum, sed pro partibus hereditariis: hoc ius non potest pactis immutari, *l. 2. §. vlt. famil. ercisc.* Vtar alio exemplo ex Nouell. 22. cap. 32. & 33. Finge: datus est vsusfructus, vel data proprietas bonorum, aut nuda, aut plena in dotem, vel donationem propter nuptias, vnus ex maritis soluto matrimonio lucratur dotem, vel donationem propter nuptias, an tale lucrum amittet, si transeat ad secundas nuptias? minime. An si initio conuenerit vt amitteret hoc lucrum si forte transiret ad secundas nuptias, an transeundo ad secunda vota amittit? nec hoc etiam casu amittet. Et vtitur etiam Iustinianus hac regula, non posse iuri publico derogari priuata conuentione, *d. Nouell. 22.* Exceptio est vna; nisi lex specialis id permiserit, nisi pactio sit legitima. vt possit iuri publico derogari priuata conuentione. Exemplum est in *l. vlt. §. vlt. C. de tempor. appellat.* an initio litis pacisci licet, vt qui superatus sit, non appellet: aut fatalia tempora quæ dicuntur *κυρίαι ἡμέραι*, non obseruet? sane pactio non valebat. Sed hodie valet ex constitutione Iustiniani, *d. §. vlt.* Hæc igitur regula patet latissime, & habet exempla innumera: nam nec voluntate testatoris mutatur ius publicum. An potest mutari l. Falcidia aut prohiberi? minime: Sed hodie potest ex Nouell. 1. & constitutione Iustiniani. Non potest testator facere ne leges in suo testamento locum habeant, *l. 55. de legat. 1.* Est hoc addendum huius leg. sensum hunc esse: Ius priuatorum facile mutatur priuatorum conuentione: vt puta quæsita tibi actione, ius tibi quæsitum facile condonaueris vbi quæsieris. Pacto non potes etiam efficere, ne nascatur actio, sed nata poteris non vti, aut eam remittere pacto, si volueris, quod hoc non pertineat ad ius publicum, sed ad priuatum. non possunt autem priuatorum pactiones efficere, ne leges, edicta, constitutiones vim habeant in suis contractibus, vel aliis negotiis, quæ ad eos spectant, quanquam, si quid eis quæsitum fuerit, de eo vtiliter paciscantur, idque remittant, aut habeant pro derelicto aut nullo: vt heres post mortem testatoris, quo maxime tempore locus legi Falcidiæ

A

est, solida legata præstare potest non vtendo Falcidia, *l. 46. ad leg. Falcid. l. vlt. C. eod.* Quo genere videtur heres plenum obsequium plenamque fidem exhibere defuncto in *l. qui totam, ad* S. C. *Trebell.* Plinius lib. 2. epist. 16. & lib. 4. epist. 10. Nam lex Falcidia contra voluntatem defuncti patrisf. semper inducta creditur: nam sane solidum defunctus præstari vult, *l. 86. ad l. Falcid. & Nouell. 1.* Verum testatore viuo inutiliter paciscitur heres de non deducenda Falcidia, si contigerit mori testatorem: ea pactio non efficit, ne locus sit Falcidiæ, *l. 15. §. 1. ad leg. Falcid.* Et sic legatum, aut hereditas postquam delata est, recte repudiatur, sed antequam deferatur, si repudietur, vel si de ea paciscatur heres, vel legatarius cum herede legitimo, vel scripto, inutilis pactio est, inutilis repudiatio, quæ non potest im-

B

pedire delationem, quæ fit ipso iure. Obuiam non potest ire legibus. Dixi hanc regulam esse frequentissimam, imo nulla frequentior, addidique noua exempla quinque. Adiiciam quod ex Græcis didici, & ad pleniorem regulæ explanationem valde facit, hanc regulam aptari posse ad legem præcedentem; ad quam ipsi coaptant vt plurimum est series quædam etiam in ipsa digestione & ordine legum, & nectitur quodammodo vna ex alia: præcedentia & sequentia legenda, vt aliquid deprehendatur, quod ad legem faciat, cui damus operam; & qui volunt legere legem aliquam, debent prius spectare, quid sit in præcedenti, quid in sequenti. ita verum percipient legum sensum sæpissime. In lege præcedenti hoc ostenditur, Curatorem reip. non posse remittere pecu-

C

niam debitam reip. habita pactione cum debitore publico, & si remiserit, nihilominus esse integram eius pecuniæ petitionem. Ad eam legem addes rectissime eam rationem, *quia ius publicum pactis priuatorum mutari non potest.* Ac sane videtur etiam Papin. hac regula esse vsus in hac specie. Ius publicum, hoc est, ius Reip. ciuitatis, municipij, mutari non potest à priuatis: ita enim in *l. 42. hoc tit.* dicitur, ius etiam fiscale priuatorum pactis conuelli non posse. Sed patet etiam regula latius, alioquin non esset regula, hoc est, non tantum continet ius reip. aut fiscale, sed etiam ius commune, leges, plebiscita, edicta, & mores. Verum ad hanc regulam addidi vnam exceptionem, nisi scilicet priuata conuentio, quæ derogat iuri publico, lege aliqua, aut constitutione nitatur ac confirmetur, *l. vlt. C. de temp. & repar. appell.*

D

quia scilicet re ipsa hæc pactio non derogat iuri publico cum probetur iure publico, & sit legitima conuentio. Addam hodie similiter exceptiones duas. Vnam ex *l. 1. §. inde quæritur, de ope. noui nunt.* Finge: Si vicinus meus faciat nouum opus, quod arbitror iuri meo officere posse, possum eum impedire, ne ædificet, nuntiatione noui operis instituta, etiam non adito prætore: (quanquam iure Gallico oporteat adire magistratum) post eam nuntiationem litigatores se committunt prætoriæ iurisdictioni, vt animaduertat, remittenda sit nuntiatio, necne. Et qui ædificat antequam prætor remittat nuntiationem, facit contra edictum prætoris de noui operis nuntiatione, & tenetur interdicto restitutorio vt diruat, quod ædificauit, cuius formula hæc est: *Quod aduersus*

E

edictum prætoris fecit. Inde quæritur, an sine iussu prætoris pacto remitti possit nuntiatio? & videbatur non posse, quia in ea re versatur prætoris imperium, eaque res pendet ex iurisdictione prætoris, *d. l. 1. §. inde quæritur, l. 7. §. si paciscar, hoc tit.* quia neglecto imperio prætoris, hoc est, non adito prætore, & admissa huiusmodi pactione quæ remittit nuntiationem, videtur priuata pactio præponi imperio prætoris: edicto prætoris. ergo non admittenda, nec seruanda. Sed magis placet seruandam esse eam pactionem, & valere non minus remissam nuntiationem à denuntiante, quam si fieret à prætore, quia scilicet vterque idem agit & spectat, vt finiantur lites inter vicinos: idem agit hæc pactio, quod agit & prætor: atque ita reipsa nihil derogat iuri pu-

blico: idem enim agit quod edictum prætoris. Alia exceptio erit ex *l.31.hoc tit.* Ait lex: pacisci licet contra edictum Ædilium curulium omnimodo. quid est omnimodo? siue initio venditionis conuenerit aliquid contra ædilitium edictum, siue post, rata est conuentio, & infirmat Ædilitium edictum. Finge conuenisse inter contrahentes, ne ageretur actione redhibitoria ob morbum vel vitium rei venditæ, quod est contra ædilitium edictum. Si ita conuenerit post venditionem, sane rata est conuentio, quia quæsita actio emptori, ab eo vltro remittitur: & nemo inuitus cogitur vti iure suo. Sed si initio venditionis ita conuenerit, an valebit ea conuentio? Et ait valere. Pacisci contra ædilitium edictum, est iuri publico derogare. Et licet regula enuntietur duobus modis: *contra leges*, vel S C. *aut constitutiones, pacta conuenta non valent, non seruantur à prætore.* Vel, *ius publicum non potest mutari pacto priuatorum*; & ita duæ videntur esse regulæ; tamen vna tantum est, hoc sensu: *pacta contra formam iuris publici, contra leges, plebiscita, Senatusconsulta, mores, edicta prætorum, constitutiones non valent.* Sed addamus etiam pacta facta à priuatis, aut inter priuatos contra ius fiscale non valere. Item, pacta inter priuatos facta contra ius reipubl. non valere: & hoc ad ecclesiam trahi posse, quia in iure sæpe comparatur reipublicæ. Ideo autem pacisci contra edictum ædilitium licet quia ea est mens ædilium, vt ob eum tantum morbum, aut vitium sit actio redhibitoria, quod in gerendo negotio venditionis exceptum non sit: quod si generaliter omnes excepti sint, cur non erit rata conuentio? Et in summa, in his exceptionibus videtur quidem pactio priuata derogare iuri publico prima fronte, sed reipsa non derogat, quia id fit ex mente, aut permissu legis vel edicti, vel constitutionis. Hæc sunt, quæ maxime notanda erant ad hanc regulam.

Ad l. vlt. de transact.

Venditor hereditatis, emptori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit. si emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotij debitori propter ignorantiam suam accommodanda est. Idem respondendum est in eo, qui fideicommissam recepit hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegit.

SPecies hæc est: Heres vendidit hereditatem omnem, hoc est, ius vniuersum, & mandauit emptori, hoc est, cessit actiones hereditarias: (in iure idem est mandare, cedere, exhibere. Erat necesse cedere actiones hereditarias emptori ante constitutionem D. Pij. Hodie etiam sine cessione in emptorē actiones transeunt, *l.16.de pact.*) Is heres post venditam hereditatem certa pecunia transegit cum debitore hereditario, ignorante venditam esse hereditatem: an erit emptori hereditatis actio vtilis ex cessione in debitorem hereditarium? Sic sane: sed repelletur exceptione transacti negotij, vel transactionis, quamuis non transegerit cum emptore, sed cum venditore: qua ratione fit, vt ei, qui non transegit, noceat transactio facta cum alio: & ob id hæc exceptio non est directa, sed vtilis: quod heic significat Papinianus in hac l. dum ait, *est accommodanda*, id est, inflectenda: nam in iure passim actiones & exceptiones dicuntur accommodari, hoc est, inflecti & transferri in causam, in quam proprie non conueniebant, ideo à Græcis vocantur *πλαγιαστικαὶ*, quasi obliquæ actiones, vel exceptiones: sane hæc exceptio datur ex vtilitate, ne iusta ignorantia noceat debitori hereditario. qua ratione fit, vt debitor liberetur, qui soluit procuratori finita procuratione, si ignoret finitam esse, §. *Item si, de mandato, l. eius, D. de rebus cred.* Et patet idem iuris esse in solutione quod in transactione: nam si debitor hereditatis ignorans venditam fuisse hereditatem, venditori hereditatis soluerit,

A sane ipso iure debitor liberabitur, nec poterit cum eo experiri emptor hereditatis. Solutio ipso iure liberat, transactio per exceptionem: nam genus pactionis est, & pactio nisi sit legitima, non liberat quenquam ipso iure, sicut nec obligat. Vtitur Papin. similitudine fideicommissarij Trebelliani, non abs re: nam & fideicommissarius Trebellianus, & emptor hereditatis, vterque vicem heredis obtinet, & effectu quodammodo heres est, *l.2. §. pen. de hered. vel act. vend. l.5. quod cum eo qui.* & in vtrumque transeunt actiones vtiles etiam sine cessione: ex constitutione D. Pij in emptorem hereditatis: in fideicommissarium vero ex Senatusconsulto Trebell. Nunc finge: post restitutam hereditatem heres transegit cum debitore hereditario accepta certa pecunia, cum scilicet

B licet debitor ignoraret causam fideicommissi, aut restitutam hereditatem: si cum eo agat fideicommissarius vtili actione, repelletur eadem æquitate, exceptione transacti negotij cum herede. Sed laudo, quod dixit Accursius, emptori hereditatis vel fideicommissario teneri heredem vel venditorem, qui restituit, quia non præstitit integram hereditatem, non præstitit nomen illud, quod ipse extinxit facta transactione: nihil igitur damni facit emptor hereditatis, aut fideicommissarius Trebellianus, sed nihil etiam debitor, qui transegit ignorans. Rectissime autem ponit Papinianus, eum transegisse ignorantem: nam si sciens transegit, proculdubio tenebitur: nam imputari ei potest, cur soluerit ei, cui non debuit: nam post venditionem hereditatis vel restitutionem, heres quidem remanet venditor heredi-

C tatis, ac etiam is, qui restituit, sed nomine, sed non re; actiones habent directas, sed sine re: nam si nomen est sine re, & actiones igitur. Sciens igitur debitor venditam aut restitutam esse hereditatem, de se queri debet. Recte etiam Papinianus ponit, heredem transegisse post venditam hereditatem, vel restitutam: nam quod gessit heres ante venditionem aut restitutionem hereditatis: id ratum habendum est semper, neque distinguitur hoc casu inter scientem & ignorantem, *l. ante restitutam, 104. de solut.* quam adducit Accursius.

Ad l. 8. De postul. & l. 5. de decurion. & eor. fil.

Imperator Titus Antoninus rescripsit, eum, cui aduocatio-

D *nibus in quinquennium interdictum esset, post quinquennium pro omnibus postulare non prohiberi: Diuus quoque Adrianus rescripserat; de exilio reuersum postulare posse, nec adhibetur distinctio, quo crimine silentium vel exilium sit irrogatum, ne scilicet pœna tempore determinata contra sententiæ fidem vlterius porrigatur. Ad tempus ordine motos ex crimine quod ignominiam importat in perpetuum moueri placuit: ad tempus autem exsulare iussos, ex crimine leniore, velut transacto negotio, non esse inter infames habendos.*

IN hac l. Papinianus duo proponit rescripta, nec tamen quid de iis arbitretur, exponit, nec inualuerint ea vnquam an secus: nec enim semper omnia rescripta vim suam habuerunt: & quod experimur etiam hodie, idem fuit olim: non omnibus constitutionibus fuit sua

E vis. Refert igitur Papin. sententiam rescriptorum, nihil præterea: primum rescriptum est Titi, is est Antoninus Pius, non Caracalla occisor Papiniani, ex quo rescripto aduocatus, cui silentium indicitur ad quinquennium, id est, ne pro aliis postulet, post quinquennium postulare potest. Subiicit ex rescripto Adriani, etiam aduocatum relegatum ad tempus (nam exilium hic accipitur pro relegatione: deportatio enim nunquam irrogatur ad tempus) post tempus impletum postulare posse pro aliis. Hoc autē addit de suo Papin. ea rescripta esse generalia, nos igitur non debere illa distinguere: nam vox illa scholæ est vera; *Vbi non distinguit lex, non debemus distinguere.* Non exprimit rescriptum, an damnatus sit aduocatus famosa ex causa, an vero ex alia.

Itaque quacunque ex cauſa, quocunque ex crimine, ſiue famoſo, ſiue non, ad tempus quis relegatus ſit, vel interdictus ſit officio aduocationis ad tempus, poſt tempus priſtino officio fungi poteſt, quia reſcripta non diſtinguunt, id eſt ſunt generalia: nobis non licet addere diſtinctionem, quia ratio reſcriptorum eſt generalis: nec ſunt hac ratione caſus alij ab aliis ſeparandi: & in ſumma non eſt adhibenda vlla diſtinctio; & ratio eſt, ne pœna tempore definita porrigatur vltra ſententiæ finem, vt in *l. 3. de decur.* ne exaggeretur, inquit, ſententia, quæ certum modum habet. Ergo pœna non eſt exaggeranda aut amplianda, ſed minuenda potius & mollienda. Et hoc eſt, quod in hac l. à Papin. proponitur, in qua ſunt duo in eamdem rem conſentientia reſcripta: vnum Adriani, quod fuit prius: alterum Antonini Pij, quod fuit poſterius. Reſcriptum autem minus eſt quam edictum, quanquam hodie parem vim habeant. Reſcriptum mittebatur ad vnum conſultorum. edictum eſt lex miſſa ad populum, ad prouinciam, ad S. P. Q. R. Poſt hæc reſcripta ſubſecutum eſt edictum Caracallæ, quo generaliter ſublata omni diſtinctione cauit, eum qui ordine decurionum motus eſt ad tempus pœnæ cauſa, vel eum, cui aduocationibus interdictum eſt, vel alio quolibet officio, puta tabellionis, aut pragmatici officio, poſt tempus poſſe fungi honore & officio priſtino. Et edicto cauetur nominatim, non eſſe diſtinguendum, qua ex cauſa ad tempus ſit motus officio, vel quolibet ordine, an ex cauſa famoſa, puta falſi, vel furti: nam poſt tempus priſtinum honorem & dignitatem & officium recuperabit. Idem etiam erit, ſi leuiore pœna affectus ſit, dum ordine motus eſt, ſeu quo alio officio ad tempus, quam legibus ſtatuta eſſet: ſi extra ordinem (vt apertius dicam) ſit ei inflicta pœna lenior, quam ſtatuta eſſet legibus: nam non ideo minus poſt tempus ſtatutum pœnæ reſtituetur officio: atque ita experietur duplicem humanitatem. Nam & patietur clementiorem ſententiam ſeu pœnam, & poſt tempus pœnæ etiam recipiet honorem & officium priſtinum. Et hoc edictum ita exponitur ab Vlpiano in *l. 3. de decur.* & extat etiam eiuſdem edicti pars in *l. 1. de iis qui in exilium dati, vel ordine moti.* vbi ait, *poſthac*, id eſt, in poſterum, quaſi ante id non obtinuerit Romæ. Vnum notandum quod proponitur in *l. 2. eod. tit. 59. & l. 15. ad municip.* ad tempus ordine motum poſt tempus redire in ordinem indiſtincte, vt vult edictum. quacunque ex cauſa damnatus ſit: & eſſe decurionem igitur vt fuit ante: ſed non admittitur ad honores ſtatim, qui ſolent deferri decurionibus, niſi tanto tempore in eo ordine fuerit poſt completum tempus pœnæ, quanto ea dignitate caruit, aut eo ordine abſtinuit: poſt deferentur ei honores non minus quam cæteris gradatim & ſigillatim, vt ſolebat fieri. Habemus igitur duo reſcripta & edictum vnum, quæ conſentiunt in idem. Sed habemus præterea etiam reſcriptum Seueri & Antonini ex *l. 3. C. ex quib. cauſ. inf. irrog.* quo ponitur decurio ex cauſa famoſa ordine motus ad tempus, & mitiore ſententia iudicis, quod forſitan is debuerit moueri ordine in perpetuum ſecundum leges, ſit autem motus ad biennium, & ſic expertus eſt mitiorem ſententiam ex cauſa famoſa, tamen poſt biennium non habetur infamium numero, & redit in ordinem decurionum. Hæ igitur quatuor conſtitutiones mirum in modum inter ſe conſentiunt. Sed repugnant nonnullæ leges, quas nunc exponemus. Ac primum *l. 5 de decur.* quæ tamen eſt Papiniani ex eodem libro, atque ita huic l. coniungenda; imo vero prius explicanda fuiſſet, quam hæc. Exponamus igitur eam quæ diſtinguit, qua ex cauſa damnatus quis ſit, & conferamus etiam ſingulas leges, quæ ſuperioribus conſtitutionibus aduerſari videntur, hoc eſt, quæ diſtinguunt, qua ex cauſa damnatus ſit quis, cum conſtitutiones nullam diſtinctionem admittant. Vtamur bipartita diſtinctione: aut damnatur quis ex cauſa

A famoſa, aut non famoſa. Si ex cauſa non famoſa, non turpi, relegetur quis, vel mittatur in exilium ad tempus, quanquam hoc vix fieri poſſit, vt relegetur quis ex cauſa non famoſa, ſed tamen fieri poteſt: Si ex cauſa non famoſa ordine moueatur ad tempus, ſane poſt tempus redit in ordinem: non enim eſt infamis: nec eſt quod impediat: & ita interpretanda eſt *l. falſi pœna*, §. 1. *ad l. Corn. de falſis.* Aduocatus quidam ordine decurionum motus eſt ad tempus, (poterat quis eſſe aduocatus & decurio, *l. 56. & 57. C. de decur. lib. 10.* & perperam quibuſdam curiis excluduntur hodie aduocati à conſilio municipiorum, *des conſeils de la ville*) ordine, inquam, motus eſt ad tempus, quod falſum inſtrumentum apud Præſidem recitaſſet, quodque etiam falſa allegatione vſus

B eſſet, non quod exaraſſet ipſe, ſed quod recitaſſet tantum, an tenetur lege Cornelia de falſis? Minime. Iudicio publico legis Corneliæ de falſis, quod eſt famoſum, tenetur is, qui falſum fecit, non qui recitauit, ſed tamen & recitator plectendus eſt, verum non fit infamis: atque ita aduocatus, qui falſum tantum recitauerat, ex cauſa igitur non famoſa, ad tempus ordine motus, poſt tempus recipit priſtinam dignitatem. Idem erit in plebeio qui non eſt decurio; & hæc ſunt certiſſima: ſi aduocatus, qui non eſt decurialis, ſit relegatus ad tempus, poſt tempus poterit decurio creari, nec arcebitur curia & honoribus ciuitatis. Quid vero ſi damnetur quis ex cauſa famoſa? Sic diſtinguendum rurſus: vel damnatur pœna extraordinaria, vel legitima. Et hic

C in primis ſciendum, pœnas olim fuiſſe legitimas, nec potuiſſe irrogari à magiſtratu: pœnæ irrogatio eſt legis, non iuriſdictionis. Erant igitur pœnæ criminum certæ & legibus definitæ: nec à magiſtratu, cui data erat pœnæ irrogatio, hoc eſt, merum imperium, poterat alia pœna irrogari, quam quæ erat legibus definita; ac propterea dicitur ab ea pœna non poſſe appellari: nam appellaretur à lege. Nec enim tam magiſtratus irrogat pœnam, quam lex. *l. 131. aliud, de ver. ſignif.* Verùm non tantum pœna hæc fuit olim legitima, ſed etiam ordo exercendorum publicorum iudiciorum, fuit legitimus, ſeu ſolemnitas eius legitima fuit, ac ordinaria, quam Gallice vocamus *la procedure.* Deinde ordo cœpit eſſe extraordinarius, cœpit contemni ordo ſolemnis legum, manente adhuc pœna legitima, *l. 8. de publ. iud.* poſtea

D etiam cœpit non obſeruari pœna legitima, & ſubrogatæ ſunt extraordinariæ ex conſtitutionibus, *l. 7 §. vlt. ad l. Iul. repet. l. vlt. §. 1. ad leg. Fab. de plag. l. 13. de pœn. l. 2. de præuar.* Quod vſque adeò verum eſt, vt fur non manifeſtus, qui ex legibus damnabatur in duplum, hodie damnetur in quadruplum extra ordinem: quia omnes pœnæ ſunt extraordinariæ; *l. quid ergo, §. pœna, de his qui not. inf.* Et hodie cur non vtimur actione furtiua in duplum aut quadruplum? Quia non ſunt in vſu pœnæ legitimæ: omnes ſunt extraordinariæ poſitæ in arbitrio iudicis, eaque ratione rectè appellatur à pœna: & ſic eſt falſum hodie quod ait Vlpian. in *d. l. aliud 131.* Redeamus ergo ad diſtinctionem: aut irrogatur pœna legitima, aut extraordinaria. Si irrogatur extraordina-

E ria, quæ ſit grauior quam legitima, vt ſi is, qui ex cauſa famoſa debuit ad tempus ordine moueri ſecundum leges, extra ordinem ad tempus ſit relegatus, quæ pœna eſt durior, poſt tempus non habebitur inter infames, quia duriore pœna vel ſententia tranſactum cum eo videtur de infamia, vt ſcilicet non ſit infamis, qui duriorem pœnam paſſus eſt, vt releuetur infamia, vtque conſeruetur eius æſtimatio, qui duriorem patitur pœnam, quam lex permittit. Et ita in actione furti quæ eſt famoſa, & cuius pœna eſt tantum dupli, vel quadrupli, ſi ex cauſa furti conuentus non condemnetur in duplum vel quadruplum, ſed relegetur ad tempus, vel damnetur in opus publicum ad tempus, an poſt tempus erit infamis quaſi damnatus pœna legitima? Minime: quia ſeueritas pœnæ videtur tranſegiſſe de infamia, nec pœna eſt pro-

ducenda, sed minuenda quoad eius fieri potest. Seueriorem pœnam patitur, an æquum est ei adiici infamiam? Minime vero. Et hoc est, quod ait in secunda parte: *Ad tempus exulare iussos ex crimine leuiori*, (quod scilicet non meretur pœnam illam, sed leuiorem) *velut transacto negotio non esse inter infames habendos*. Idemque ostendit *l. 4. ex quib. caus. inf.* cuius species adnotanda est, quia difficilis. Finge: Quidam, qui secundum leges in annum tantum debuit relegari, relegatus est in quinquennium ex causa famosa. Et inquit, non excessit sententiam, quod est obscurum, hoc est, pœna sua functus est, non fuit refuga pœnæ, sed permansit in exilio per quinquennium; alioqui duplicaretur exilij tempus: nam contumacia refugæ duplicat pœnam, *l. 4. aut damnum, §. quisquis, de pœn.* an hic post quinquennium habebitur infamis? Minime, quia seueritas pœnæ cum eo videtur transegisse de infamia: non subiicitur ergo duplici seueritati. Idem dicitur in *l. in seruorum §. vlt. de pœn. l. 4. §. ad tempus, de re milit. l. 13. §. pœna, de his qui not. inf. l. ordine, ad municip.* Hæc omnia adhuc consentiunt cum constitutionibus: nam post tempus pœnæ non habetur infamis, qui damnatus est grauiori pœna. Verùm vt sumamus alteram partem distinctionis: si ex causa famosa irrogata sit pœna legitima, veluti decurio ordine motus sit ad tempus pœna legitima, vel etiam pœna extraordinaria, quæ sit leuior quam legitima, hoc casu post tempus manet infamis, & in perpetuum remouetur ordine ob infamiam. Et hoc proponit prior pars *l. 5.* & idem omnino est, si decurio sit relegatus ad tempus: nam vt ait *l. 3. in princ. hoc tit. boni debet consulere humanitatis sententiæ*, (il se doit contenter de cela) *quod sit leuiori pœna affectus, nec desiderare, vt post tempus redeat in ordinem*. Post tempus igitur non recipiet pristinum honorem, sed habetur infamis. Omnis infamia proprie est perpetua, nisi Princeps restituat famæ, qui solus potest abolere infamiam. Et quod dictum est ante, post tempus non haberi infamium numero eum, qui grauiori pœna affectus est, quam sit pœna legitima, ita accipiendum est, vt nec retro intelligatur fuisse infamis: quamuis subierit pœnam quandam infamiæ. Sunt hi effectus infamiæ, vt infamis non possit accusare, *l. 8. de accus.* vt non possit esse iudex, *l. 12. de iud.* vt non possit assidere iudici, *l. 2. de off. assess.* vt seuerius puniatur quam is, qui est integræ famæ, si quid deliquerit, quod est magni momenti, *l. 28. §. pen. de pœn.* Et vt eleganter ait M. Tullius pro Cluentio: *vt in perpetuum omni honore & dignitate priuetur*, vel vt Tertullianus de spectaculis, *Arcetur curia, rostris, Senatu, equite, & cæteris omnibus simul honoribus* ac *ornamentis*, quod congruit cum *l. 2. C. de dignit. & l. 8. C. de decurion.* Ergo si quis secundum legem, vel etiam extra ordinem mitiore sententia quam lex esset, ad tempus sit ordine motus, vel relegatus, post tempus erit perpetuo infamis. Idem erit, si ad tempus damnatus sit in opus publicum, quæ est species *l. 6. C. ex quibus caus. inf* in qua breuiter hoc ait. In opus publicum damnatum ad tempus capite non minui, sed tamen post tempus infamium numero censeri, quando scilicet extra ordinem passus est mitiorem sententiam, vel etiam ex ordine pœnam legitimam ex causa famosa. Idem ostendit *l. 4. §. ad tempus, de re milit.* Igitur *l. 6. & d. §. ad tempus, & l. 3. in princip. de decur.* & prior pars huius, quæ omnes leges volũt post tẽpus pœnæ manere infamiam, pugnant cum constitutione Adriani. Prior pars *l.* quamuis sit eiusdem Papiniani pugnat cum *l. 8. de postul.* Et in quærenda ratione componendi dissidij frustra fueris diligens: nulla enim est. Et hoc tantum respondemus, separandas esse constitutiones à iure, quæ separatio in plerisque iuris locis plurimum conducit. Iuris nomine intelliguntur leges veteres populi Rom. & auctoritates Iurisconsultorum: ita nonnunquam scribitur aliquid esse cautum, non tantum iure, sed etiam constitutionibus, *l. 33. de condit. & demonst. l. 4. §. contra, de*

A *doli except. l. 1. §. propter, nihil innou. app. int. l. 2. de offic. assess. l. 2. C. de diuers. rescript. l. 1. tit. 23. l. 5. quorum appellat.* Et plane separat ius à constitutionibus Macrinus Imp. iuris peritissimus & amantissimus, quem Capitolinus scribit, iussisse aboleri omnia Principum rescripta, vt ex iure ageretur, non ex rescriptis. Sane non abs re. Nam rescripta & constitutiones ius omne populi Romani exturbauerunt, quo cum comparata cætera iura, incondita videbantur. Magna est quæstio, an liberis damnatorum patronorum conseruetur veluti ius patronatus, quod habuit, qui damnatus est capitali iudicio? Minime, si sequamur *l. 3. de releg. & inter.* quæ de iure patronatus loquitur. Contra *l. 4. de iure patron.* ait, liberis damnatorum ius patronatus conser-
B uari, & profert constitutiones, quæ benignissime, vt ait, eisdem conseruarunt ius patronatus: quod ius nolebat. Est etiam magna quæstio de maiore parte creditorum, quæ paciscitur cum debitore interueniente Prætore solemniter, dum scil. timent, ne labatur facultatibus, ne foro cedat. Solent conuenire in vnum omnes creditores, vel maior pars, & adhibito solemniter Prætore pacisci cum debitore in partem aliquam debiti, ne totum amittant. Finge igitur ita rem actam apud Prætorem à maiore parte creditorum, an hoc nocet absentibus creditoribus? Sed an & noceat quoad priuilegium, an aufert priuilegium absentibus? negat auferre. Sic sane propter decretum Prætoris nocet quo ad actionem personalem, *l. 58. si præcedente §. Lucius, mand.* quod est iure. Sed
C *l. rescript. 10. in princ. de pact.* vult, etiam priuilegium auferri, vel minui absentibus creditoribus ex eadem lege, quæ loquitur de rescripto quo id introductum est contra ius. Et ita in quæstione proposita discernendum ius à constitutionibus: & concludendum omnino ita ex edicto Caracallæ, eum, qui ordine motus est, vel aduocationibus, vel quolibet alio officio ad tempus, post tempus non haberi infamium numero, indistincte quacunque ex causa, & quacunque pœna affectus sit. An idem dicemus de relegato ex causa famosa, vt cum esset affectus pœna legitima, vel etiam extraordinaria, & clementiore quam esset legitima? minime: quia edictum Caracallæ, quod est posterius, non loquitur de relegato ad tempus, sed de eo, qui ordine motus ad tempus pœ-
D næ causa. Rescripserat quidem Adrianus, relegatum ad tempus, post tempus non esse infamium numero, eumque postulare posse, in *l. 8. de postul.* Sed non obtinuit rescriptum illud, nec Antonini. Et necesse fuit postea proponi ab Antonino Caracalla edictum generale, quod non comprehendit relegatum, sed ait *posthac*, quasi velit, hanc rem dirimi ex edicto suo, non ex prioribus rescriptis. Ergo hodie in relegato ad tempus ius sequemur, vt proponitur in *l. 3. de decur.* in qua etiam hoc edictum Antonini refertur, & ait, sub illo edicto non contineri relegatum ad tempus. Igitur post tempus manebit infamis, scilicet si relegatio ad tempus fuit pœna legitima, vel etiam si fuit extraordinaria sed mitior, quam esset legitima.

E
Ad l. vlt. De his, qui not. inf.

Ex heredatum quoque filium, luctum habere patris memoria placuit: Idemque & in matre iuris est, cuius hereditas ad filium non pertinet. §. 1. Si quis in bello ceciderit, etsi corpus eius non compareat, lugebitur.

Certum est, heredem etiam extraneum lugere defunctum debere, à quo hereditas ad eum peruenit: nam & familia eius funesta est, quoad iusta fecerit defuncto, *l. si ex re §. vlt. de stip. seru.* Quod quidem descendit ex iure Pontificio veterum. Hoc autem argumento eo loco ostendit Gaius, seruum hereditarium recte stipulari heredi futuro: nam iacente hereditate & nondum adita, videbatur inutiliter stipulari, quia heres eo

tempore extraneus est: sed tamen placet valere stipulationem, quia qui postea heres est, retro videtur successisse defuncto à morte eius, *l. heres quandoque* 54. *de adquir. hered.* tempus aditionis cum tempore mortis coniungitur, & aditio retrotrahitur ad tempus mortis. Idque, inquit ex eo apparet, quod familia heredis intelligitur fuisse funesta à tempore mortis, licet aliquo post tempore heres adiuerit hereditatem: si funesta sit familia heredis, purganda igitur erit & expianda, quod non fit sine luctu. Nec tamen heres, qui iusta facit defuncto, ideo & continuo videtur se pro herede gessisse. Gestio pro herede magis est animi quam facti. Si iusta fecerit defuncto, si funus duxerit, si sepeliuerit defunctum animo heredis, videtur se pro herede gessisse: si pietatis causa, secus est: nam vt pro herede gessisse dicatur, hoc in animo esse debet, vt velit esse heres, *l. pro herede*, §. 1. *de adq. hered.* & ita alienorum negotiorum gestio, magis est animi quam facti. Si quid gessisti pro alio, animo procuratoris, est vltro citroque negot. gestorum actio: Si pietatis causa, nulla actio est, *l. ex duobus*, 27. §. *vlt. l. Nesennius* 34. *de neg. gest.* At si heres velit esse heres, & adeat hereditatem, vel quo alio modo eam adquirat: sunt enim plures modi adquirendæ hereditatis, sane habebitur inter ingratos, impios, infames, nisi funus faciat defuncto, nisi iusta funerum defuncto persoluat, supremum officium, exequias, inferias, solemnia mortis, vt loquitur *l. Mæuia*, 44. *de man. test.* nisi colat & celebret memoriam defuncti, à quo hereditatem accepit. Hic est luctus, quem ab herede desideramus, vt colat memoriam defuncti: hic est luctus temporarius, aut paucorum dierum, non annuus; alioqui est infamis, nisi in luctu sit paucorum dierum, si non iure, reipsa saltem & opinione hominum, *l. 5. C. de relig.* Si non infamis, notatus saltem est: nam & infames à notatis separantur, *l. 2. C. de dignit. lib.* 12. vt exheredatio est nota, non infamia, *l. multi, de lib. & post.* Ac præterea heres, qui non luget defunctum, quique defuncto iusta non facit, iure Pontificio veteri contrahit porcam præcidaneam, vt scribunt Cicero, Varro, Festus, Gellius, & Victorinus, hoc est, hac pœna plectitur, vt quotannis Telluri & Cereri immolet porcam ante fruges nouas, quæ dicitur præcidanea, quod mactetur antequam heres possit capere fruges nouas, & arua metere: annua religione obstringitur in perpetuum, qui ea fungi semel potuit, nec functus est. Porca præcidanea facit quotannis, quod semel facere potuit Porca præsentanea, hoc est, in præsentia, & quasi in conspectu mortui. Nam porcam præcidaneam opponi præsentaneæ eleganter scribit Marius Victorinus *in libel. de orthograph.* Denique memoriam defuncti heres celebrat quotannis, qui cogeretur semel, nisi aliud testator cauisset, vt in *l.* 18. §. *vlt. de alim. leg. l. legatum, de vsuf. leg.* & elegans est in hanc rem ratio *d. l. legatum*, quæ ponit, legatam fuisse ciuitati pecuniam certam, vt ex eius vsuris siue reditu, quotannis spectacula celebrarentur, memoriæ defuncti causa. Id vero spectaculum in ea ciuitate nemini edere licebat: erat illicitum more ciuitatis. Quid fiet? an ea pecunia cedet lucro heredis? Minime, sed adhibito aduocatoque herede & primoribus ciuitatis dispiciendum erit, in quam aliam rem pecuniam conuerti oporteat, vt memoria defuncti celebretur alio & licito genere: qua lege recte memini alias Philippum Melanchthonem vti, & eam accommodare ad mores suæ patriæ, cum illa certum genus celebrandæ memoriæ defunctorum abrogasset, vt eo vti non liceret, licet id præcepisset defunctus, qui propterea ex hac l. arbitratur eam pecuniam non debere cedere lucro heredum, sed in aliam iustam causam conuertendam, veluti in institutionem iuuenum, aut aliam quamuis similem, vt alio genere conseruetur memoria defuncti. Vt autem luctus mortui Latine variis nominibus effertur, *funus*, *iusta*, *supremum officium*, *vel supremæ exequiæ*, *inferiæ*, *solemnia mortis*,

A sic & varie Græci ἔθιμα, νομιζόμενα, ἐναγίσματα, μνῆμαι καὶ μνημόσυνα, & vt dicunt νομιζόμενα φέρειν, ita Latini *iusta ferre*, non solum *iusta facere*, vt in *l. 2. de in ius voc. d. l. pro herede. Virgil.*

—— *ingrato suprema ferebat.*

Et alio loco,

Absente ferat inferias decoretque sepulcro,

Ouidius, ——— *exequias ferre*, &c. & alio loco:

Hinc quia iusta ferant, dixere feralia luctum.

Et Statius 12.

----- *Et miserabile surgit,*

Certamen, qui iusta ferant, qui funera ducant.

Et idem lib. 6. (qui locus adhuc est corruptus.)

----- *Quid inania fertis*

Iusta

B Vulgo legitur, *busta*.

Luctus ergo, vt ad rem redeamus, quem ab herede desideramus, consistit in exequiis, in funere faciendo, iustis faciendis, celebranda memoria defuncti, etiam in amictu atro, dum is supra terram est: solebat esse supra terram dies nouem: tot diebus constabant iusta & inferiæ mortuorum, quæ dicebantur μνῆμαι, id est, feriæ mortuorum, aut memoriæ. Idque constat ex Nou. 115. & 133. Atque ob eam rem intra dies nouem nihil peti poterat ab herede, nec à quoquam qui lugeret defunctum, *l. 2. & 3. de in ius voc. l. 36. de iud.* Ita Donatus in Phormione, *In funere nonum diem esse solemnem*, & D. Augustinus in Genes. *Luctum celebrari nouem dies*, & Latine appellari *nouendialia*, quem tamen morem non vult

C obseruari à Christianis. Probat quædam Iustinianus, quæ Theologi non probant, veluti festum Papiniani nostri, & illa nouendialia, dict. *Nou. 115. & Nou. 133.* quæ Græci veteres recte interpretantur ἔννατα ἐπὶ νεκρῷ ἀγόμενα. Pergamus. Lugeri debet defunctus non tantũ ab heredibus, sed & à liberis, *l. 11. in princ. & l. parentes*, 23. *h. tit.* & à liberis defunctus per annum. Tit. Liuius lib. 2. *Brutum*, inquit, *matronæ annum, vt parentem luxerunt, quod tam acer vltor violatæ pudicitiæ fuisset.* Et parentes igitur sunt lugendi annum, sed non necessario annum integrum, vt inferius demonstrabitur, & lugendi sunt à liberis, etiamsi sint exheredati à patre, vel præteriti à matre, qui pro exheredatis habentur, §. *vlt. Inst. de exher. lib.* Pater non exheredat, nisi nominatim: mater etiam

D silentio exheredat, puta extraneo herede scripto & filio omisso. Et hoc est, quod ait Papin. in priori parte huius legis. Cur liberi, qui parentibus heredes non extiterunt lugent illos? quia per exheredationem vel præteritionem non desinunt esse liberi, licet amittant iura liberorum, *l. 9 §. si filium, de lib. & post. l. filium*, §. *videamus, de bon. poss. contr. tab. l.* 1. §. *post suos, de suis & legit.* Retinent tamen quædam filij exheredati, velut ius sepulcri hereditarij, quamuis ius heredum & filiorum amiserint, *l. 6.* §. 1. *de relig. & sumpt.* retinent dotem sibi datam à parentibus, vel liberis suis, vel datam parenti eorum causa & nomine: *l. dotem, de coll. bon. l.* 1. §. *Celsus, l.* 13. *de dote præleg. l. vn.* §. *videamus, C. de rei vx. act.* retinent adsignationem libertorum, si quos eis

E viuus pater adsignauerit, quamuis eos postea exheredauerit: nam exheredatione sola non desinunt esse liberi, quo solo nomine admittuntur ad ius patronatus, *l.* 1. §. *sed etsi, de adsig. lib.* retinent lucra nuptialia, *Nouell.* 22. *l. hac edictali, l.* 1. §. *vlt. C. de sec. nupt.* retinent casum militiæ, quod est lucrum quoddam *Nou.* 35. & 53. *cap.* 5. Exheredatio igitur non omnia prorsus adimit, & licet adimeret omnia, tamen quia liberi sunt, parenti luctum debent, quem si non præstent, non carent nota, vel infamia. Non est hic luctus annuus, sed nouem dierũ & trãsactu facillimus, qui cõsistit in eis, quæ ante dicta sunt. Addendum est iis ex *l.* 23. *h. t.* lugeri etiam à parentibus liberos debere. Parentes igitur, & liberi lugentur, imo generaliter cognati lugentur omnes & agnati. Sed animaduertendum, quem modum iis præscribit *d. l. parentes*.

Lugendi, inquit, *sunt agnati, & cognati secundum pietatis rationem.* Pietas exigit luctum ab omni cognatione & agnatione. Et adiicit: *& animi sui patientiam, prout quisque voluerit.* Ex quibus verbis existimant vulgo hunc luctum esse voluntatis, non necessitatis, quod non est admittendum. Nam lex ait, *lugendi sunt*: neque vero vlla est lex, nisi coniuncta sit necessitati. At quod ait, *secundum animi sui patientiam prout quisque voluerit.* hoc significat, prout quisque hunc dolorem, ferre poterit, pro captu & voluntate cuiusque: ita tamen vt lugeat aliquo modo: & Græci recte interpretantur, κατὰ τὴν καρτερίαν τῆς ψυχῆς, secundum quod quisque animo ferre valet, secundum animi constantiam, qui mos etiam fuit maiorum nostrorum honestissimus. Alias sane, qui non lugent parentes, liberos, agnatos, cognatos, non carent nota vel infamia, hoc est, qui dum mortui sunt supra terram, vt veteres loquebantur, iusta eis non persoluunt, qui non funus sequuntur amicti atra veste: nam & hic mos fuit Paganorum, sicut & Christianorum nunc est, vt omnis adgnatio & cognatio atrata funus sequeretur. Ergo non carent nota vel infamia qui non lugent parentes, liberos, adgnatos, vel cognatos, quique lachrymulam debitam non spargunt: nam & lugeo fortasse trahitur à λύζω, quod est singultio. nam de lugente Cupidine Ouid.

Oraque singultu concutiente sonant.

& Arist. λύζει καὶ δακρύει. Ex his intelligitur qualis luctus exigatur à cognatione & agnatione, maxime vt sequantur funus amicti atra veste. Nemo est, qui id melius expresserit quam Varro apud Non. *Propinquæ*, inquit, *adolescentulæ, amictæ etiam anthracinis vestibus, proximæ amiculo nigello & capillo demisso funus sequuntur.* Et alio loco: *vt dum supra terram esset riciniis lugerent.* Ricinia sunt vestes funebres atræ. & alio loco: *in luctibus vestitum delicatiorem ponunt, ricinia sumunt*, quæ vestis erat pulla, & anthracina, habitus lugentium: & ita dicimus lugendos esse parentes, liberos, cognatos, & agnatos, alioquin notari eos; non eos dicimus esse elugendos. Et ideo subiicit idem Vlp. in d. l. *parentes*, eum qui non eluxit non notari infamia. Denique vult eum, qui non luxit, notari, non eum, qui non eluxit. & hoc est etiam quod ait in hac quoque lege, *Exheredatum filium habere luctum patris memoriæ*, id est, dum celebratur memoria patris, dum iusta persoluuntur patri ab agnatione & cognatione omni. Differentia est inter *lugere*, & *elugere*. Plus elugere est, quam lugere, vt plus est euincere, quam vincere: nam euincere est rem auferre post victoriam, *l. euicta*, 16. §. 1. *l. non tamen, de euict. l. 6. de seruis export.* Plus est exigere quam agere: nam exigere est extorquere & exprimere pecuniam, postquam egisti. Elugere est consummare luctum annuum. Agrœtius vetus Grammaticus, *Eluxit, qui luctum deposuit.* & Liuius 34. *Quid aliud in luctu quam purpuram ponunt atque aurum deponunt? quid cum eluxerunt sumunt?* Et ita diximus, non esse elugendos parentes, liberos, agnatos, cognatos anno integro, vt vxor virum solet, sed lugendos tantum, & persequendum esse ab eis funus defuncti, eo quo diximus habitu, eaque religione. Et ita in *l. 1. h. tit.* semper existimaui loco illo quo dicitur, infamem esse eum, qui filiamfam. mortuo genero intra id tempus, quo virum *elugere* moris est, antequam eum elugeret, in matrimonium collocauerit: nam ante annum non recte nubit alteri mulier: & si nupserit, plectitur; legendum: *lugere* pro *elugere*, vt postea subiiciatur, *antequam virum elugeret*, id est, ante peractum annum luctus. & secundum hoc explicanda est *l. 15. C. ex quib. caus. inf. irrog.* quæ vulgo perperam accipitur, & posset multis imponere, vt mulieri lugenti virum remittatur vestis atra, tristior habitus & insignia doloris, quod nunquam fuit obseruatum generaliter: neque ea est sententia legis, vt Senatusconsulto sit remissus mulieribus tristior habitus.

A Et Paulus recte vlt. tit. 1. sent. *Is qui luget, abstinere debet à conuiuiis, ornamentis, & alba veste*: & hæc est sententia illius legis: si quando Senatusconsulto ex aliqua causa remittatur & minuatur luctus, vt accidit post Cannensem cladem, in qua ceciderunt tot ciues Romani, vt omnes mulieres cernerentur atratæ: quæ cum tamdiu non possent agere sacra Cereris, vt ea possent agere, ex Senatusconsulto factum est, ne luctus mulieris extenderetur vltra 30. diem: vt Val. Max. & Liuius scribunt. Item cum ob lætitiam publicam minuitur luctus mulierum, vt non lugeant vltra mensem, hoc declarat tantum lex, vt deponant atram vestem, & sumant ornamenta, non etiam, vt nubant intra annum, quo his elugere maritum moris est: nec enim ideo remittitur B luctus mulieribus, vt matrimonium contrahere eis permittatur. Quid enim si eas prægnantes defuncti reliquerunt, nouæ nuptiæ turbarent sanguinem, redderent partionem incertam, & incertum parentem. ergo non est generale Senatusconsultum illud, sed si quando caueatur SC. ne lugeant vltra 30. dies, deponent tantum habitum tristitiæ, non etiam nubent.

Ad §. vltim.

QVod sequitur in hac l. nostra, non est tam planum quam videtur. *Si quis in bello ceciderit, etsi corpus eius non compareat, lugebitur?* Sic sane. nec deerat causa dubitandi: nam is, cuius corpus non comparet, non lugetur, non funus ducitur, non ei ferunt iusta. Et ita C inuenio Pub. Mucium Scæu. decreuisse apud Cic. 2. de LL. *Cum quis in naui mortuus esset, & in mare proiectus, quod scilicet os eius supra terram non esset, quod non compareret, vt familia heredis esset pura*, non esset funesta, nec teneretur vlla religione ob iusta funerum, quoniam luctus habetur tantum ei, cuius corpus comparet, id est, cuius os supra terram est: eius vero cuius corpus non comparet, familia pura est, *& extra porcam heres est*, vt ait M. Tull. id est, non lugendus est ab herede, cuius corpus proiectum esset in mare, non est ei funus ducendum, non ei iusta facienda, neque punitur heres porca præcidanea, quod iusta non fecerit defuncto, cùm non deberet facere. Sed aliud statuendum in eo, qui in bello ceciderit, cum dimicaret pro D repub. Eius os, etsi supra terram non sit, aut non compareat, recte Papin. ait, lugeri debere singulari iure, hoc est, funus ei esse ducendum, quasi corpus præsens esset: Hic luctus est nouem dierum, non annuus. Ita etiam vt idem libro eodem refert, cum in 12. tabulis esset scriptum: *Mortuo homini ossa ne legito, quo post funus facias, extra quam si militiæ aut peregre mortuus sit.* recte excipit bellicam mortem. sententia legis 12. tab. hæc est: Hominis mortui & cremati, vt solebant, ossa non esse legenda, vt asseruentur, ac postea denuo ei funus ducatur, sed sepeliendum esse statim atque corpus crematum est, nec legenda ossa, vt iteretur funus, & augeatur luctus. Voluit lex minuere luctum: sed excipit eadem lex bellicam mortem, vt scilicet si quis bello ceciderit, & forte à commilitonibus vstus sit, possint ossa E ab herede, vel à filio legi, aut agnato, vt filius ipse iusta faciat ipsi, qui non fecit ante. Hæc erant adnotanda ad hunc §.

Ad l. vlt. de quib. reb. ad eund. iud. eatur.

Cum ex pluribus tutoribus vnus, quod cæteri non sint idonei, conuenitur, postulante eo, omnes ad eundem iudicem mittuntur. Et hoc rescriptis principum continetur.

HÆc lex breuis est & facilis videtur; nec est tamen. Quum ex pluribus tutoribus vnus conuenitur in solidum, quod cæteri dicantur soluendo non esse; contra is, qui conuenitur dicit, cæteros esse soluendo, & actiones

actiones diuidi oportere: atque ita postulat collegas suos vocari in iudicium, & excuti facultates ipsorum, vt prout quisque facere potuerit, pupillo condemnetur & ita ei soluat, vtque ipse non exsoluat solidum. Hanc postulationem sane Papinianus laudat & probat: & ait omnes esse mittendos ad eundem iudicem, non alium iudicem dandum esse excutiendis cæteris, vni rei vnum esse addicendum, & vnum sufficere. Plures tutores vnius personæ vice fungi, sicut & plures magistratus municipales vnius personæ vicem sustinent, *l. 25. ad municip.* Et hoc ait Papinian. contineri rescriptis principum Seueri & Antonini: & congruit etiam cum eo omnino *l. 5. C. Arbitr. tut.* quæ statuit vt omnes tutores ad eumdem iudicem mittantur. Quia vero Papin. ait, vnum conueniri in solidum, si cæteri contutores B soluendo non sint, explicandum est pro qua parte quisque tutor conueniendus sit. Et quod de tutoribus hic dicetur, idem de curatoribus existimemus, & in quibusdam etiam idem de magistratibus municipalibus, de iis, qui honorem publicum gesserunt simul, vel quodcunque aliud munus publicum præter tutelam, & curationem gesserunt: quæ omnia videtur hoc libro pertractasse Papinianus. Nam pro qua parte magistratus quis municipalis conueniatur, quoque ordine, eodem libro explicat Papin. *l. 11. & 13. ad municip.* quas nos huic coniungemus. Porro res hæc est implicita multis distinctionib. & proprie sunt duo loci in iure, quibus tractatur plenius, *l. 1. §. nunc tractemus, de tute. & rat. distrah. & tit. C. de diui. tut. & pro qua parte quisque tutor. conuen.* quæstio est dignissima cognitu. Ac primum quidem ita distinguimus. Aut diuisa est tutela inter tutores, C aut indiuisa. Rursus, si est indiuisa; aut omnes communiter tutelam gesserunt, aut nullus, aut quidam. Si omnes communiter tutelam gesserunt, singuli proculdubio tenentur in solidum: & pupillus vel adolescens potest eligere vnum ex tutoribus, cum quo experiatur in solidum, sed si omnes tutores soluendo fuerint tempore litis contestatæ, (vt Iulianus antecessor Constantinopolitanus scribit in collectione quadam, quam fecit de hac quæstione) & congrediatur pupillus cum vno tantum, opposita exceptione vel postulante eo, qui solus conuenitur, diuidetur actio tutelæ inter omnes pro portionibus virilibus, hoc est, pro rata eius, quod quisque gessit, quodque facere potest, *d. l. 1. §. nunc tractemus,* D Non dico; *pro portionibus æqualibus:* possent viriles partes esse inæquales, *§. vlt. de inoffic. testament.* Sed dico pro portionibus virilibus, id est, pro vt quisque tutelam gesserit, & soluendo fuerit: pro rata igitur, seu vt Græci dicunt ἀναλόγως. Portio igitur virilis, est portio rata, non æqualis. Diuiditur autem actio inter tutores exemplo fideiussorum, vt ait *d. §. nunc tractemus,* & mandatorum: quia ex epistola D. Adriani si omnes soluendo fuerint litis contestatæ tempore, diuident inter se actionem pro portionibus virilibus: notum est cuius beneficium diuisionis, siue epistolæ Diui Adriani, quæ datur etiam hodie iis, qui constituunt se soluturos pro alio, non tantum fideiussoribus, *l. vlt. C. de constit. pec.* Atque etiam datur duobus reis debendi principalibus, *Nouell.* E 99. Datur quoque hoc beneficium diuisionis omnibus omnimodo accessionibus: æquitatem enim diuisionis diuersa species actionis excludere nullo modo debet, vt ait *d. l. vlt. de const. pec,* & idem confirmat Papin. noster in *l. 7. de fideiuss. & nominat.* Quod si pupillus non eligat vnum, cum quo experiatur in solidum, sed agat cum omnibus, qui tutelam administrarunt: si condemnet omnes, periculum sententiæ inter eos diuiditur, hoc est, executio iudicati fit in eorum bona pro portionibus virilibus, *l. 2. C. si plures vn. sentent* Et hæc quidem, si omnes soluendo fuerint litis contestatæ tempore. Quod si quidam soluendo non fuerint, onerantur cæteri omnes tutores, qui soluendo sunt, idonei & locupletes. Et ita recte in hac lege ponitur, vnum conueniri in solidum,

A & sustinere onus omnium tutorum, quod cæteri soluendo non essent & soluendo impares. Quo tamen casu necesse habet pupillus, & qui solus conuenitur, pro se, & collegis suis, cedere actiones suas pro parte cæterorum aduersus cæteros, & eum facere procuratorem in rem suam, vt ait Papinianus in *l. 42. de administrat. tutor.* quod congruit cum *l. 6. C. arbitr. tutel. l. 2. C. de diuid. tutel.* vel etiam, si pupillus ei, cum quo agit in solidum non cedat actiones directas aduersus cæteros, qui forsitan fuerunt postea soluendo, dabuntur ei vtiles ex constitutionibus, *d. §. nunc tract.* Sed hoc ita procedit, si vnus ex tutoribus propter inopiam cæterorum conueniatur, & condemnetur, & soluat solidum ex communi negligentia, & culpa omnium, quod scilicet neglexerint negotia pupilli, vel quod aliquid deperierit pupillo: vel etiam conueniatur ex culpa, & negligentia propria eorum, qui soluendo non sunt: hoc casu, vel ceduntur ei actiones directæ, vel dantur vtiles sine cessione ex constitutionibus, *d. §. nunc tractemus.* Sed si conueniatur ex dolo communi, quod omnes fraudem fecerint pupillo, neque ceduntur ei actiones directæ, neque dantur vtiles, etsi solidum soluerit, *l. 1. §. plane, de tut. & rat.* quia proprij delicti pœnam subiit, non omnium: quæ res indignum eum facit, vt aliquid consequatur à consociis, siue participibus doli: nulla enim est societas maleficiorum, vel communicatio iusta damni ex maleficio est: dolus est maleficium. Is, qui prior ex dolo illo conuenitur, proprij delicti pœnam subit, nec quicquam potest eo nomine à collegis desiderare, quod solidum soluerit: & ita dicitur in *l. 38. si plures, de administrat. tut.* dum propria cuiusque tutoris contumacia punitur, contumacia est nolle gerere tutelam, qui condemnatus est ex ea causa, qua fronte, inquit, desiderabit cedi sibi actiones aduersus cæteros? non potest sane, nisi perfricta. Contumacia, est dolus, ignauia, desidia: negligentia, est culpa leuis. Magna negligentia est lata culpa, & fere idem quod dolus. Ad hæc sciendum est, idoneos tutores non statim conueniri in solidum propter non idoneos: Nam seruandus est hac in re ordo aliquis. antequam veniatur ad contutores cæteros, prius excutiendi sunt ij, qui dicuntur non idonei vel heredes eorum: deinde fideiussores eorum, ac post magistratus municipales, qui eos tutores dederunt iussu præsidis, (nam lex dedit magistratibus municipalibus ius dandi tutores) cautione non exacta, quo nomine tenentur pupillo actione in factum, quæ proponitur *tit. de magistrat. conuen.* Et his non satisfacientibus pupillo, tum demum itur ad contutores idoneos, qui inter se diuidunt omnes actiones, prout quisque soluendo erit, & feret onus cæterorum. Vnus tantum excipitur casus, quo tutor, qui idoneus est, statim conuenitur in solidum, si alter non sit idoneus, non seruato illo ordine, non excusso magistratu municipali, scilicet, si ob hoc conueniatur, quod per dolum aut culpam contutorem suspectum non fecerit, vel quod tardius fecerit, illo fortasse iam lapso facultatibus, vel quod suspectum fecerit lusorie, vel dicis causa; vel, quod à contutore siue collega cautionem non exegerit, cum sciret magistratum municipalem non exegisse cautionem. His enim casibus conuenitur statim in solidum inexcusso atque dimisso magistratu municipali. Et hoc proponitur in *d. l. 1. §. vsque adeo.* Sed animaduertendum maxime, qua ratione legendus sit ille §. nam mutatur scriptura illius §. duob. locis, sed non est difficile, quid de ea re statuendum sit, definire. Vno loco ita legitur Florentiæ (quam scripturam etiam Iulianus Antecessor sequitur) *vsque adeo ad contutores non venitur, si sint soluendo contutores, vt prius veniatur ad magistratus, qui eos dederunt, vel ad fideiussores.* Quæ scriptura non potest stare, & vulgo rectius addita negatiua, *vsque adeo ad contutores non venitur, si non sint soluendo, &c.* Ita legitur in Basil. Sententia illius §. hæc est: Inopia contutoris diuitem contutorem non

onerat statim, antequam excussi sint fideiussores contutorum, & magistratus, qui eum dedit cautione non exacta. Deinde ita argumentatur aduersus hanc sententiam: *Sunt multa rescripta, quibus cauetur, vt quamdiu vel vnus contutorum est idoneus, non eatur ad magistratum municipalem.* Prius ergo volunt rescripta vel vnum tutorem idoneum conueniri, quam magistratum municipalem. Sed belle ita respondet hæc ita obtinere: *Si contutor ob hoc conueniatur, quod contutorem suspectum facere, vel ab eo cautionem exigere noluerit.* Floren. perperam: *Si non contutor*, delenda est negatio, vt Hugolinus voluit, vt si ob hoc tutor conueniatur, quod non remouerit contutorem, vel ab eo satis non exegerit, hoc casu possit prius conueniri, quam magistratus municipalis, qui alium contutorem dedit, & non idoneum. Et hoc quidem locum habet, si omnes contutores gesserunt tutelam. Quid si nullus gesserit? Idem dicendum, quod cum omnes gesserunt: quod confirmat *l.* 38. *de administ. tut.* At quid dicemus, si quidam gesserunt, quidam non, vt fit, cum plures sunt tutores, quod facilius geruntur negotia per vnum, vel per paucos: nam & pupilli interest ne in plures distringatur: cæteri tutores sunt honorarij inspectores, Gallicè dicimus *Controlleurs.* Et hoc etiam casu, cum plures scilicet tutores sunt, prætor decernit, qui gerant, vel non gerant, vel etiam tutores inter se de ea re conueniunt, & exigunt cautionem rem pupilli saluam fore ab iis, qui gerunt. Quod docet Iustinian. in §. 1. *Inst. de satisd. tutor.* Finge igitur, quosdã nongessisse tutelã, quosdam gessisse: sane hoc casu actione tutelæ prius conueniuntur hi qui gesserunt, eorumque heredes, *l.* 2. *C. de her. tutor. l.* 5. *C. de diuid. tutel. & l.* 6. *C. arbitr. tutel.* Quod si forte hi, qui gesserunt tutelam, non sunt soluendo, tunc conueniuntur vtili actione tutelæ cæteri tutores, qui non gesserunt tutelam, quia suo periculo cessauerunt: debent enim confestim suo officio fungi. Et ideo in *l.* 55. *de administratione tut.* is, qui non gessit, & permisit administrationem alij accepta cautione, conuenitur, quia, vt proponitur initio, is, qui gessit, non est soluendo, sed prius excutiendus est is qui gessit, qui si soluendo fuerit, liberatus est, qui non gessit. Et satis est, eum soluendo fuisse, qui gessit, tempore finitæ administrationis, vel fideiussorem eius, vel magistratum municipalem, qui eum dedit vt liberetur is, qui non gessit: nam si post finitam administrationem is, qui gessit, factus sit non soluendo, hæc res damno cedit pupilli, non contutorum, *l.* 1. *C. de diuid. tut.* Verum hic ordo, quem seruari diximus inter eum, qui gessit, & eum, qui non gessit, non seruatur, si quid periit pupillo ex dolo communi, vel lata culpa, quæ proxima semper dolo est: eo enim nomine eliget pupillus, quem volet, vel eum, qui gessit, vel eum, qui non gessit: secus erit, si quid perierit culpa leui, aut leuissima: tunc enim prius excutiendus, qui gessit, vt vult Iulianus Antecessor, libenter sequimur quem propter antiquitatem: sic enim ait: Dico non administrasse tutelam eum, qui rem, qua de agitur, non administrauit: nam quantum ad eam, non miscuit se administrationi. Possunt in vna re non administrare, & administrare in cæteris. Et hæc omnia pertinent ad tutelam indiuisam. Quod sequitur de tutela diuisa, est facillimum, sed distinguendum hoc modo: Aut diuisa est tutela à testatore, aut à Prætore, vel iudice, aut à tutoribus ipsis inter se, vno scilicet suscipiente res vrbanas gerendas, altero prouinciales: vno vrbica negotia, altero peregrina administrante. Si à testatore, vel à Prætore, seu iudice diuisa sit tutela, vnusquisque tenetur provt gessit, hoc est, pro parte suæ administrationis tantum; exceptis casibus sequentibus, quibus singuli tutores conueniuntur in solidum, scilicet, si contutorem suspectum non fecerint: nam etsi pars tutelæ tantum ei commissa sit, officio tamen eius incumbit, vt obseruet semper quid agat alter pro altera parte, & non potest non suspectum eum facere impune: tenetur igitur in solidum, si non suspectum eum fecerit, cum male versaretur in rebus pupilli, vel si tardius fecerit, iam euersis facultatibus contutoris: vel si per collusionem eum suspectum fecerit, tenetur in solidum, *l.* 2. *de diuid. tut. & l. si duo, de administ. & peric. tut.* perinde atque si ipse administrasset. Quod si tutores ipsi inter se diuiserunt tutelam, perinde erit, ac si non diuisissent. Sequemur igitur, quod constitutum est ante de indiuisa tutela. Diuisio tutorum non mutat ius publicum, non diuidit periculum tutorum, quod dicitur indiuiduum vel commune, vel mutuum. Denique hæc diuisio priuata non abscindit officium tutelæ, quod est indiuiduum. Hæc omnia, & hæ distinctiones seruandæ in pluribus curatoribus: Videamus, an etiam hæc seruentur in pluribus magistratibus, quibus resp. gerenda commissa est. Et hæc est quæstio, quam hoc eodem libro tractat Papin. noster in *l. Imperator & seqq. ad municip.* quarum legum explicationem immutato Digestorum ordine, cogimur huic recitationi subiicere, quo scilicet res omnis ordine à nobis explicetur.

Ad l. Imperator 11. & l. 13. ad municipalem.

Imperator Titus Antoninus Lentulo Vero rescripsit, magistratuum officium indiuiduum, ac periculum esse commune: Quod sic intelligi oportet, vt ita demum collegæ periculum adscribatur, si neque ab ipso, qui gessit, neque ab iis, qui pro eo interuenerunt, res seruari possit, & soluendo non fuit honore deposito: alioquin, si persona vel cautio sit idonea, vel soluendo fuit, quo tempore conueniri potuit, vnusquisque in id, quod administrauit, tenebitur. Quod si forte is, qui periculo suo nominauit magistratum, soluendo sit, vtrum in eum prius actio reddi, quam in fideiussorem debeat? an vero non alias quam si res à collega seruari non potuerit? Sed placuit fideiussoris exemplo priorem conueniendum, qui nominauit; quoniam collega quidem, negligentiæ, ac pœnæ causa; qui vero nominauit fidei ratione conuenitur.

Lex 13. ibid.

Quid ergo, si alter ex magistratibus toto anno abfuerit, aut forte præsens per contumaciam, siue ignauiam, vel ægram valetudinem reipublicæ negotia non gesserit; & omnia collega solus administrauerit: nec tamen tota res ab eo seruari possit? Talis ordo dabitur: vt in primis, qui reipublicæ negotia gessit, & qui pro eo cauerunt, in solidum conueniantur: mox peractis omnibus periculum agnoscat, qui non idoneum nominauit: postremo alter ex magistratibus, qui Reipublicæ negotiis se non immiscuit: nec iuste, qui nominauit, vniuersi periculum recusauit, cum scire deberet eum, qui nominaretur indiuiduum officium, & commune periculum suscepturum. nam & cum duo gesserunt, & ab altero seruari, quod debetur, non potest, qui collegam nominauit, in vniuerso conuenitur.

QVod de pluribus tutoribus diximus, quodque de his tractauimus, pro qua scilicet parte quisque eorum, quoue ordine conueniatur: idem de magistratibus municipalibus, siue duumuiris tractabimus in interpretatione *l. Imperator, & l. quid ergo*, 13. *ad munic.* quæ omnes leges sunt eiusdem Papiniani ex eodem libro, & tractant de magistratibus municipalibus siue duumuiris, qui erat annuus magistratus, vt indicat idem Papin. in *d. l. quid ergo*, his verbis. *Quid ergo si alter ex magistratibus toto anno abfuerit. toto anno*, magistratus scilicet. & hoc confirmatur *l.* 18. *C. de decurion.* Verum honori eorum magistratuum complura onera erant permixta, & illud in primis, ne ante accederent ad administrationem reip. quam satisdedissent, remp. saluam fore, datis fideiussoribus: satisdatio onus est: neque enim faciles inuentu sunt fideiussores. Magistratus municipalis

est administrator reip. cum dignitatis gradu, siue cum sumptu, siue sine erogatione contingens, *l. 14. de muner.* non igitur honos tantum, sed & onus, quia administratio non est adeunda sine satisdatione. Qua de causa plerique inuiti suscipiunt magistratus municipales, vel refugiunt, & qui refugiunt, hi iam non anno, sed biennio eo ordine fungi coguntur, *d. l. 18.* Et hoc valde congruit cum refugis pœnarum: nam sicuti damnatis ad metallum, si intra id tempus pœnæ fugerint, id tempus duplicatur, *l. 4. & l. 8. §. quisquis, de pœn.* Ita refugis honorum municipalium, id est, qui latitant, ac effugiunt, aut etiam subterfugiunt honorem municipalem, duplicatur tempus gerendi magistratus municipalis, & hoc tempus biennale est, non annale. De illis Papinianus loquitur initio l. 11. & ex rescripto D. Pij hoc primum ponit, magistratuum municipalium officium esse indiuiduum, & commune periculum administrationis: quod de pluribus tutoribus dici solet, *l. 55. de administrat. tut.* Et secundum hoc vt plures tutores vnius personæ vice funguntur, id est, pupilli, cum vnam tutelam gerant, vel etiam plurium pupillorum, qui pro vno habentur. Sic magistratus municipales, vt est in *l. 25. h. tit.* vnius personæ vice funguntur, hoc est, ciuitatis vel municipij vice funguntur, vt Marc. Tull. ait: *Ambo ij magistratus vnius personam sustinent*: ea de causa, quod gerit vnus, quodue administrat, eo alligatur alter, ac si ipse administrasset: neque enim duæ personæ intelliguntur duumuiri, sed vna: sicut & Respublica, quam administrant, vna est. Sed videamus quo quisque ordine hic magistratus municipalis conueniatur post finitam administrationem & honorem illum depositum: quæ est quæstio harum ll. Finge igitur, vnum ex magistratibus non gessisse rem, de qua agitur, alterum vero gessisse: puta vnum non attigisse eam pecuniam Reipub. quam alter fœnori occupauit, & debitorem illum non esse soluendo: qua ratione sua res publico seruabitur? quis primum conuenietur? an is, qui eam rem gessit, an alter? an erit electio reipub. quem conueniat? Quod videtur, secundum id, quod posuimus initio, quia officium magistratus municipalis est indiuiduum ac officium commune & mutuum. idem etiam dicitur de pluribus tutoribus: neque tamen est per omnia verum: nam placet in tutoribus primum conueniri eum, qui gessit eam rem, qua de agitur, quam eum, qui non gessit, *l. vlt. C. de diuid. tut. l. 1. C. si tutor reip. causa, l. 6. C. arb. tut. l. 2. C. de hered. tut.* Ita magistratus, qui pecuniam reipublicæ collocauit non idoneis nominibus, prius conueniri debet actione personali, deinde hypothecaria, vel ipse, vel heres eius, vel possessor quarumcunque rerum, quæ ad ipsum pertinent. actione hypothecaria conuenitur, quicunque rem eius possidet, scilicet si reip. cauerit, non tantum fideiussoribus datis, sed & hypothecis: post conuenietur fideiussor eius, qui fœnus contraxit: tum ad extremum si ab iis res seruari non potuerit, conuenietur eius collega. Hic est ordo introductus constitutionibus. Sed si is, qui administrauit, neque nunc sit soluendo, neque tempore finiti magistratus, quo tempore conueniri poterat, nec fideiussor eius, sane is ordo non obseruatur: frustra enim obseruaretur. Igitur statim conueniri & exigi potest is, qui non administrauit, pro eo, qui administrauit, ex facto scilicet ac gestu eius, cessis tamen actionibus in collegam, qui rem administrauit, vel etiam sine cessione datis vtilibus actionibus, sicut in tutoribus constitutum est, *l. 1. §. nunc tractemus, de tut. & rat. dist. l. 2. C. de cont. iud. tut.* Et ita de magistratibus municipalibus est proditum, *l. 2. §. ius reip. de adm. rer.* vbi eleganter ait, magistratui qui pro collega dependit seu soluit, qui quidem collega rem administrauerat, de qua agitur, decerni actionem in collegam, & competere eam ex æquitate. Quibus verbis demonstrat, dari vtilem in collegam actionem: nam omnis actio vtilis decernitur, hoc

A est, datur causa cognita. Omnis actio vtilis est decretalis, directa non est decretalis, sed edictalis: & præterea vtilis actio ex æquitate competit: atque ita dum vult Vlpian. demonstrare vtilem actionem eleganter ait in *d. l. 2.* eam actionem quæ decernitur in collegam, competere ex æquitate: quæ verba continent definitionem actionis vtilis, directa vero ipso iure competit, & datur sine decreto, siue causæ cognitione. Notandum est, aliud esse competere actionem, aliud dari vel decerni. Quæ actio competit, non statim etiam datur, *l. 9. §. vlt. l. 10. de tut. & rat. distr. l. debitrix §. vlt. ad Velleian.* Competere est nasci actionem. Non vt nata est tibi actio, & statim semper ea potes agere; & quod competit, hoc proficit tantum ad transmissionem, vt scil. possit transmitti ad heredem, si moriatur is,

B cui competere cœpit: nam si moriatur antequam competere cœpit: nihil transmittit eo nomine. Ergo secundum ea, quæ diximus, prius conueniendus est & excutiendus fideiussor eius magistratus, qui administrauit prius magistratus ipse, deinde fideiussor: & si ab his res seruari non possit, veniendum est ad collegam, qui eam rem non administrauit: sed si ab illis res seruari possit, absolutus est collega, qui non administrauit, nec ad eum veniendum est, etsi dicatur indiuiduum esse officium magistratus: non est reipublicæ electioni locus, cum is qui gessit rem, de qua agitur, est idoneus, vel eius fideiussor. Et hoc est, quod ait in priore parte huius legis. Alia hinc descendit quæstio, an sicut in fideiussorem magistratus, qui gessit, prius redditur actio, quam in collegam, qui non gessit: an sic etiam in no-

C minatorem mag. qui rem gessit, reddenda prius actio sit, quam in collegam, qui eam rem non gessit? Vt autem hoc intelligamus, hoc sciendum est, solere eos, qui vocantur ad honorem publicum nominare potiorem suo periculo, si ipsi nolint eum honorem suscipere. Solent etiam ij, qui à magistratu abeunt, successorem nominare suo periculo, & nominationem nonnunquam sequitur respub. ita vt ipsa respub. non videatur creare magistratum municipalem, sed is, qui nominauit successorem: qua de causa & nominatio passim in iure creatio dicitur, & nominator, creator, *l. 59. C. de decur. l. 1. C. de peric. nomin. lib. 11. l. 2. §. si eo tempore, de adm. rer.* Quo loco ante Pand. Florent. male legebatur *procurator* pro *creator*: & similiter etiam emendemus alium

D locum in *l. vlt. C. de hered. decur.* vbi legitur *creditor defunctorum*, pro *creator*. Et ita in Basilicis sæpe dicuntur χειροτονηταὶ, qui aliquem nominarunt ad honorem. Iam igitur intelligimus quis sit nominator vel creator magistratuum. Quæstio igitur est, an in nominatorem eius, qui rem gessit, prius detur actio, quam in collegam, qui non gessit: nam ex Iuliano antecessore didicimus, non administrasse etiam dici, qui eam rem, de qua agitur, non attigit. quod confirmat *l. 5. de mag. conu.* Et Papin. definit hoc loco, etiam prius conueniendum nominatorem, quasi fideiussorem, quam collegam. Nominator est quasi fideiussor. Sunt quidam, qui legibus 12. tab. *subuades* nominantur, ij scilicet, qui vadum vel fideiussorum vicem sustinent, puta nomina-

E tores, creatores, affirmatores: qui non fideiusserunt quidem, sed perinde tenentur atque si fideiussissent. Vtitur Papin. elegantissima ratione: *quia*, inquit, *maior est ratio agendi cum nominatore, quam cum collega.* Id vero ita demonstrat. In nominatorem agitur, quod idoneum magistratum esse affirmauerit, quasi ex contractu & fidei suæ ratione, quam reipub. adstrinxit, dum affirmat idoneum esse hominem qui sibi in magistratu succederet: in collegam autem agitur negligentiæ ratione quod eam rem non gesserit, quam gessit alter, cum esset communis administratio, & indiuisum officium, non quasi ex contractu, sed quasi ex delicto: nam negligentia delictum est: vt Græcis ἁμαρτία non tantum est delictum, vt dolus malus, sed etiam negligentia,

ſtultitia, erratum quodlibet, *l.* 51. *de ædil. ed.* Ibi deli-
ctum pro ſtultitia accipitur, quia ſeruus ſciens vitioſum
mancipium emit, vt recte ibi notat Accurſ. Denique,
qui in nominatorem agit, rem perſequitur: qui in col-
legam, pœnam negligentiæ ſuæ, & culpæ, & ita in *l. vlt.*
C. quo quiſque ordin. con. dicitur, collegam poſt nomi-
natorem conueniri ob culpæ nexum, id eſt, negligentiæ
nomine. Et ſimiliter de tutoribus in *l.* 6. *C. arbit. tutel.*
ſi vnus tutor geſſit, eum prius conueniri qui geſſit, dein-
de contutorem ob culpæ rationem. Et hoc eſt, quod ait
in poſteriore parte huius *l.* Concludamus igitur, non
tantum fideiuſſorem, ſed & nominatorem, ſiue creato-
rem eius magiſtratus, qui rem geſſit, de qua agitur, prius
eſſe conueniendum, quam collegam, qui eam rem non
geſſit. Huic definitioni obſtat primum *l.* 4. *C. de ma-
giſtr. conu.* quæ ait, prius eſſe conueniendum contuto-
rem ſiue collegam, quam nominatorem, ſcilicet, ſi in-
diuiſa tutela fuerit, id eſt, non diuiſa: & ſimiliter, *l.* 2. *C.
quo quiſque ord.* quæ conſtituit vt ſi duobus ſit iniunctum
munus publicum pro indiuiſo, veluti, vt exigerent re-
liqua pecuniarum publicarum, vel vt curam agerent
Calendarij, etiamſi eam functionem inter ſe diuiſerunt,
prius conueniendum eſſe collegam, quam nominato-
rem: quod pugnare videtur cum hac lege, niſi, quod
eſt verum, ſeparentur magiſtratus municipales ab iis,
quibus munus publicum iniunctum eſt pro indiuiſo, niſi
ſeparemus honores à muneribus. Nam vt demonſtrat,
l. 3. & 4. *C. quo quiſque ord.* hoc tantum in magiſtrati-
bus eſt conſtitutum, quibus pro indiuiſo commiſſa eſt
adminiſtratio reipubl. vt prius excutiatur & conuenia-
tur is, qui nominauit magiſtratum, quam collega, qui
eam rem non attigit: qui ordo, vt dixi, non ſeruatur in
iis, quibus commiſſa eſt tutela, vel quodlibet aliud mu-
nus publicum. Ratio differentiæ hæc eſt, quia magi-
ſtratus non ſunt proprie correi, hoc eſt, non ſunt pro-
prie eiuſdem debiti rei, ſinguli in ſolidum, vel non ſunt
omnimodo rei eiuſdem debiti, vt ait *l.* 45. *de adminiſtrat.
tutor.* Nam in ſingulos non eſt actio in ſolidum finito
magiſtratu: ſi ambo ſoluendo ſint depoſiti honoris vel
magiſtratus tempore, ſed diuidenda eſt actio. Et eſt ta-
men actio in ſolidum in ſingulos tutores, ſi duo plureſ-
ue tutelam ſuſceperint, vel aliud munus publicum: eſt
actio in ſingulos in ſolidum ipſo iure; licet oppoſita ex-
ceptione poſſit actio diuidi, ſi omnes ſoluendo ſint: ſed
in magiſtratus non eſt ipſo iure actio in ſolidum, & ele-
ctio locum non habet in magiſtratibus, ſed vnuſquiſque
conueniendus eſt, prout quiſque adminiſtrauit: in cæ-
teris, qui munus publicum ſuſcipiunt, electio locum ha-
bet, & qui electus fuerit, poteſt conueniri in ſolidum, at-
que etiam condemnari, ſi omittat exceptionē: ſi non alle-
get beneficium diuiſionis: cæteri igitur ſunt duo rei eiuſ-
dem debiti: atque ita prius conuenitur correus, id eſt,
collega quaſi principalis: deinde fideiuſſor, quia fideiuſſor
propius accedit ad reum, & ſimilior reo quam nomi-
nator. Contra eſt in magiſtratu: nam prius conuenitur
fideiuſſor, deinde nominator, poſtea collega, quia is non
eſt omnimodo correus. Ad hæc ſubiicitur ex eod. Pap.
ex alio tamen libro: *Et ei contra nominati collegam actio-
nem vtilem dari non oportet.* qui locus eſt deprauatus:
nam conſideret quiſque apud ſe, quid hæc verba ſibi
velint. Dixit ante teneri eum qui nominauit, fidei ſuæ
ratione, quod periculo ſuo ſucceſſorem nominauit, te-
neri, inquam, ex fide ſua & quaſi ex contractu ſuo, &
conueniri prius, quam collegam, exemplo fideiuſſorum:
denique comparauit ſupra nominatorem cum fideiuſ-
ſore. Nunc videamus quomodo aptetur id, quod eſt in
l. 12. Primum quænam ſit actio vtilis, quæ denegatur
huic nominatori, & datur aliis: non inuenies quibus
detur, quam huic nominatori. Deinde, vt nihil mute-
mus nec detrahamus, quid ſibi volunt hæc verba? *Eum
qui nominauit, ſi conuentus vice nominati ſolidum præſtite-
rit, non habere vtilem actionem aduerſus collegam nominati.*

A Quis hoc neſcit, cum non pro collega nominati ſolue-
rit, ſed pro nominato? Si diceret Papin. nominatori, qui
pro nominato ſolidum exſoluit contra nominatum non
dari vtilem actionem, eſſet elegans ſententia. Et vero
hoc ſcripſit Papin. & verbum *nominati* eſt interpretis
cuiuſdam, & eſt circumſcribendum omnino, quod ſatis
demonſtrat Accurſ. dum ibi ait, *nominator vnius cum
prius conuenitur, quam collega, non aget contra alium colle-
gam, ſcilicet nominati.* Illud verbum *ſcilicet* oſtendit ver-
bum illud *nominati* eſſe interpretis cuiuſdam, & inter-
pretis quidem mali. Non dicit Papin. *Et ei contra nomi-
natum actionem dari non oportet:* ſed, *Et ei contra collegam
actionem vtilem dari non oportet.* vulgo ita legitur: *& ei
qui nominauerit, &c.* quæ verba, *qui nominauerit,* ſunt
B etiam interpretis: vel aliter, *ei,* id eſt, *nominanti contra
collegam, &c.* quod deprauatum eſt in *nominati.* Hæc
omnia inuecta ſunt ab interprete, & omnino ita legen-
dum eſt: *Et ei contra collegam actionem vtilem dari non
oportet.* & hæc eſt ſententia: Tutori, qui ſolidum ſoluit,
datur actio vtilis aduerſus contutorem, etiam ſine ceſſio-
ne (hoc eſt certiſſimum) quia ſoluit pro eo, & nomine
eius: ſic etiam magiſtratui, qui ſolidum ſoluit, cum
eſſent duo magiſtratus, datur actio vtilis aduerſus colle-
gam, pro quo ſoluit. Æquum enim eſt, vt vtili actione à
te recipiam, quod pro te ſolui, ſi forte non ceſſerit mihi
actionem is, cui ſolui pro te. An etiam dicemus fide-
iuſſori, qui ſolidum ſoluit, ſupereſſe actionem vtilem
aduerſus confideiuſſorem? minime, niſi ceſſa ſit: vtilis
non dabitur, quia ſuo nomine ſolidum ſoluit, id eſt,
C propter ſuam obligationem: nam duo fideiuſſores ſunt
duo rei debendi, hoc eſt, omnimodo ſinguli in ſolidum
tenentur, & ſi vnus ſolidum ſoluat, pro ſe ſolidum ſol-
uit, non nomine confideiuſſoris: atque ideo non habet
vtilem actionem aduerſus confideiuſſorem vt vel pro
parte recipiat ac repetat ab eo quod ſoluit: idque recte,
quia vt ſoluit, ita erat obligatus, nempe in ſolidum,
l. fideiuſſor 39. *de fideiuſſ.* & *l. cum alter* 11. *C. eod. tit.*
Ergo fideiuſſor aduerſus confideiuſſorem non habet vti-
lem actionem. Ac ſimiliter nominator, quem Papin.
dixit ſimilem eſſe fideiuſſori, idque probauit vno exem-
plo in *l.* 11. & alio in *l.* 12. nominator, inquam, magi-
ſtratus qui ſolidum ſoluit, aduerſus collegam ſuum, qui
nominauerat eumdem magiſtratum, non habet vtilem
D actionem, quia etiam duo nominatores, omnimodo ſunt
duo correi debendi. & breuiter probatur nominatorem
ſimilem eſſe ei, qui pro magiſtratu ſaluam eſſe rempu-
blicam ſua fide iubet. Ergo nominatorem municipalis
magiſtratus, qui pro collega ſoluit, non habere actio-
nem vtilem aduerſus collegam; ſicut nec fideiuſſor ha-
bet aduerſus confideiuſſorem. Et vt breuiter dicam:
comparatur nominator fideiuſſori duplici ratione. Si-
cut fideiuſſor prius conuenitur, quam collega, ita no-
minator, *l.* 11. & ſicut fideiuſſor, qui ſolidum ſoluit,
non habet vtilem actionem aduerſus confideiuſſorem,
ita nominator magiſtratus qui pro nominato ſolidum
ſoluit, non habet actionem vtilem aduerſus collegam
ſuum, qui eumdem etiam magiſtratum nominauit. In
l. 13. videtur idem dici quod in l. 11. Sed hæc eſt diffe-
E rentia, quod vterque magiſtratus in l. 11. aliquid geſſit,
ſed ſeparatum. In l. 13. vnus omnia geſſit, quia toto
anno alter abfuit, vel ægrotauit, vt nihil potuerit gere-
re, aut quia contumaciter, vel ignauiter nihil voluit
gerere; & res ſeruari non poteſt ab eo, qui geſſit omnia;
quid fiet? ſequemur eumdem ordinem, quem ſupra di-
ximus, & agemus prius cum eo, qui geſſit, deinde cum
fideiuſſore eius: poſt excuſſis omnium facultatibus, &
ipſius, & fideiuſſorum eius, ſi ab eis rem non poſſimus
extorquere, perueniemus ad nominatorem eius, qui
geſſit. ac poſtremo ad collegam, qui nihil geſſit, & no-
minator ſuſtinebit vniuerſi periculum: nam cum nomi-
nauit, ſciebat ſe nominare ad officium indiuiduum ac
periculum commune. Qua de cauſa, nominationis ſci-

licet ratione, ipse vniuersi periculo obstringitur. Et hoc verum est indistincte, non tantum, si vnus magistratus gessit omnia, sed etsi ambo gesserint & administrauerint rempub. nam si conueniatur nominator, conuenietur in vniuersum periculum.

Ad l. 54. de condict. indebiti.

Ex his omnibus causis, quæ iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit.

QVæstio ex libro 2. Quæst. Papin. quam explicaui nudiustertius, erat de magistratibus municipalibus, & fideiussoribus & nominatoribus eius. quæstio difficilis: hodiernæ sunt faciles. In illa quæstione maxime velim vos retinere, in l. 12. circumscripto hoc verbo, *nominati*, ita legendum: & ei contra collegam actionem dari non opportet. His verbis adiicitur argumentum in d. l. 12. quo probetur, nominatorem similem esse ei, qui pro magistratu saluam esse rempub. sua fide iubet: nam & fideiussori, qui solidum soluit, non datur actio vtilis aduersus confideiussorem, qua repetat ab eo quod soluit, vt probat l. vt fideiussor, de fideiuss. & l. alter, *C. eod. tit.* quas leges quia non adnotaueram, ideo de fideiussore id fuit repetendum. Ita lex 12. ad municipal. ait, nominatorem municipalis magistratus, qui pro collega soluit, non habere actionem: esse igitur nominatorem similem fideiussori. Tutori tamen qui solidum dependit pro se & pro contutoribus aduersus contutores datur vtilis actio. Duumuiro quoque vt sit commune periculum vtriusque. Nunc quod restat agamus. In l. 54. de condict. indeb. proponitur hæc regula iuris: ex omnibus his causis, &c. Nullus est Iurisconsultus, vt antea diximus, qui tot nobis regulas confecerit, totque definitiones tum rerum, tum nominum, quod est argumentum summæ & magnæ eruditionis: nulli etiam Iurisconsulto par commendatio fuit, quæ Papiniano tribuitur. Summum etiam argumentum eruditionis est, quod nullius vnquam auctoritate vtitur, exceptis duobus locis, in *l. Sabinus, communi diuid.* & in *l. 51. venditor, de seru. exportand.* Nunc igitur quod instat, agamus. Hæc eadem regula à Papin. proposita, etiam ab Vlpiano prodita est in *l. 1. de condict. sine caus.* quamuis concepta aliis verbis, id scilicet alicui condici posse, quod sine causa ad eum peruenit, vel iniusta causa, vel etiam quod redit ad iniustam causam. Hæc est regula omnium condictionum, quibus reuocatur quod solutum est, quodue prorogatum est ex bono & æquo: neque enim hæ tres condictiones sunt ex legibus. Habuimus nuper ex Papin. aliam regulam in *l. ius publicum, de pact. Ius publicum priuatorum pactis mutari non potest.* quam diximus aptari debere ad legem quæ præcedit & loquitur de procuratore reip. qui debitam reip. pecuniam pacto conuento de non petenda pecunia remisit, quod pactum lex ait inutile esse & inefficax, nec perimere obligationem. Addenda est ratio legis sequentis, quod ius publicum, id est ius reip. non potest pactis mutari: ita est in *l. 2. §. reipublicæ, de admin. rer. ad ciu. pert.* Sic regula huius legis aptanda ad casum l. præcedentis hoc modo. Dominus testamento seruum suum liberum esse iussit sub conditione, si mihi decem daret. Finge, testamentum esse ipso iure nullum, forte, quod in eo filiusfam. est præteritus. cum vero seruus ignoraret esse nullum, rogauit Titium, vt mihi 10. daret: Titius id dedit, atque ita seruus liber esse iussus testamento impleuit conditionem libertatis, nec tamen fit liber, quia testamentum ipso iure nullum est, & libertas ipso iure nulla est. Ergo locus erit condictioni indebiti, quia ex ea causa data est pecunia, quæ iure non valet: ac proinde Titius reuocare ac repetere poterit decem, quæ dedit: quæ est ratio Papiniani in hac l. 54. subiecta sententiæ

A Proculi. Quæritur tamen à Proculo in l. præced. cuinam detur condictio? an Titio qui decem dedit rogatu serui, an vero heredi legitimo, id est, domino serui? videbatur sane danda condictio domino serui, quia soluta est pecunia nomine serui, & pro eo est, ac si seruus ipse soluisset, qui aliunde corrasit pecuniam ad implendam conditionem libertatis. Videtur igitur à domino repetenda pecunia, qui tamen obligabitur Titio, & cogetur ei eam pecuniam reddere. Verum hoc non probat l. 10. Ait enim *tam benignius quam vtilius esse recta via ipsum, qui nummos dedit, suum recipere*: quæ verba sunt valde notanda. statim ergo Titio dari condictionem indebitæ pecuniæ: quia etsi non soluit suo nomine, suam tamen soluit: Facit comparationem vtilitatum. & recte quidem, quia condictio indebiti ex æquo & bono proficiscitur, l. 66. hoc tit. Ac denique danda est condictio potius ei, cui eam dari benignius & vtilius est. quæ ratio etiam efficit, vt nonnunquam detur condictio indebiti non ei, qui soluit, sed alij, *l. 2. & 3. hoc tit.* Non enim semper idem condicit, qui & soluit, sed & alius: & non etiam idem semper condicitur, quod solutum est, sed tantumdem, *l. 7. hoc tit.* Nam indebiti solutio promutuum est: & vt ex mutuo, sic & ex promutuo, non idem, sed tantumdem reddi potest. Ita igitur accommodanda est hæc regula Papiniani in hac *l. 54.* ad leg. præcedentem 53. quæ est Proculi. Et vix est vlla regula in Digestis nostris, quin sit referenda ad præcedentem speciem, & habenda pro ratione superioris responsi. Possent tamen complura alia exempla ad C hanc regulam afferri, alioqui non esset regula: sed vno contenti erimus. Heres per errorem soluit certam pecuniam ex legati causa testamento iniusto relicti. cognito errore poterit repetere per condictionem indebiti, quia legatum ipso iure non valet: idem si soluerit ex test. quod valuit quidem initio, sed rescissum est per querelam inofficiosi, vel per bonorum possessionem contra tabulas: nam ex his causis condictioni locus erit. Causæ quæ ipso iure non valuerunt, sunt, quæ ab initio non consistunt. Causæ quæ effectum non habuerunt sunt, quæ initio quidem valuerunt, sed rescissæ sunt. Nihil ergo refert, causa valuerit ab initio, an postea rescissa sit, & Græci recte in illo loco, τὸ καταβαλλόμενον, &c. Sed exigit regula, vt per errorem solutum sit: Nam qui D sciens soluit, quod non debet, donat, nec repetere poterit, etsi dixerit, soluo, non dono; sicut contra, non quicunque dicit, dono, donat, sed transigit, vel soluit, vel quid aliud agit. Exemplum habemus in *l. 15. §. Papinianus, locati.* Si vno anno dominus remissionem dederit colono ob sterilitatem, deinde sequenti anno contigerit vbertas, remissio ante facta, domino nihil obest. Nam potest exigere integram pensionem etiam eius anni, quo remisit, licet remittendo vsus fuerit donationis nomine, quia quod remittit, transactio est potius, quam donatio mera: atque ita non tam verba quam mens contrahentium spectanda sunt. Qui sciens igitur soluit indebitum, non repetet. Id euidenter apparet in herede, qui interueniente Falcidia integrum legatum soluit. non debetur integrum legatum ipso iure, *l. 73. §. vlt. ad leg.* E *Falc.* quia lex Falcidia ipso iure minuit legata. Si igitur sciens heres integrum soluit legatum, aut cauit se daturum integrum sine deminutione, condictioni locus non erit, quia donasse videtur. Hæc est ratio communis: sed est in herede propria quædam ratio, qui non vult vti Falcidia, quod scilicet fidem pleniorem defuncto exhibuerit: nam sane defunctus voluit integrum legatum præstari, nec vti heredem Falcidia, quæ lex est contra voluntatem defuncti. Id igitur præstando, heres implet religiose voluntatem defuncti, & fidum obsequium præstat, vt loquitur *l. 45. ad Trebell.* quod idem dici potest citra Falcidiam, si legatum inutile vltro præstiterit heres prudens, sciensque. Nam etsi sit inutile, forte ob non obseruatam regulam iuris, tamen præstando inutile legatum,

exhibet plenum obsequium defuncto, qui non voluit tam rationem iuris haberi quam suæ voluntatis, etsi non expresserit testator, quod si expresserit, inutiliter expresserit; nec enim facere potest, ne ius locum habeat in testamento: laudatur tamen heres, qui præstat legata inutilia, quique fidum obsequium & plenam fidem exhibuit defuncto. & ita Plin. 5. Epist. 7. & similiter, si fideicommissum, aut legatum inutiliter relictum heres promiserit se soluturum sciens, explendæ fidei causa, non erit condictio cautionis, vt ea obligatio soluatur, & iam pecunia debebitur non ex testamento, sed ex stipulatione, *l. 61. hoc tit.* quod maxime pertinet ad id quod M. Tullius scribit 2. de LL. de legatario, qui obligatur sacris defuncti: nulla est hereditas sine sacris: heredem sequuntur sacra defuncti, quæ ipse peragere solebat. B Sed quæritur, an legatarius quoque obligetur sacris? minime: nisi tantum acceperit legatarius legati nomine, quantum peruenit ad omnes heredes, hoc casu obligatur sacris defuncti. Verum liberatur si quod legatum est legatarius stipuletur, vt id ipsum ex stipulatione debeatur, hoc est, si nouet obligationem, si legati caussam transfundat in ius stipulationis. Nam ita interposita stipulatio plerumque nouat obligationem, *l. 8. §. 1. de nouat.* & pro eo est ac si ea pecunia legata non esset, quia iam non debetur, aut capitur iure legati, sed iure stipulationis. Heres igitur liberatus est nouatione, vel vt Tull. ait, *per æs & libram*: nam eodem modo fiebant nouationes, Liuius lib. 6. *libraque æreque liberatum emittit.* Ignorantibus igitur tantum vel errantibus, vel etiam C dubitantibus (dubitatio ignorantiam imitatur ex Constitutione Iustiniani) dabitur condictio indebiti, non scientibus.

Ad l. 7. de præscript. verb.

Si tibi decem dedero, vt Stichum manumittas, & cessaueris, confestim agam præscriptis verbis, vt soluas quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi, vt decem reddas.

Regula quam ante exposuimus, est communis omnium condictionum: hæc lex est propria condictionis ob rem dati, quanquam vbi hæc condictio locum habet, habent & cæteræ, & est in arbitrio actoris vt D condicat rem datam, quasi non sequuta causa, vel quasi sit sine causa apud eum, qui accepit: est enim liberrimus vsus condictionum, sed proprie erit in hac l. 7. condictio ob rem dati. Finge: dedi tibi pecuniam, vt tabulam pingeres, vel membrum aliquod domus: hic contractus vocatur locatio & conductio: conduxi enim tuas operas, & tu mihi scilicet locasti. Hic contractus habet proprium nomen & legitimum: nam à IC. non sunt inuenta propria nomina, sed sunt indita legibus. Ex hoc igitur contractu datur actio, quæ nomen habet, actio ex locato & conducto. Finge: dedi tibi togam, vt tabulam pingeres, an est locatio & conductio? minime: nam locatio & conductio non consistit sine pretio; vt nec emptio & venditio: locatio est instar emptionis: & ideo locator dicitur quoque emptor, E sicut & conductor venditor: merces, precium, sunt communia nomina: non ergo hic proponitur emptio & venditio, nec locatio & conductio, sed est contractus similis locationi, qui nomine vacat, & ideo dicitur actio præscriptis verbis, quod non est proprium nomen, quia scilicet datur secundum præscripta verba contractus, quia dum intenditur, recitantur verba contractus, cum tamen in actionibus, quæ habent proprium nomen sufficiat exprimere nomen contractus. & hoc ostenditur in *l. 5. §. at cum do, hoc tit.* Finge iterum, quæ est species huius legis: Dedi tibi pecuniam, vt seruum tuum manumitteres, non est locatio & conductio, quia hoc factum locari non solet, opera locari solet vel conduci, non liberale officium: manumissio est officium liberale, non opera. In iis igitur, quæ ex officio manant, & in quibus nulla nostra versatur opera, non potest consistere locatio & conductio: fateor tamen hoc negocium esse simile locationi & conductioni, & vacare nomine: atque ideo ex hoc negotio datur actio præscriptis verbis, quæ proprium nomen non habet. Quo fine datur hæc actio præscriptis verbis? vt scilicet præstetur id, quod interest seruum manumitti, vt impleatur fides contractus, quia forte filius est, aut frater, quem cupio manumitti: Verum etiamsi mea nihil intersit, condicam pecuniam quam dedi, quasi datam ob rem, re non sequuta. Est igitur mihi duplex actio, præscriptis verbis, vt impleatur fides contractus, vel condictio ob rem dati, vt mihi reddatur pecunia: sed his actionibus non agetur, vt docet Papinianus hoc loco, antequam cessaueris in manumittendo Sticho, hoc est, antequam moram feceris: moram autem fecisse videris, si cum primum potuisti manumittere seruum, non manumisisti, maxime interpellatus: nam interpellatione sane est opus: post moram autem agam confestim, quia non est additum tempus manumissioni: sed ita res gesta est, *Do pecuniam, vt Stichum manumittas nullo addito tempore*: statim igitur vt cessaueris in manumittendo Sticho, vel agam præscriptis verbis, si mea intersit eum manumitti, vel si non intersit, agam condictione ob causam dati, *d. §. At cum do, l. si liber C. de condict. ob caus. dat. l. 2. §. 17. D. de cond. cau. da.* Imo dices, in hoc casu non est locus iis actionibus, quia ipso iure statim atque non est manumissus seruus, eripitur ad libertatem: lex repræsentat libertatem, quam ille qui pecuniam accepit, non præstat: non est ergo actionibus propositis locus, quia iam est ipso iure liber ex *l. 38. §. idem respondet, de liber. caus. l. 4. C. si mancip. ita alien.* Dedi tibi pecuniam, vt seruum tuum manumitteres, non manumisisti; fit liber ex sententia D. Marci & Commodi. Sed distinguendum hoc modo: si pecuniam dedi veluti pro pretio vt Stichum manumitteres, & cessaueris, fiet liber ipso iure: & ita hanc rem declarant *d. l. 38. & d. l. 4.* quæ ita proponunt, dari pecuniam veluti pro pretio. Hic vero ponere debemus non dari pecuniam veluti pro pretio, sed vt mercem & rem quamlibet non habita ratione pretij quanti est Stichus: pecunia non semper pro pretio est: nummi peregrini, vt olim, ita hodie mercis loco sunt: vt refert Volusius Mætianus in libro de Asse, & Plinius Histor. 33. cap. 3. nostri etiam nummi nonnunquam mercis loco sunt. Et ita in *l. vlt. de cond. caus. data.* Dedi tibi pecuniam, vt Stichum dares, an est emptio & venditio? sic videtur: & vero ita est, si modo pecunia data sit pro pretio: sed si dedi tibi pecuniam non veluti pro pretio, vt mihi Stichum dares, permutatio est quasi mercis cum merce. Non pecunia semper vice pretij fungitur, sed etiam mercis: quod maxime pertinet ad explicationem illius *l. vlt.* quæ negat illud negotium esse emptionem venditionem: & adiiciunt Græci recte, esse permutationem, quia non est data pecunia, veluti pro pretio Stichi, vt etiam in hac l. 7. ponendum est, non esse datam pecuniam veluti pro pretio serui: alioquin statim post cessationem seruus eriperetur in libertatem ipso iure, & non esset locus his actionibus.

Ad l. 1. De Vsuris.

Cum iudicio bonæ fidei disceptatur: arbitrio iudicis, vsurarum modus ex more regionis, vbi contractum est, constituitur, ita tamen, vt legi non offendat.

§. 1. *Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem inuaserit, vel in suos vsus conuerterit, omnimodo etiam mora non interueniente, præstabuntur vsuræ.*

§. 2. *Nec tamen iudex iudicij bonæ fidei recte iubebit interponi cautiones, vt, si tardius sententiæ condemnatus paruerit, futuri temporis pendantur vsuræ, cum in potestate*

sit actoris iudicatum exigere. Paulus notat. *Quid enim pertinet ad officium iudicis, post condemnationem, futuri temporis tractatus?*

§. 3. Papinianus. *Circa tutelæ restitutionem pro fauore pupillorum latior interpretatio facta est: nemo enim ambigit hodie, siue iudex accipiatur in diem sententiæ, siue sine iudice tutela restituatur, in eum diem quo restituit, vsuras præstari. Plane si tutelæ iudicio nolentem experiri, tutor vltro conuenerit, & pecuniam obtulerit, eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non præstabit vsuras.*

HOdie explicabitur alia regula quæ proponitur initio h. l. Sciendum est, in bonæ fidei contractibus vel quasi ex mora, hoc est, posteaquam debitor moram fecerit in eo soluendo, quod debetur, deberi vsuras officio iudicis, *l.* 32. §. *in bonæ fidei l.* 17. §. *ex locato, hoc tit. l.* 24. *D. depos. l.* 13. *C. de act. empt. l.* 2. *C. depos. l. fructus C. de act. empt.* nulla est frequentior regula, cui est adnectenda ea quæ ponitur initio huius l. Sed sciendum est priorem hanc regulam etiam locum habere in legatis & fideicommissis, quamuis actio, qua legatum aut fideicommissum petitur, non sit bonæ fidei: vsuræ legatorum vel fideicommissorum debentur ex mora, hoc est, si heres interpellatus congruo loco & tempore ea non soluerit. Quod ad vsuras attinet, comparantur semper legata & fideicommissa bonæ fidei contractibus, *l.* 34. *hoc tit. l.* 3. *C. in quib. ca. restit. in integ.* & hoc puto esse ex constitutionibus. Nam ita inuenio scriptum in *l.* 24. *de vsufr. leg.* post moram heredis legatario reddi vsuras placuit. Et verbo *placuit*, plerumque significantur constitutiones principum. At hoc posito in contractibus bonæ fidei vel quasi contractibus ex mora deberi vsuras arbitrio vel officio iudicis: quæritur: quæ vsuræ debeantur? nam officium vel arbitrium iudicis non est liberum aut iniquum arbitrium, non licentia pronuntiandi iuris, sed arbitrium boni viri in *princip. tit. Instit. de offic. iud.* vt non aliter iudicet, quam legibus & moribus proditum est. Quæritur, quæ vsuræ debeantur, quod dum quærimus, quærimus, quas debeat vsuras iudex constituere: quærimus denique de officio iudicis. Et hac de re Papinianus dat nobis initio huius legis regulam elegantem. *Cum iudicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio iudicis vsurarum modus ex more regionis, vbi contractum est, constituitur, ita tamen, vt legi non offendat.* vt scilicet in iudiciis bonæ fidei vsuræ veniant ex mora arbitrio iudicis, quæ in ea regione obseruantur, in qua contractum est: officio, inquam, iudicis veniant, vel quod idem est, arbitrio seu arbitratu iudicis: ac proinde earum vsurarum modum iudex constituit & æstimat, inspecto & obseruato iure regionis in qua contractum est, obseruato more negotiatorum, atque etiam obseruato modo legitimo. Nam leges finem certumque modum dedere, quem non potest non sequi iudex: has leges debet obseruare, non minus, quam morem regionis, si is mos legibus aduersus sit. Possunt moribus leuiores esse vsuræ quam legibus, nec tamen possunt esse grauiores: possunt attingere finem legum, non etiam superare. His igitur siue moribus, siue legibus regitur arbitrium iudicis: sed quod secundum mores ac leges statuerit hac de re, id tantum potest, quantum stipulatio. Et hoc est quod dicitur, quod ad vsuras attinet tantum valere officium iudicis in actionibus bonæ fidei, quantum stipulationem nominatim factam, *l.* 7. *de neg. gest. l.* 24. *depos.* Hic vero dicimus de vsuris, quæ veniunt ex mora, quæ propter moram debitori infliguntur, vt creditor consequatur, quod sua interest, debitorem moram non adhibuisse, & non deberi, nisi iudex pronuntiauerit deberi: Finge, iudicem de re iudicasse, & vsurarum rationem non habuisse in bonæ fidei contractibus; an post rem iudicatam apud eundem iudicem disceptari de vsuris potest? an apud alium iudicem vsuræ peti possunt? Minime, quia in bonæ fidei iudiciis non est alia actio sortis, alia vsurarum: nec existimauit iudex in ea rationem esse habendam vsurarum, *l.* 4. *C. depos. l.* 13. *C. de vsur.* Aliæ sunt vsuræ, quæ debentur ἀπὸ συγχύσεως puta cum is, qui alienam pecuniam administrauit, eam conuertit in vsus suos: σύγχυσις est conuersio in vsum. aliæ quæ debentur ἀπὸ ὑπερθέσεως. quæ ex vsu debentur, illæ debentur, etiamsi de iis nihil pronuntiauerit iudex, ex natura ipsius iudicij, *l. vlt. C. de vsur. rei iud. Natura*, inquit, *rei iudicatæ ipso iure debentur*; ex legibus proprie debentur vsuræ: hæ debentur officio iudicis, non debentur proprie, *l. vlt. de eo quod certo loc.* Est ergo regula, quæ proponitur initio huius l. de vsuris, quæ veniunt ex mora, non ex abusu pecuniæ alienæ. Ergo debet iudex earum vsurarum, quæ ex mora infliguntur modum constituere ex more regionis, vbi contractum est: & ita in *l.* 7. §. *quæ autem, de adm. tut.* dicitur, in actione tutelæ, venire vsuras officio iudicis, exceptis certis casibus, quibus tutor debet vsuras legitimas, vsuras maximas, centesimas: (nam ita semper oportet accipere in libris legitimas & maximas:) vt puta, si tutor pecuniam pupillarem in vsus suos conuertit: quod est σύγχυσις, aut si eam apud se esse negauit, & Prætor contra eum pronuntiauerit, & aliis quibusdam casibus: quibus exceptis, ex cæteris causis tutor dependit vsuras secundum modum prouinciæ, veluti quincunces, vel trientes, vel si quæ aliæ in ea prouincia leuiores frequentantur. Idemque obseruandum in actione contraria tutelæ, quæ est bonæ fidei: nam si quid tutor dependat de suo in rem pupilli, id consequitur cum vsuris, quæ ea in regione currunt, quoad ei omnis pecunia reddatur, namque æquum est ne sit eius pecunia sterilis, *l.* 3. §. *consequitur, de act. contr. tut.* Idem habemus de contraria actione negotiorum gestorum, *l.* 37. *hoc tit.* puta si ego pro te solui mea sponte irrogatus creditori tuo, & ita te liberauero magno incommodo, ne fortasse creditor tua pignora distrahat, vel in bonorum possessionem mittatur: debetur mihi ea pecunia cum vsuris, quæ frequentantur in ea prouincia. Idque *d. l.* 37. *& hac l.* 1. ait, generaliter constitutum in omnibus iudiciis bonæ fidei, idemque procedere in actione mandati ostendit *l.* 10. §. *si procur. mand.* Idemque in legatis & fideicommissis, *l. cum seruus* 39. §. *in vsurarum, de legat.* 1. Igitur ex mora heredis debentur vsuræ legatariis & fideicommissariis, & in vsurarum quantitate mos regionis seruandus erit. Definit quidem vsuras iudex, sed secundum morem regionis eius, vbi sita est hereditas, vbique solui legatum debet aut fideicommissum. In vsuris igitur consuetudo regionis aut prouinciæ plurimum valet. Et recte Asconius Pedianus in librum de Diuinatione ait, *esse quadrupli actionem pecuniæ grauioribus vsuris fœneratæ, quam pro consuetudine*, quæ pro lege est: sed potior tamen est lex consuetudine, *l.* 2. *C. quæ sit long. consu.* Consuetudinis, inquit, magna auctoritas est, sed non valet tamen vsque adeo, vt legem minuat, aut rationem. Et ideo recte adiicit Papinianus; *ita tamen vt legi non offendat.* id est, ita demum si mos non aduersetur legi: vel si iudex dum morem sequitur non committat in legem. & similiter *d. l.* 10. §. *si procurator, deberi vsuras quæ legitimo modo*, id est, intra modum legis, *frequentantur*; non quæ supra modum legis sunt. Magna est quæstio etiam hodie: vtra sit potior lex, an consuetudo? quæ paucis sic dirimenda est. Consuetudo est pro lege, vbi lex deficit, vel si defuerit, aut consenuerit, & hoc ait, *l.* 32. *de LL.* diuturnam consuetudinem esse pro lege in iis, quæ ex non scripto descendunt, hoc est, quæ scripto comprehensa non sunt: Consuetudo abrogat legem: tacitus enim illiteratusque consensus populi obliterat legem, *l.* 32. *de legibus* legem: abrogat, non tamen vincit legem: non idem est abrogare & vincere legem: in ipso concursu legis & consuetudinis, dum vtraque viget, vtraque suis consistit viribus, sane vincit lex consuetudinem dum viget nec consenuit, non consue-

tudo legem. Præterea quæritur, quis sit modus legitimus vsurarum, quem plus valere vult Papinianus, quam morem regionis vsurpatum contra leges fœneratitias: duplex est modus vsurarum, duplum scilicet & centesima: semper excipiendæ sunt traiectitiæ & nauticæ pecuniæ, fœnus nauticum, quod nullum habuit modum, nunc habet ex constitutione Iustiniani: nam sæpe debebantur vsuræ ex fœnore nauticô supra centesimas & supra duplum. His igitur exceptis, modus vsurarum est duplum, quia non possunt deberi vsuræ vltra duplum, id est, sorte tanto amplius. Finge: Cuidam tutori debentur centum: vsurarum nomine tulit centum; sane vsurarum nomine nihil præterea desiderare potest. Sed si quid amplius soluatur, id imputatur in sortem. vbi vsuræ æquauerunt sortem, nihil amplius peti vsurarum nomine potest: hic modus vsurarum obtinet etiam hodie. Alter modus, qui obtinuit etiam ante Iustinianum, est centesima, quæ fere in omnibus aliis negotiis admissa est, & dicebatur centesima, quæ in centenos reddit duodenos quotannis, vnum nummum quot mensibus: atque dicebatur centesima, quod eius pars centesima, fit vsura menstrua & legitima, *l. 4. tit. seq. l. 8. C. si cert. pet. l. 26. C. de vsur.* Et vtrumque modum legitimum significauit Papinianus, dum ait, *ita tamen, vt legi non offendat*, hoc est, ne supra duplum aut centesimam vsuræ æstimentur. At quæri potest, quæ lex hunc modum imposuerit vsuris vtrisque? Lege aliqua impositum esse necesse est: varij modi impositi fuere, duodecim tabulis, vncia in centenos quotannis, quæ diu non obtinuit: imo & quibusdam legibus semuncia tantum: sed obtinuit diu & obtinet etiam hodie in quibusdam negotiis centesima. Quæ lex eum imposuerit modum, non satis liquet. Nam quod quidam tentant, modum esse impositum lege Gabinia, cuius mentionem facit M. Tull. 5. ad Attic. in fin. & alibi, falsum est: nam lex Gabinia fuit de versura, non de vsura. Nescio, an quisquam adhuc intellexerit quid sit versura. Est sane improba cum sit lege vetita, & est in versura quiddam reprehensione dignum. Iamdiu animaduerti versuram esse mutuationem pecuniæ sub vsuris qua dissoluebantur vsuræ aliis debitæ: quod lex Gabinia non patitur, ne inopes vsuris obruantur, dum vsuris vsuras cumulant. regula iuris est, vsuras vsurarum non deberi, & in stipulationem deduci inutiliter, sed sortis tantum. Huius regulæ duæ sunt fraudes, vna appellatur *ἀνατοκισμὸς*, altera, versura; & vtraque fraus coercetur legibus vel constitutionibus. *Ἀνατοκισμὸς* est, si vsuræ, quæ debentur interposita stipulatione fiant sors, ita vt huius sortis, id est, vsurarum redactarum in sortem vsuræ cedant; quod reipsa est vsurarum vsuras exigere: & merito prohibetur *l. vlt. C. de vsur.* Alia fraus est versura, vt si sumas ab aliquo pecuniam sub vsuris, qua alij soluas vsuras debitas: non possis palam eidem creditori vsuras vsurarum dependere, sed nisi lex prospiceret, eas clam creditori tuo dependeres, dum sumeres ab vno pecuniam sub vsuris, qua solueres vsuras alij debitas. Hæc est versura prohibita lege Gabinia; quod etiam eleganter demonstrat Cic. libro 5. epist. ad Attic. epist. vlt. his verbis: *Salaminij cum Romæ versuram facere vellent, non poterant, quod lex Gabinia vetabat, &c.* Non vero dubito, quin versuræ nomine vti possimus in alia significatione: nam & per translationem versuræ nomen pro vsura accipitur: est enim versura generaliter, repensatio qualibet seu reciprocatio. Vnde & in his regionibus, dos versura dicitur, vel vt patrio sermone *verchere*, id est, versura, quasi repensatio onerum matrimonij. Nec vnquam illud verbum versuræ audio, quin veniant in mentem verba Marciani Capellæ de dote, dum ait: *vtrum repensatrix data?* id est, vtrum dos, vtrum versura data. Et hæc de regula. Quæ sequuntur in hac lege sunt difficillima & scitu dignissima, eoque pertinent vt ostendat Papinianus, aliquando in bonæ fidei contra-

A ctibus vsuras deberi, etsi mora non interuenerit, & sunt vtilia quæ sequuntur.

Intelleximus ex initio legis, in bonæ fidei iudiciis vsuras deberi officio iudicis secundum morem regionis, vbi contractum est, qui modo non sit aduersus leges, quæ vsuris posuere modum: & hoc locum habere in vsuris, quæ debentur ex mora. Aliæ sunt vsuræ, quæ in bonæ fidei iudiciis debentur & veniunt, etsi mora non interuenerit, de quibus nunc tractaturi sumus, vt in actione mandati *l. 12. §. vsuras, mand.* dicitur vsuras admitti non tantum ex mora, frustratione, cunctatione debitoris, sed iudicem etiam æstimare, si mandatarius, hoc est, procurator exegerit pecuniam sibi debitam à debitore suo cum vsuris, vt domini negotia gereret, vel B si mutuatus sit pecuniam grauioribus vsuris, vt solueret pro domino, eumque liberaret magno incommodo, rei, earumue vsurarum rationem habere iudicem ex eo tempore, quo mutuatus est pecuniam illam sub grauioribus vsuris, vel quo eam pecuniam exegit à debitore suo, vt posuimus. Atque ita in actione mandati non ex mora tantum veniunt vsuræ, sed & ante moram. Idem quoque constitutum est in actione depositi, *l. 3. & 4. C. depos.* Is apud quem deposita est pecunia, debet vsuras ex mora, non tantum si interpellatus eam non reddiderit, sed & si eam pecuniam in vsus suos conuerterit inuito domino, cuius custodiendæ domino fidem dederat. ex eo tempore, quo eam pecuniam conuertit in vsus suos, vsuris obligatur sine vlla alia interpellatione. Idem & in §. *socius* in h. l. ostenditur locum ha- C bere in act. pro soc. & act. tutelæ: tractemus primum de actione pro socio. Si socius communem pecuniam inuaserit, vel in suos vsus conuerterit, præstat vsuras ex eo tempore, quo eam inuasit, etiamsi nulla mora interuenerit, hoc est, etsi de ea pecunia reddenda, vel in commune conferenda, interpellatus non fuerit. Mora proprie est, si interpellationi debitor non obtemperauerit, hoc est, si non soluat. Et moram proprie creat interpellatio, nec videtur proprie moram fecisse, qui non interpellatus est. Et hoc est quod dicimus, moram fieri in personam, non in rem: moram contrahi ex interpellatione, non ex reipsa, non ipso iure. Aliquando tamen fit mora reipsa, quæ tamen proprie non est mora, vt significat *l. 87. §. vsuras, ff. de leg. 2. l. 32. hoc tit.* mora D fit reipsa minoribus 25. annis beneficio Prætoris, hoc est, quidquid debetur minoribus 25. annis, in eo non præstando, moram facere videtur debitor, etsi non interpelletur, ex Constitutione D. Seueri, quæ in hoc §. significatur illo verbo, *Hodie.* Mora etiam fit reipsa, si non sit, qui interpelletur, si debitor non compareat, *l. 32. §. vlt. hoc tit.* vt etiam si solutioni addita sit dies: & est nota vox communis, *diem satis interpellare*, nec alia ratione additur dies, quam ne sit necesse creditori interpellare debitorem. Constat etiam furem semper moram facere reipsa, etsi non interpelletur, *l. 17. l. vlt. de cond. furt.* fur autem etiam est, qui pecuniam communem inuadit, hoc est, qui eam amouet interuertendi animo, vt sibi eam habeat in posterum quasi suam, *l. 45. pro soc.* Atque ideo etsi non interpelletur socius, E nihilominus eius pecuniæ vsuras debet iudicio pro socio, quod est bonæ fidei. is autem qui pecuniam communem in suos vsus conuertit, non est fur, quia suo iure pecunia communi vtitur, sed prope furem est, aut non longe abest à fure, quandoquidem clam & latenter abutitur pecunia communi. Aliud est inuadere pecuniam communem, aliud eam conuertere in vsus suos: nam inuadere, est prædonum more versari in societate, deprædari societatem. In suos vsus conuertere, est clam abuti pecunia communi, non tamen vt non reputaturum, sed tamen hoc est finitimum furto. Et ex vtraque causa, id est, inuasione pecuniæ communis, & in vsum suum conuersione, vsuræ debentur statim reipsa, etiam non interueniente interpellat. quia proprie dicitur

dicitur mora, quam creat interpellatio facta in personam. Et huc valde pertinet *l. 60. in princip. pro soc.* Ad quam maxime est aduertendum. Finge: Socius aliquid ex societate lucrifecit, in eo reddendo vel conferendo moram fecit, vsuras præstat: verum adiicit lex, cum ipse ea pecunia vsus sit, id est, socius qui in eo reddendo quod lucrum fecit moram facit, tunc moram facere intelligitur, cum ea pecunia vsus sit. Sunt duo casus: Primus, si socius in eo reddendo quod lucrum fecit, moram fecit. Secundus, si ea pecunia vsus est. Nam postea eadem l. adiicit hæc verba: *Sed si aut vsus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse*, id est, non præstare vsuras, si aut moram non fecerit, aut pecuniam in vsus suos non conuerterit. Et ita Græci, deberi vsuras ἀπὸ ὑπερθέσεως ἢ συγχρήσεως id est, *quod moram fecerit, & pecuniam verterit in rem suam.* Et subiicit, quod eget explicatione, *Eas vsuras non deberi vt vsuras*, hoc est, vt fœnus: nam si deberentur vt fœnus, deberentur etiam citra moram, *l. 17. §. si pupillo, hoc tit.* vsuræ, quæ propter lucrum infliguntur, hoc est, fœnus, debentur & ante moram, imo currunt ex die ipso contractæ obligationis. Alia est vsura, quæ infligitur propter lucrum, alia quæ propter moram, siue moram quis faciat ex interpellatione, siue reipsa. In actione igitur pro socio, vsuræ non debentur vt fœnus, sed quod socij intersit socium moram non fecisse, vel eam, quæ ex interpellatione creatur, vel eam, quæ reipsa fit.

Concludamus igitur ex hoc §. socium vsuras debere etiam non interpellatum, eius pecuniæ, quam ex societate inuasit, vel in suos vsus conuertit, & currere vsuras ex eo tempore, quo inuasit, & in vsum suum conuertit. Non satis est scire ex quo die debeantur, nisi & sciamus, in quem diem: & significat Papinianus, deberi in diem condemnationis. Nam in iure hoc est ratum: Post sententiam consistere vsuras, seu cessare vsuras intra tempora iudicati soluendi. non ignotum est, iudicatis, hoc est, condemnatis dari certa tempora faciendo seu soluendo iudicato; quæ in 12. tab. appellantur dies iusti. Ergo intra ea tempora vsuræ nullæ currunt *l. 3. §. 1. hoc tit. l. 13. C. hoc tit. l. vlt. §. penult. C. de vsur. rei iudic.* Ratio est: quia ea tempora reis humanitatis gratia dantur, *l. 16. §. vlt. de compens.* vbi à Græcis nominatim ita scriptum est πρὸς φιλανθρωπίαν. Et ideo sunt immunes ab vsuris & fructibus dependendis, non quidem à perceptis interim, sed qui percipi potuerũt. Sunt denique expertes omnis inhumanitatis: iure *postulantur, nisi ex causa iudicati.* Finitis autem his temporibus, rursus currunt vsuræ, non priores, sed nouæ, & plerumque grauiores sine conuentione, aut condemnatione noua, sponte, & ipso iure, ex legibus, & hæ dicuntur vsuræ rei iudicatæ: & fuere olim ducentesimæ, hodie sunt centesimæ. Ideo quæritur; an iudex addictus pro socio, qui condemnat socium in vsuras præteriti temporis in diem sententiæ, possit etiam socium cogere ad cautionem interponendam de præstandis vsuris futuris post tempora iudicati? Et Papinianus ait; posse socium condemnare in sortem & vsuras vsque in diem sententiæ, non etiam ab eo exigere cautionem de dependendis futuris vsuris post tempora iudicati soluendi. Et vtitur hac ratione Papinianus, quia actori satis consultum est actione iudicati, cum ipso iure insint vsuræ legitimæ: & æquum non est reum onerari superuacua cautione: & hæc est ratio Papiniani, quam reprehendit Paul. si quis notam recte intelligat, quæ quo obscurior reprehensio est, eo modestior. Paulus non reprehendit palam rationem Papin. sed dum aliam dat, satis indicat se eam non probare. & vero est cur improbet rationem Papin. quia actori est actio iudicati, ideo non est necessaria actio ex stipulatu: an quod mihi est actio vna, neganda est altera? cur non mihi possim multis cauere rationibus? & per quam vtile est cauere multis cautionibus per stipulationem, etiam ei, qui habet actionem iudicati: qua de causa ante litem

A contestatam solet interponi stipulatio iudicatum solui, quamuis certo sit competitura actio iudicati, si condemnetur reus. Solet etiam interponi stipulatio de noui operis nuntiatione, vt cui est actio iudicati, sit etiam actio ex stipulatu, *l. 21. §. habet, de nou. op. nunt. l. 8. §. idem Celsus, de nouat.* Non est igitur hæc ratio Papin. idonea, & ideo Paulus meliorem adfert rationem, quia ad iudicem nihil pertinet tractatus futuri temporis: iudex perfungitur suo officio, dicendo sententiam, quam vbi dixit, statim desinit esse iudex, *l. 55. de re iud.* De re gesta sententiam dicit, futurum tempus non attingit. Hoc est discrimen inter iudicem & legem, quod lex statuat de futuris, iudex de præsentibus & præteritis. Hæc est elegans ratio Pauli. vsuræ rei iudicatæ,

B quæ forte post tempora condemnatis ad solutionem data, cedent, non veniunt in iudicium: ergo de iis nihil potest dicere, vel statuere iudex. Accursius multa affert in contrarium, vt probet iudicem de futuris etiam statuere, quæ ego perstringam breuiter, & redigam ad duas obiectiones. Vna est ex *l. 1. C. de sent. quæ sin. cert. quant.* quæ ait; Sententiam eam iudicis non esse contra formam iuris, qua iudex iubet dependi vsuras pecuniæ in condemnationem deductæ, vsuras scilicet rei iudicatæ: Atque ita videtur rata esse sententia iudicis, qua statuit de vsuris futuris. Sane videtur obstare hæc lex; quia scilicet ad eam non apponitur species congrua. Species est: Iudex addictus erat actioni iudicati, sententia debet esse certa ex definitione iudicis, alioqui litem sereret: vsurarum etiam condemnatio debet esse certa *l. 3.*

C *& 4. eod. tit.* Finge: Iudex cum esset addictus actioni iudicati, pronuntiauit dependi vsuras rei iudicatæ, non expressa quantitate, quoad soluta esset pecunia condemnationis iam factæ priore iudicio, neque certam sententiam dixit, neque certas vsuras, an valeat sententia? Sic sane, quia est iam certa condemnationis summa facta, ad quam se refert, qui de iudicati actione pronuntiat, & sunt certæ etiam vsuræ rei iudicatæ, cum sint præscriptæ legibus certis *in tit. C. de vsur. rei iud.* & constat esse centesimas. Igitur certa est sententia, & præterea sic posita specie, Iudex non statuit de futuris vsuris, sed de iis, quæ iam debentur post tempora iudicati. Altera obiectio similis est ex *l. 38. pro socio, & ex l. 41. de iud.* quibus ostenditur, plerumque iudicem debere interponere cautionem de re futura, veluti prætor

D iubet interponi cautionem de damno infecto, hoc est, de futuro: vel etiam si quid quis debeat ad diem, postulante creditore, iubet iudex in iudiciis bonæ fidei cautionem interponi de soluenda ea pecunia, cum dies venerit, quum metus est, ne debitor labatur facultatibus: Facile creditor cui debetur ex cõtractu bonæ fidei ad diem, ante diem exprimit cautionem per iudicem. Atque ita videtur statuere de futuris: Imo statuit de ea re, de qua iam agitur in præsenti: & de qua aditus est: sed nihil statuit si alia de re aditus sit, extra eam rem de iis, quæ extrinsecus accedunt: quo nihil est euidentius. Docet etiam in actione tutelæ vsuras venire & deberi citra moram: imo vero plus esse in actione tutelæ, quam in actione pro socio, vel, vt ait, latiorem interpretationem fie-

E ri quo ad vsuras in actione tutelæ, quam pro socio, fauore pupillorum: quia scilicet tutor vsuras debet pecuniæ pupillaris etiam interpellatus, non tantum si pecuniam pupillarem inuaserit, vel in suos vsus conuerterit, vel ea quidem non fuerit abusus, sed eam apud se habuerit otiosam. Et hæc est latior interpretatio, quæ fit in actione tutelæ, quoad vsuras, nec necesse est interpellari tutorem. Et de hoc hodie nemo ambigit, hoc est ex constitutione Seueri secundum *l. cum vero 26. §. apparet, de fideicom. libert.* quæ statuit, vt in pupillis, ad iustam ætatem vsque mora fiat reipsa à debitoribus: atque ita non tutor tantum, sed quicunque debitor his vsuris destringitur, etiamsi interpellatus non fuerit. Verum, vt loquamur tantum de actione, tutelæ, ne-

tandum generaliter tutorem si agatur tutelæ, si reposcatur ratio tutelæ, vsuras debere in diem sententiæ. Hoc enim tantum intendit actio tutelæ, vt reddantur rationes; vel, vt loquitur Papinianus, vt restituat tutelam, hoc est, vt reddat rationes: ergo ex quo tempore habuerit pecuniam pupillarem, in diem sententiæ debet vsuras: vel etiamsi tutela reddatur sine iudicio, in diem, quo reddiderit omnes rationes: quod consentit cum *l.* 7. §. *vlt. de administ. tut.* *l.* 45. §. *quæsitum, eod. tit.* qui §. etsi dicat solui vsuras in diem accepti iudicij, hoc est, litis contestatæ, tamen sunt producendæ in diem sententiæ, siue iudicati: sed notatur dies litis contestatæ, quod eo die plerumque tutores agnoscant bonam fidem, aut saltem debeant agnoscere. Nec est nouum, tempus litis contestatę produci ad tempus sententię, in *l.* 29. §. *si heres, de legat.* 3. Igitur hęc sit conclusio. Tutor quoquo modo vsus sit pecunia pupillari, vsuras debet in diem sententię, vel in diem, quo redduntur rationes. Sed quid fiet, si pupillus non curet, aut nolit sibi rationes reddi, quid si nolit agere tutelę iudicio illectus dulcedine vsurarum, qua ratione consuletur tutori parato rationes reddere? offeret pecuniam, & si quę sint reliqua, obsignet, offerri debet in folle obsignato, atque ita deponi: nec enim sufficit oblatio nuda, sed necessaria est depositio, *l.* 7. *hoc tit.* Hęc obsignatio pro solutione est, *l.* 9. *C. de solut.* Et ab eo tempore, quo signauit & deposuit liberatur omnino. Et hoc intelligit M. Tullius 6. ad Attic. Epist. 1. *Consistere vsura debuit quæ erat in edicto meo, deponere volebant*: nam depositio pecunię solutio est. Est etiam aliud, in quo fit latior interpretatio in actione tutelę, quam in actione pro socio. Sed quod dicetur de tutela, idem etiam pertinet ad actionem negotiorum gestorum. Nam generaliter tutores, curatores, procuratores, magistratus municipales, duumuiri, qui alienam pecuniam exercent & tractant, & vt vno verbo dicam, gestores negotiorum alienorum, hi omnes, si alienam pecuniam, quam administrant, in suos vsus conuerterint, quod est σύγχυσις, pręstabunt vsuras maximas, si clam & latenter hoc faciant. Nam finge, tutorem accipere pecuniam pupillarem à contutore mutuam, & conuertere in suos vsus, an eius pecunię debet vsuras centesimas? minime. Finge rursus: eam pecuniam accipere à seipso, & rationibus conscribere in eam sibi mutuatam, & hac videtur vti palam & bona fide, non debet vsuras maximas, sed solitas, *l.* 9. §. *non tantum*, *l.* 54. *de adm. tut.* Sed si clam quicunque gestor abutatur pecunia aliena, debet centesimas, *l.* 38. *de neg. gest.* *l.* 1. *C. de vsur. pup.* Ex cęteris vero causis pręstabit tutor vsuras secundum morem regionis & prouincię, aut quincunces, aut trientes, aut, si quę alię leuiores in prouincia frequentantur, *l.* 7. §. *quæ autem sunt, de administ. tut.* Verum huic sententię obstat, *l.* 10. §. *si procurator, mand.* maxime vexata à nostris: quę ait, procuratorem, qui administrat alienam pecuniam vel negotia, si eam pecuniam in suos vsus conuerterit, debere vsuras, quę in regionibus frequentantur. Imo debet centesimas. Hunc nodum vt dissoluant, dicunt quidam: aliud esse in tutore, aliud in procuratore. Hanc solutionem refellit l. 38. *de neg. gest.* quę ait, eum qui administrat alienam pecuniam, si eam ad vsus suos conuerterit, maximas vsuras debere, id est, centesimas, etiamsi leuiores frequententur in regione. Quod vero est scriptum in *d. l.* 10. §. *si procurator*, procuratorem, qui conuertit pecuniam in suos vsus, cum sit aliena, debere vsuras, quę in regione frequentantur, hoc ita dicunt procedere, si palam vsus sit pecunia domini, veluti, si eam sibi mutuatam scripserit; si rationibus suis eam acceptam tulerit domino, & sane sic non facit improbe, nec debet vsuras centesimas. Verum hoc non exprimit §. *si procurator*. nec tamen aliter responderi potest, nisi hoc dicas, manifestam traiectionem verborum in eo §. esse. Ait, procuratorem eius pecunię, quam habet ex

A negotio domini, ex mora debere vsuras, vt in bonę fidei iudiciis est receptum. Hoc etiam addendum, quę in regionibus his frequentantur. Deinde tractat de vsuris, quas consequutus est, cum pecuniam domini fœnori collocauit, & tulit vsuras, & has debet restituere, quia bonę fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat. Sequitur tertius casus, si quam pecuniam in vsus suos conuerterit. hoc semper accipitur in malam partem: Quid fiet? damnabitur in vsuras centesimas exemplo tutoris. Nam & mox subiicit aliud in hoc §. in quo similis est procurator tutori. Si procurator pecuniam domini fœnori collocauit, & exegerit vsuras, quas mox in vsus suos conuerterit, an debebit vsurarum vsuras? sic sane, & quidem centesimas, quod etiam proditum est in tutore, *l.* 7. §. *si vsuras, de admin. tut.*

B

Ad l. tutor. 35. de admin. & peric. tut.

Tutor siue curator nomina, quæ iuste putat esse idonea, à priore tutore vel curatore suscipere quidem cogitur, non tamen exactionem periculo suo facere.

IN hac l. proponitur hæc regula: non cogi tutorem nomina minus idonea suo periculo exigere, licet cogatur ea à priore quidem tutore vel curatore suscipere. Finge: tutorem vel curatorem mortuum esse, vel remotum vt suspectum, & in locum eius alium tutorem, vel curatorem datum esse. Vel finge: post pubertatem impuberis, qua finitur tutela, & succedit cura, postulante adolescente non inuito, tutori succedit curator in ad-
C ministratione. huic curatori tutor restituit tutelam redditis rationibus. Cum hoc curatore confert rationes pup. & cogitur curator siue tutor nouus à priore tutore, vel curatore, vel herede eius suscipere nomina, hoc est, cautiones, χειρογραφα, siue debita, quæ is contraxit, quandiu gessit tutelam, vel curam: etiamsi tutor vel curator habeat iustam causam æstimandi, ea nomina non esse idonea, neque approbet: tamen ea suscipere cogitur: denique nomina, quæ fecit prior tutor vel curator, siue idonea sint, siue non, sequens curator vel tutor suscipere cogitur, vt scilicet ea exigat à debitoribus, & persequatur: sed exactionem non faciet suo periculo, sed prioris tutoris vel curatoris, qui ea contraxit. Ac proinde, si debitores non sint soluendo, periculum nominum
D pertinebit ad priorem tutorem, vel curatorem, qui nomina fecit, & satisfaciet pupillo de suo. Idque est certissimum in iure, nominum periculum pertinere ad eum, qui fecit, si ea non sint idonea, vel si culpa eius facta sint deteriora, dum non satis mature interpellauit, *l.* 35. *de reb. credit.* *l. vlt.* §. *pen. de admin. rer. ad ciuit. pert.* Nouus igitur tutor cogitur suscipere nomina à priore tutore vel curatore, etiamsi ea nomina improbet, sed non cogitur ea probare. Et aliud est suscipere nomina, aliud probare nomina, *l.* 12. §. *Idem ait, mand.* Qui probat nomina, agnoscit periculum: Ideoq; si posterior tutor, vel curator probauerit nomina, quæ prior tutor, vel curator fecit, eorum nominum periculum in se transfert, & priorem tutorem, vel curatorem omnimodo liberat. Qui probat no-
E mina, agnoscit periculum: ideoque si posterior tutor probat prioris nomina, à priore in se transfert periculum. Nomina probare, est periculum eorum agnoscere, periculo suo nomina esse cauere, *l.* 44. *in princ. hoc tit.* *l.* 36. *ad municip.* *l.* 19. *de tut. & rat. distr.* & exquirere nomina diligenter debet, qui succedit in tutelam aut curationem, si probare vult nomina: quæque non probat inuitus, licet inuitus suscipiat qualia qualia.

Ad l. statuliberorum 33. de statulib.

Statuliberorum iura per heredem fieri non possunt duriora.

NOtissimum est, statuliberum esse seruum, cui verbis directis, verbis ciuilibus relicta est libertas testamento in diem vel sub conditione, vel, vt scribit Festus ex nostris auctoribus, *qui testamento certa conditione proposita iubetur esse liber.* Placet illud, *conditione proposita*: nam nostri auctores sic loqui solent: quæ enim conditio legato vel libertati adscribitur, dicitur conditio proposita legato aut libertati, *l.* 112. *de condit. & dem.* προσκειμένη αἵρεσις, l. 6. de excus. tut. Dixi, *verbis ciuilibus*, nam quibus relinquitur libertas verbis precariis, his verbis scilicet: *rogo te vt seruum illum manumittas sub conditione, vel in diem*, non sunt statuliberi, *l.* 14. *de noxal. act. l.* 37. *ad l. Falc.* Semper in iure separantur statuliberi ab iis, quibus in diem, vel sub conditione est relicta fideicommissaria libertas. Sunt quidem similes in omnibus fere iuris articulis statuliberis, sed non possunt tamen dici statuliberi: possunt dici statuliberorum locum obtinere, *l.* 51. §. *cui per fideicom. de fideicom. libert.* quia fere communia sunt horum & illorum iura. Sed verbum *statuliberi*, est ex 12. tab. quibus fuere incognita fideicommissa. Nam ante Augustum fideicommissa infirma erant, vixque quisquam inuitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat, vt constat ex *tit. Instit. de fideicommiss. hered.* & ex *tit. ad Senatusc. Trebell.* Quinimo vsque ad Iustinianum nulla fideicommissaria supererat actio ad id fideicommissum petendum, *l.* 1. *C. commun. de legat.* Quod etiam confirmat quædam Traiani epistola ad Plin. quæ est 80. lib. 10. his verbis: *Iulius Largus fidem tuam, quasi te bene nosset, elegit. Quid ergo potissimum ad perpetuitatem memoriæ eius faciat, secundum cuiusque loci conditionem ipse dispice, & quod optimum existimaueris, insequere.* Ea probauerunt & introduxerunt constitutiones principum, non leges veteres: sed tamen plerumque fideicommissarij liberti rediguntur, vt dixi, ad exemplum statuliberorum: ac præterea dixi, statuliberum esse seruum: intellige, antequam venerit dies libertatis: nam interim est seruus heredis, *l.* 9. *de statuliber.* Idem confirmat *l.* 9. §. *certe si sub condit. de pecul. l.* 11. *de legat.* 2. Itaque ratio nominis non hæc est quod sit statu liber; nam est interim statu seruus. Non licet diuidere, quæ sunt composita, & aliud sæpe significant diuisa, aliud composita: vt apud Homerum: aliud est οἰκοφελεῖσθαι: aliud οἶκον ὠφελεῖσθαι. Aliud ὁμογέρων aliud ὁμῶς γέρων. & similiter si dixeris diuisim aliquem esse statu liberum, hominem liberum dixeris. At si coniunctim & composite statuliberum dixeris, non hominem liberum, sed seruum intellexeris, cui tamen sit statuta vel destinata libertas in diem, vel sub conditione. Adnotandum tamen est, in plerisque causis, illum esse liberi loco, vt in ponenda ratione legis Falcidiæ: nam cùm æstimatio bonorum ineunda est, & conferenda cum quantitate legatorum & fideicommissorum, statuliberi non computantur numero seruorum quasi iam adepti libertatem videantur, quam sperant, nec sunt omnino in bonis, *l.* 38. *ad leg. Falcid.* Ac similiter in publicis iudiciis puniuntur vt liberi, non vt serui, hoc est, mitius, *l* 14. *de quæst. l.* 9. §. *vlt. de pœn.* ac postremo serui possunt à dominis vendi durioribus conditionibus, veluti ne vnquam manumittantur. an & statuliberi? Sic sane vendi possunt, sed non duris conditionibus. Et ita scripsit Modest. in *l.* 25. *hoc tit.* Interim tamen reuera sunt serui. Demonstrat scilicet, hac in re summam esse differentiam inter seruos & statuliberos, quæ lex pertinet ad hanc regulam. Initio docet statuliberos posse vendi ab herede, quia interim sunt heredis, & ita ait, statuliberos venundari posse ex 12. tab. hoc est, ex sen-

A tentia 12. tab. ita expressa, vt si quis liber esse iussus fuerit sub conditione, si heredi 10. dederit, & ab herede alienatus sit, emptori decem dando perueniat ad libertatem, id est, vt libertatis conditio possit impleri in persona emptoris, l. statuliberi à cæteris §. *vlt. hoc tit.* Lex satis demonstrat statuliberum posse venundari, quamuis id non dicat nominatim: *& ita putauerunt*, inquit, *leges* 12. *tab.* Sic Vlpian. in Fragm. loquitur de Ælia Sentia; Et eodem modo Tull. 4. de Rep. apud Nonium in verbo Iurgium. *Iurgare igitur lex putat inter se vicinos, non litigare.* Putat, legis sententia est. Itaque ex lege 12. tab. statuliberi vendi possunt. At subiicit d. l. 25. non posse vendi duris conditionibus: puta, ne vnquam manumittantur: quia si statuliber manumittatur, statim

B non impleta conditione libertatis, sane fiet liber, & citius perueniet ad libertatem, *l.* 34. *de statulib.* Nec tamen erit libertus manumissoris, sed Orcinus, libertus Charonianus, libertus nullius viuentis, libertus Plutonis: neque enim potest fieri eius conditio durior præfestinata manumissione, vt experiatur duriorem patronum, scilicet heredem, qui nullum habiturus est patronum si velit suo iure vti. Dura est conditio venditionis, si statuliber ea lege vendatur, ne intra certa loca seruiat, id est, ne certis quibusdam locis moretur, puta, quod heres sibi ab illo timeat, vel quod heredis oculi eum ferre non possint, *l.* 1. *de seru. exportand.* Igitur debet vendi statuliber bonis conditionibus, non vt seruus, duris, ne quid fiat contra voluntatem defuncti, ne præ-

C iudicetur speratæ libertati. Et hoc vult Papinianus, dum ait, statuliberorum iura per heredem duriora fieri non posse. & potest hæc regula aptari ad l. præcedentem: est enim semper in libris Pandectar. ordo & series quædam legum, vt iam sup. notauimus ad *l.* 38. *de pact.* Finge: Si seruus sit manumissus sub hac conditione, *si vni ex heredibus decem dederit*, cum essent duo, & vnus eum vendiderit ea lege, ne emptor vllam pec. acciperet conditionis implendæ causa: nihilominus fiet liber alteri heredi dando quinque, quamuis emptori nihil dederit: quia *statuliberorum iura per heredem fieri non possunt duriora.* & hac interpretatione maxime indiget *d. l.* 32. Et hoc idem dicimus de seruo, cui relicta est fideicommissaria libertas sub conditione, quem diximus fere in omnibus causis statuliberi iure censeri: nam & hic ab

D herede interim vendi potest, sed non duriore conditione, non vt iura patronorum experiatur duriora, non in perpetuam seruitutem, *l.* 15. *l.* 24. §. *vlt. l.* 51. §. *cui per fideic. de fideic. libert.* Sed necesse est vt ad hanc regulam aliud exemplum apponamus, quod conuenit magis scripturæ veterum librorum, in quibus est, *deteriora*, pro *duriora*, & in Basil. χείρονα, duobus locis. Si dominus seruum, cui adscripsit directam, vel fideicommissariam libertatem sub conditione, aut in diem, vinxerit pœnæ causa, vincula nocent futuræ libertati, secundum legem Æliam Sentiam. Nam serui vincti, si manumittantur, sunt deditiorum numero, nec possunt peruenire ad iustam libertatem, hoc est, ciuitatem Romanam. Et ita Suetonius in Augusto: *Augustum statuisse, ne quis*

E *tortus vinctusue ciuitatem adipisceretur.* Vincula igitur nocent libertati, hoc est, statuliberis fideicommissariis, & puræ etiam libertati. Sic quoque Paulus in *l.* 43. *de fideic. libert. Fideicommissaria libertas non debetur ei, quem dominus postea vinxit.* Quæ verba interpretanda sunt ex iure antiquo, vt scilicet is non possit fieri ciuis Romanus, sed sit tantum deditiorum numero. & ita Paulus 4. *sent. de manum.* Nocet libertati non tantum, si dominus vinciat seruum, sed etiam, si vincire iubeat ob delictum, aut si vincientis procuratoris factum comprobet. Quid ergo dicemus si heres statuliberum, vel eum cui relicta est fideicommissaria libertas sub conditione vel in diem, pendente conditione ob delictum vinxerit, an ius statuliberi fit deterius, an facto heredis mutatur libertas, iusta scilicet in dediticiam? Minime,

ſtatuliberorum iura per heredem non poſſunt fieri deteriora. & ſic omnimodo Paul. d. loco, fideicommiſſaria libertas facto heredis non mutatur, ſi ſeruum quem manumittere iuſſus eſt, vinxerit. & ita commodiſſime ad hanc regulam aptabitur etiam *l. fratres, de pœnis*, quæ ſequitur.

Ad l. fratres, 33. de pœn.

Fratres Imperatores reſcripſerunt, ſeruos in temporaria vincula damnatos, libertatem & hereditatem ſiue legatum, poſtquam tempus expleuerint, conſequi, quia temporaria coercitio, quæ deſcendit ex ſententia, pœnæ eſt abolitio. Si autem beneficium libertatis in vinculis veniat, ratio iuris & verba conſtitutionis libertati refragantur. Plane ſi teſtamento libertas data ſit, & eo tempore, quo aditur hereditas, tempus vinculorum ſolutum ſit, recte manumiſſus intelligetur, non ſecus ac ſi pignori datum ſeruum debitor manumiſiſſet, eiuſque poſt liberatum pignus adita fuiſſet hereditas.

MAle hæc lex explicatur, niſi ſumatur explicatio ex iure antiquo legis Æliæ Sentiæ. Species hæc eſt: ſeruo relicta eſt libertas ſub conditione, ſicut & hereditas, vel legatum, quæ relinqui non poſſunt ſine libertate: pendente conditione ob delictum à præſide prouinciæ in vincula temporaria damnatus, & pœna ſua functus eſt. Quæro, an poſt tempus peruenire poſſit ad libertatem, & hereditatem vel legatum: an vincula impediant libertatem, quaſi non poſſit fieri ciuis Romanus qui vinctus fuit, ſed ſit dedititiorum numero tantum? Et ait, expleto tempore & ſolutis vinculis, eum ſeruum peruenire poſſe ad libertatem, & conſequenter capere hereditatem & legatum, *l. 38. §. fratres, ad leg. Iul. de adult.* & vtitur hac ratione, quia non eſt exaggeranda ſententia, quæ pœnæ modum fecit, non eſt pœna ſententia determinata vltra finem ſententiæ porrigenda, vel *coercitio temporaria, quæ deſcendit ex ſententia, pœnæ abolitio eſt*, vt ait Papinianus. Ergo ea vincula non nocent futuræ libertati. Sed hoc ita procedit, ſi eo tempore, quo cedit dies libertatis, vel legati, vel quo defertur ei hereditas ſimul & libertas, ſeruus non amplius fuerit in vinculis, ſi eo tempore iam expleuerit tempora pœnæ ſuæ, quia dies vtiliter cedit, & ſolutum hominem inuenit, non in vinculis. Sed ſi quo tempore cedit libertas, ſeruus fuerit in vinculis, nec expleuerit pœnæ tempus, nunquam competit libertas, & conſequenter nec hereditas, nec legatum. Cedit libertas ab adita hereditate ab herede vel coherede, *l. vnica §. libertatibus, C. de cad. toll. l. Iulianus 86. de condit. & demonſtr.* Ergo ſi tempore aditæ hereditatis, quo cedit dies libertatis & legati, fuerit in vinculis ſeruus, non fit liber, quia inutiliter ceſſit, & quod ſemel ceſſit inutiliter, non conualeſcit poſtea, *l. vlt. com. præd. l. 76. §. 4. de leg. 2.* Ergo conſtitutio DD. Fratrum ita procedit, vt vincula præterita, quibus iam ſolutus eſt, non noceant libertati, cuius dies iam cedit. Ex quo intelligitur, Catonianam regulam non pertinere ad libertates, in libertatib. non inſpici tempus teſtamenti, ſed aditæ hereditatis: ſi tempus teſtamenti ſpectemus, nulla eſt libertas, ſi eo tempore fuerit in vinculis: ſi vero inſpicias tempus aditæ hereditatis, ſane libertas competit, ſi tunc non fuerit in vinculis. Regula Catonis hæc eſt: Quod non valeret, ſi ſtatim teſtator vita deceſſiſſet, non ideo valet, quod diu vixerit; hoc eſt, non conualeſcit poſtea, quod ab initio non valuit: quæ regula valet tantum in iis, quæ cedunt vel incipiunt deberi à morte teſtatoris, non ab adita hereditate. & iam pridem docuimus obſeru. lib. 4. cap. 4. & inf. Quæſt. lib. 15. legendum eſſe in *l. 3. de reg. Caton. Catoniana regula non pertinet ad libertates.* Vulgo pro *libertates*, legitur *hereditates.* Quod confirmat *l. 17. §. vlt. qui & à quib. l. 24. §.*

A *ſi ſeruum, de fideic. libert.* Et hoc loco id etiam Papin. voluit probare hoc exemplo. Debitor non poteſt manumittere ſeruum, quem creditori pignori obligauit. Finge, manumitti teſtamento, nondum ſoluto pignore. Si ſpectemus tempus teſtamenti, inutilis eſt manumiſſio. Sed finge, tempore aditæ hereditatis liberatum fuiſſe pignus, libertas quæ ab initio non valuit, conualeſcit poſtea. Satis eſt non fuiſſe pigneratum ſeruum tempore aditæ hereditatis: vt ſatis eſt, non fuiſſe in vinculis eodem tempore vt plenam libertatem adipiſcatur: alioquin erit dedititiorum numero, qui erant incapaces. Notandum igitur, Pœnam eſſe magnam, ſi damnetur in vincula perpetua, vel temporaria, quia non poteſt fieri ciuis Rom. Longe alia eſt ratio ſerui damnati in
B opus publicum in perpetuum, vel in tempus: hoc ſeruo non eſt pœnæ, & imperite iudex damnat ſeruum in opus publicum. Nam primum non mutat dominum, & ſi manumittatur, fit ciuis romanus, non dedititiorum numero. Igitur hoc loco nihil eſt pœnæ opera priuata quam dat domino, eſt illi pœnæ magis, & libentius in opus publicum ſeruit quam in opus domini: & hoc oſtenditur in l. ſeq. imperite damnari ſeruos in opus publicum ſiue in perpetuum, ſiue ad tempus.

Ad l. 6. de vacat. & excuſ. muner.

Hi qui muneris publici vacationem habent, ad ea, quæ extra ordinem imperantur, compelli non ſolent.

C IN hac l. quæritur, quid conceſſum aut remiſſum videatur, ei cui princeps dedit vacationem munerum, hoc eſt, immunitatem? an hoc beneficium principis latiſſime interpretabimur, vt ſolent beneficia principum, vt ſi conceſſerit princeps alimenta puero vel puellæ vſque ad pubertatem: pubertatem accipiemus pro plena pubertate, quæ finitur annis 18. non ea, quæ finitur 12. aut 14. anno, l. 14. *de alim. lega.* nec poſſis aptius exemplum apponere ad id quod dicitur, *beneficia principum latiſſime eſſe interpretanda:* ſed beneficium immunitatis non ita late interpretabimur, quia vetat publica vtilitas: hoc quidem beneficio principis ſunt remiſſa onera, quæ à magiſtratu extra ordinem indicuntur, velut munitio viarum, vel aggerum, vel riparum, flumine ſe effun-
D dente: quo exemplo vtitur *l. 12. de mu. & hon.* intelliguntur enim ei remiſſa munera corporalia, quæ extra ordinem à magiſtratu imponuntur ad tempus ex improuiſo, vt loquitur Papin. in *l. 8. §. qui muneris, hoc tit.* Græci, pro *ex improuiſo* dicunt ἐξ ἀπροόπτου, vnde forte Latini ſuum ex abrupto fecere. Ei igitur qui vacationem publici muneris habet, remiſſa videntur improuiſa & extraordinaria munera, ſeu inſueta onera, non etiam ea, quæ legibus, moribus, Senatuſconſultis, Conſtitutionibus iniunguntur: Veluti annuæ tributorum indictiones, annonariæ functiones, quæ conferuntur in fiſcum à priuatis quotannis, idque certis ſtatiſque anni penſionibus. Non etiam videntur remiſſi canones ſiue canonicæ illationes ſolemnes: hæc ſunt ordinaria munera, quæ indicuntur in perpetuum. & eleganter *l. 4.*
E *C. de ann. & trib. lib. 10. ea nec eſſe extraordinaria, nec vocari, quæ ſolemniter à prouincialibus conferenda ſunt.* & ita in *l. 1. C. de vacat. lib. 10.* eſt conſtitutum, ne immunitas intelligatur de ordinariis & ſolemnibus muneribus: quinimo ea reſcripta, quæ continent nominatim remiſſionem ſolemnium munerum, inutilia ſunt, *l. 7. eod.* quia pugnant cum vtilitate publica, *l. 1. C. de immunitate nemini conced. lib. 10.* Publica vtilitas vetat, ne ea reſcripta late interpretemur, quæ concedunt vacationem munerum. Alia igitur ſunt munera ordinaria, alia extraordinaria. Vacatio munerum à principe conceſſa, munera extraordinaria continet, non ordinaria, non ſolemnia, non canonica.

Ad l. 115. de verb. obligat.

Ita stipulatus: te sisti in certo loco, si non stiteris, quinquaginta aureos dare spondes? si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit cum id ageretur, vt certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio: nec secus ac si quod pondere, numero, mensura continetur, sine adiectione ponderis, numeri, mensuræ stipulatus essem: vel insulam ædificari non demonstrato loco, vel fundum dari, non adiecto nomine. Quod si ab initio id agebatur, vt quocunque die sisteres, &, si non stitisses, pecuniam dares, quasi qualibet stipulatio sub conditione concepta vires habebit. Nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non posse. §. 1. Sed & si stipulatus ita fuero: Si Capitolium non adscenderis, vel Alexandriam non ieris, centum dari spondes? non statim committetur stipulatio, quamuis Capitolium ascendere, vel Alexandriam peruenire potueris: sed cum certum esse cœperit, te Capitolium ascendere, vel Alexandriam ire non posse. §. 2. Item, si quis ita stipuletur: Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes? Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat, ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum, & tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatæ. Mutius etenim heredem, si dari potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque vtilitatis causa receptum est, ob defuncti voluntatem & ipsius rei naturam. Itaque potest Sabini sententia recipi si stipulatio non à conditione cœpit, veluti, si Pamphilum non dederis tantum dari spondes? sed ita concepta sit stipulatio, Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes? quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, vt si homo datus non fuerit, & homo, & pecunia debeatur. Sed & si ita cautum sit, vt sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit: quoniam fuisse voluntas probatur, vt homo soluatur, aut pecunia petatur.

DVas huius l. partes facio summas. Priore parte proponuntur quatuor exempla inutilium seu imperfectarum stipulationum; posteriore tractatur difficilis quæstio: quando committatur stipulatio pœnalis, si quis stipulatus fuerit dari aut fieri aliquid, & nisi daretur aut fieret, certam summam pœnæ nomine. De priore parte prius dicamus. De te stipulatus sum, te sisti certo loco: & si non stitisses, dari certam pecuniam pœnæ nomine: Id agebatur inter nos, vt certo die te sisteres illo loco alicuius negotij causa: & tamen per errorem dies sistendi omissus est. Dixi locum, non diem, cum tamen id ageretur vt certo die te sisteres, post stipulationem dicis te sensisse de vno die, ego de altero. Quid fiet? an agi ex ea stipulatione potest, in qua dies omissus est? minime. Hic error vitiat stipulationem: nihil agis, nisi & adieceris diem, maxime cum id agebatur inter vos, vt certo die se sisteret promissor. & ratio hæc est, quia non potest dies, qui omissus est, haberi pro expresso, si non appareat, quid actum sit, quid voluerint, quid senserint contrahentes. quod non actum est, id non potest haberi pro cauto: & ita accipienda *l. 99. hoc tit.* Legendum vt Florentiæ, *quidquid adstringendæ*, hoc est, quidquid constituit obligationem, aut obligat promissorem, in Bas. τὸ συμβαλλόμενον τῇ συστάσει τῆς ἐνοχῆς. id si palam non sit expressum, omissum intelligitur. Porro quod omissum intelligitur, non suppletur, *l. 64. §. pen. sol. mat.* Sed hoc ita procedit, si etiam non appareat actum esse tacite id quod palam verbis non est: nam si constat de voluntate contrahentium, verba non valde desiderantur. Quum apparet quid actum sit, id quod actum est, pro cauto habetur. Et hæc est vera definitio *l. 3. de reb. cred.* & id confirma-

A tur *l. 94. hoc tit. l. 219. de verb. sign.* Contra id quod actum est, pro cauto non habetur, si non appareat quid actum sit, si in eo dissentiant contrahentes, & vnus vna de re, alius de alia se sensisse dicat: vt in hac specie, si aliter spectari non potest, de quo die senserint, inutilis est stipulatio, non quia defuit voluntas contrahentium: id enim agitur, vt certa die se sisteret promissor, sed quia deficit probatio, non ius *l. 30. de test. tut.* Inopia probationis sæpe facit vt sit contractus inutilis: vt datio tutoris est inutilis, si Titium tutorem defunctus dederit, & duo sint Titij amici testatoris, & non apparet, de quo senserit: non ius deficit, sed probatio, *d. l. duo.* Concludamus ergo, inutilem esse stipulationem si dies omissus sit, quando id agebatur vt certo die se sisteret.

B Huic sententiæ obiicitur primum stipulatio damni infecti, quæ ita concipi solet inter vicinos: si quod damnum intra diem illum vitio tuarum ædium mihi contigerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari. Certum est stipulationi damni infecti præscribi diem certum: sed quid si omittatur & stipuler: si quid mihi damni contigerit ruina, aut labe ædium tuarum, eam mihi pecuniam dari, an est inutilis stipulatio? Minime, *l. 15. in princip. de damno inf.* Et ratio est, quia in eum diem cautum intelligitur, in quem cæteri solent sibi cauere & prospicere damni infecti nomine. Itaque, etiam si sit dies omissus; tamen appositus is intelligitur, qui solet vulgo apponi huic stipulationi: ac propterea omissio diei non vitiat stipulationem illam, tamen vitiat eam, de qua

C agitur in hac lege. Obiicitur etiam stipulatio iudicio sisti, cui etiam solet apponi dies certus: hincque illa formula: *in quem diem locumve vadimonium sistere promittive iubes.* Nam vadimonium promittere, vt loquuntur veteres, nostris auctoribus est cauere iudicio sisti: & deferere promissionem iudicio sistendi causa, *l. 4. §. quæsitum, l. 5. §. 1. si quis caut. l. vlt. qui satisd. cog.* est, quod alij dicunt, *deserere vadimonium.* Sed quid si stipulationi iudicio sisti, non apponatur dies, an valet stipulatio? sic videtur, quia dies est in potestate stipulatoris, hoc est, in eum diem cautum intelligitur, quo stipulator agere voluerit, *l. 8. qui satisd. cog.* Hancigitur stipulationem iudicio sisti, sicut nec stipulationem damni infecti, omissio diei non vitiat, cum tamen illam vitiet, de qua hic agitur. Sed non est difficile responde-

D re. Si quis stipulationem damni infecti, vel iudicio sisti obiiciat, quæ non vitiantur die omisso; obiiciam contra, has stipulationes esse solemnes seu prætorias, nullæ sunt frequentiores, imo sunt propositæ edicto prætoris, & ideo etiam diem solemnem habent, vt stipulatio damni infecti, puta si quid damni contigerit intra annos decem, vt in casu *l. 15. §. 1. de damno inf.* Posset alius dies inseri ex conuentione contrahentium, sed & plerumque inseritur, si quid damni contigerit intra certos dies: stipulatio autem iudicio sisti solemnem diem habet eum in quo actor vel stipulator agere voluerit, qui dies est solemnis, & is pro adiecto habetur semper: consuetudo semper ostendit diem, vt sæpe etiam ostendit pœnam, *l. 4. de cust. & exhib. reor.* Si quis satisdederit pro alicuius cri-

E minis reo, & promiserit, se eum exhibiturum, nisi exhibeat eum, plectitur pœna pecuniaria, quam præses arbitratus fuerit, scilicet, si cautione vel decreto iudicis non sit comprehensa certa quantitas, in quam se obligarit, qui promisit se reum exhibiturum: vel etiam, si in ea regione consuetudo non sit, quæ certam formam habeat. Nam si ex consuetudine regionis soleant cauere certum, tot cauisse is qui promisit, intelligetur: consuetudo ostendit quantitatem & pœnam: & ita etiam ostendit diem: & quæ sunt igitur moris & consuetudinis, omissa non intelliguntur. Quæ res admittit nonnunquam tacitas stipulationes, sed opus est lege, quæ admittat tacitam stipulationem. Exempli gratia, hodie dos debetur ex stipulatione, etiam si non interuenerit stipulatio, hoc solo nomine, quod soleret plurimum interponi: & ponitur

aliud exemplum in *l. 19. de adopt.* Leges ideo introducunt vel admittunt tacitas stipulationes quod solerent plurimum interponi: nostris interpretationibus non possumus inducere tacitam stipulationem: Stipulatio non fit, nisi verbis inter præsentes: stipulatio autem, de qua agitur hoc loco, Romæ sisti, non est solemnis, & prætoria, sed conuentionalis, & fortuita, quæ certi negotij illi loco explicandi causa inter duos interponitur: hæc non potest habere diem solemnem, cum non sit solemnis, nec soleat interponi passim: & ideo inutilis est stipulatio, si dies per errorem omissus sit, cum nulla sit lex, quæ suppleat diem. Sequitur aliud exemplum in hac lege inutilis stipulationis: Si stipuler ea, quæ numero, pondere, mensuraue constant, non adiecta certa quantitate: inutilis est stipulatio, *l. triticum* 94. *hoc tit.* quia hę res valent quantitate, non corpore: ex quantitate æstimantur, non ex corpore. Igitur prætermissa quantitate nihil agitur, si ea deducantur in stipulationem: aut enim debes quantitatem stipulari, aut nihil videris stipulatus: adiecta quantitate vtcunque valet stipulatio, etiamsi non sit adiecta qualitas, veluti si stipuler vini amphoras tot, nec adiiciam cuius vini, optimi an medij generis, an istius vel illius regionis: vtcunque valet stipulatio, quia vel pessimum, mihi dare promissor cogitur, *l. fideiussorem* 52. *ff. mand.* pessimo se liberare potest: quod tamen sic intellexi semper vt non possit se liberare deterrimum dando, sed dando quod est pessimo propinquius. Nam & si quis promiserit certum numerum nummorum, (quod pertinet etiam ad legata,) nec adiecerit qualitatem: exiguiores dando liberatur, *l. 75. de leg.* 3. non liberabitur, plumbeos, id est vilissimos quadrantes dando, sed puto præstari debere sesterios, quia non debet munificentiam testatoris eludere heres, qui id minime sensit. Verum nummis indistincte legatis, puto præstari debere sestertios, quia cum nummi dicuntur, in iure plerumque intelligimus sestertios, vt nummo vno vendere, est sestertio vno: atque ita Varro in drachmis, denariis, victoriatis nummis, id est, sestertiis. Tertium exemplum inutilis stipulationis est, si stipuler, insulam ædificari non adiecto loco, quo ædificetur, inutilis est stipulatio. Nam & stipulor superficiem sine qua non potest stare ædificium, *l. 2. §. si quis, de eo, quod cer. lo. l. 95. hoc tit.* citat & Accurs. *l. 43. de iud.* quæ nihil pertinet ad hanc rem. Vltimum exemplum est, si stipuler fundum, non adiecto nomine, aut eo, quod nominis vice fungitur, stipulatio inutilis est, si promissor nullos fundos habuerit. Si promiserit domum, & domum nullam habuerit, derisoria est potius quam vtilis stipulatio, *l. 71. de leg. 1. l. 6. de aur. & arg. leg. l. 60. §. gener, de iur. dot.* nam si vrgeat stipulator, liberabitur vel minimum dando, quando fundus est glebula quælibet: nam fundus est quidquid funda emitti potest: Si vero fundos habuerit promissor, vtilis est stipulatio, & compellitur exiguiorem dare. Et ita in l. 75. *de verb. obligat.* inter vtiles stipulationes ponitur stipulatio fundi sine nomine, quæ dicitur esse incerta stipulatio, quia demonstratus non est fundus, sed non est inutilis stipulatio. nullum est exemplum in d. l. 75. inutilis stipulationis. Igitur ponendum est in ea eum, qui fundos habebat, promisisse fundos sine nomine. Omnes igitur hæ stipulationes inutiles sunt. Subiicit Papin. idem esse, si quis stipuletur de te pecuniam certam sub hac conditione, *si Capitolium non ascenderis*, vel, *si Alexandriam non ieris*: hoc casu non statim committitur stipulatio, id est, non statim ex ea stipulatione agi potest, atque Capitolium ascendere potuisti, nec ascendisti: sed tum demum, cum declaratum fuerit te conditionem implere non posse, quod sola mors tua declarare liquido potest. Denique hæ conditiones, quæ consistunt in non faciendo, veluti, *si non steteris, si non ascenderis Capitolium, si non ieris Alexandriam,* finiuntur morte promissoris, nec ante committitur stipulatio, quam is vita

A functus sit: quandiu enim conditionem implere potest promissor, cessat pecuniæ in stipulationem deductæ petitio. Obiicies, nec immerito, quod est in *l. 17. §. 1. de manum. test.* de libertate data hoc modo: *Stichus liber esto, si Capitolium non ascenderit.* (Nostri auctores frequentissime vtuntur istis conditionibus, *si Capitolium ascenderis, non ascenderis*: nec tamen in eorum scriptis vbique est integrum *Capitolij* verbum. Vno loco, cum esset scriptum per compendium nomen *Capitolij*, hoc modo, CAP. ex eo compendio fecere *causam publicam*: & manet adhuc hodie error à Budæo non animaduersus in *l. 2. ff. de in ius voc. qui equo publico in causa publica* pro *in Capitolium*: quod quisque intelligeret, si ad Budæum heic adiiceret quod scripsit Plin. de Fab. Rutilliano, eum statuisse vt Idib. Quintilibus equites Romani ab Æde Honoris

B in Capitolium transirent equo publico insidentes. Vlpian. in Fragment. *tit. de iur. donat. int. vir. & vx. Si quis equo publico honoratus fuerit*, hoc est, si sit factus eques Romanus. Et eam transuectionem equitum Halicarnasseus vocat pompam habentium equum publicum. Dum fit ea transuectio siue pompa, non potest eques Romanus extrahi inde, & in ius duci ex constitutione Augusti. Verum quod attinet ad *d. l. 17. §. 1. de man. testam.* Si ita sit data libertas, *si Stichus Capitolium non ascenderit*, an hanc conditionem interpretabimur, vt in stipulatione proposita hoc loco, si certum erit Stichum Capitolium ascendere non posse? Minime. sed ita accipiemus, si cum primum Stichus potuerit ascendere Capitolium, non ascenderit, si data ascendendi occasione

C non vsus fuerit. Longe igitur aliter hæc verba accipiemus quam in stipulatione, de qua hic agitur. Cur tam varie? Dicam eam interpretationem fieri fauore libertatis, vt valeat potius libertas, quam pereat: esset enim inutilis, si ea verba interpretaremur de mortis Stichi tempore: vt solemus ea interpretari in stipulationibus, in quibus mors attenditur: libertas enim conferretur in tempus mortis serui, quo modo dari non potest, *d. l. 17. in princ* vt si dicas: *Stichus cum morietur liber esto.* Ridiculum id est: & quæ in testamentis scribuntur ridicula, pro nullis habentur. In stipulationibus aliud erit. hæ possunt conferri in tempus mortis. Aliud & in legatis, quæ & in tempus mortis legatarij conferuntur recte, *l. 79. §. 1. de cond. & dem.* & vtique legatum videtur collatum in tempus mortis legatarij, si datum sit sub hac

D conditione, *si non ascenderis Capitolium*: nec enim ita interpretabimur hanc conditionem, si certum esse cœperit eum non ascendisse, & præstabitur legatum viuo legatario, seu repræsentabitur, si modo caueat se redditurum legatum, si defecerit conditio legati, hoc est, si ascenderit Capitolium, l. 7. *eo. tit.* quæ appellatur cautio Mutiana, quod proposita à L. Mutio & introducta quidem in legatis, vt præstita cautione repræsentetur legatum, sed non introducta est in stipulationibus. Sequitur in hac l. eandem interpretationem esse faciendam, si quis ita stipuletur, *si Phamphilum non dederis, centum dari spondes?* Nam Pegasus existimat, non aliter committi stipulationem, quam si Pamphilus desinat dari posse, vt si mortuus esset Pamphilus, esset pœnæ petitio: quandiu

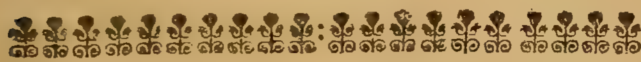
E enim Pamphilus dari potest, cessat pœnæ petitio. Verum in hac specie dissentit ab eo Sabinus diuersæ scholæ auctor, qui existimat eam stipulationem committi statim atque promissor Pamphilum dare potuit, nec dedit: nec expectandã Pamphili mortem, si modo & promissor interpellatus fuerit: necessaria est mora, necessaria interpellatio ex *l. 24. quan. dies, leg. ced.* Ergo hęc stipulatio, *si Phamphilum non dederis, centum dare spondes?* committitur statim atque Pamphilum dare potuerit, nec dedit, cum interpellaretur. Nam si promissor moram non faciat in dando Pamphilo, nondum ab eo decem peti possunt. Et circumscribendum est quidquid hac de re dubitans scribit Accurs. ad hanc l. 24. in verbo *interpellatus*. Est igitur hac in re summa dissensio inter Pegasum & Sabinum,

scilicet cum stipulationis dies præfinitus non est. Nam si A ita sim stipulatus: *Si Calendis Iuliis Pamphilum non dederis, decem dari spondes?* Est sane hoc casu inter vtrumque summa consensio: vterque enim putat stipulationem committi ex die Kalend. *l.* 8. *hoc tit.* sed die non præfinito dissentiunt inter se. Pegasus spectat verba stipulationis, *si Pamphilum non dederis*, quæ proculdubio significant, si Pamphilum quandoque non dederis. At Sabinus spectat mentem contrahentium, quæ hæc videtur esse, vt pecunia præstetur, si promissor moram fecerit in præstando Pamphilo, si interpellatus non præstet Pamphilum: videntur stipulantes alterutrum voluisse mox præstari, vel Pamphilum, vel pecuniam. Et Sabinus hoc comprobat exemplo penus legatæ, deducto ex scriptis Mutij. Finge: Quidam ita legauit: *Heres meus illi penum meam dato, si penum non dederis, centum dato.* Q. B Mutius ait confestim centum peti posse: & hoc quoque admitteret Pegasus in hac specie: nam hoc ait Q. Mutius esse receptum vtilitatis gratia ex voluntate defuncti (licet hanc interpretationem non ferant verba legati) & adiicit ex natura rei legatæ; adiuuatur coniectura voluntatis ex natura penoris legati, quod diutius seruari non potest. Est enim penus proprie omne id, quod esui potuique est, & cellarium vocatur. Iulius Firmicus *omne*, inquit, *quo vescuntur homines penus dicitur.*. Idem & M. Tull. 1. de Nat. D. hinc penaria cella. Ergo IC. omnes facile admittent, si non præstetur penus, centum præstari ob voluntatem defuncti, & naturam rei legatæ. Et ait Papinian. *confestim*, aut statim penum esse præstandam interpellato herede, vt præstet, aut eam pecuniam *peti posse*: quæ verba maxime indigent interpretatio- C ne, nec sic accipienda sunt, *etiamsi moram non fecerit heres, aut interpellatus non fuerit, vt penum præstaret:* hæc vitiosa interpretatio est. Nam non aliter peti possunt 100. quã si moram fecerit in præstando pœnore *d. l.* 24. sed sic accipienda, *etiamsi penus adhuc præstari posit, si exstet, si corrupta non sit:* & ita etiam articulũ *statim* accipere oportet, *l.* 19. *quan. dies leg. ced.* Et Paulus in *d. l.* 24. *eo tit.* addit idem esse, si testator fundum legauerit, & si fundum heres non præstiterit, pecuniam certam dari: nam ea pecunia statim peti potest, si heres moram fecerit in præstando fundo. Ergo idem dicemus si hominem legauerit, & si non præstaretur homo ab herede, 100. daret: nam 100. statim peti possunt, si moram fecerit in præstando homine legato. Nec separabimus res cæteras à pœnore D legato. Natura pœnoris legati id facile admittit. Sed tamen idem admittemus in cæteris rebus, vt si ita dixerim: si Pamphilo eum fundum non dederis, 100. dato. Verum pugnare videntur hæ duæ leges *d. l.* 19. *& d. l.* 24. Si testator ita dicat, si penum intra Kalendas non dederis, 100. dato. l. 24. ait, duo esse legata, l. 19. ait, vnum esse legatum, quod magni interest scire. Sed controuersia facile sic dirimi potest: ante moram heredis, antequam interpellaretur, duo sunt legata, vnum purum, alterum conditionale pecuniæ certæ. Post moram heredis vnum est legatum, hoc est, pecuniæ, non penoris; pecunia sola est in obligatione: penus vero est in conditione, imo & in solutione, vel præstatione, quia heres soluendo pe- E num liberatur obligatione dandę pecunię. & in iure certissimum est, moram emendari siue purgari obligatione seu pręstatione eius, in quo pręstando moram traxit vsque ad litem contestatam *l.* 84. *hoc tit.* nam post litem contestatam, vt in hoc casu post petitam pecuniam, sera est emendatio morę, & nihilominus lis de pecunia peragitur. Post moram heredis, legatum penoris transfunditur in legatum pecunię, quę translatio ademptio dicitur, *d. l.* 24. ademptio est prioris legati: atque ita modo translatum, modo ademptum dicitur in *d. l.* 24. Ergo concludamus: Ante moram heredis duo esse legata; post moram vero vnum esse. Ante moram vnum capi iure legati, si vltro eam soluat heres, quia duo intelliguntur esse legata: post moram heredis, penum non capi iure legati, sed mortis causa: quod maxime interest scire, quia lex Falcidia locum non habet in mortis causa capionibus: fuit enim tantum de legatis minuendis, quæ absumerent hereditatem supra dodrantem: sed porrecta etiam est lex Falcidia ad fideicommissa testamento relicta ex Senatusconsulto Pegasiano, vel codicillis testamento confirmatis. Quinimo ex constitutione D. Pij porrecta est etiam ad fideicommissa relicta ab intestato. & postremo ex constitutione D. Seueri, ad donationes causa mortis: nondum vero est porrecta ad mortis causa capiones, neque porrigi sine constitutione potest. Mortis causa capio est adquisitio, quæ obuenit ex morte alterius, siue per causam mortis: quę proprio nomine caret: nam non est hereditas, non legatum, non fideicommissum, non donatio causa mortis. Exempli causa, si quid detur conditionis implendę causa, puta, *Liber esto si Titio decem dederis*, Titius non capiet ea decem iure legati, vel fideicommissi, sed mortis causa. In mortis causa capionibus non est legi Falcidiæ locus, *l.* 93. *ad l. Falc. l.* 1. §. *item si, eod.* Ergo multum interest scire, vtrum quid capiatur iure legati, an fideicommissi, an mortis causa capionis: si ante moram heres pręstat penum, deducet Falcidiam: si post moram, pręstabit integram non deducta Falcidia. Et hoc obtinet, si penus non sit legata, sed dixerit simpliciter testator: *Heres meus, si illi penum non dederis*, 10. *dato.* pecunia sola est in obligatione, penus in solutione: Non igitur intelligitur legata penus, & si pręstetur, integra pręstabitur, *l.* 1. *de pen. leg. d.* §. *item si.* Ostendemus id frustra non dici. Finge, testatorem ita dixisse: *Heres penum dato, & nisi dederis, centum dato.* Finge mori legatarium, an transmittet legatum in heredem? constat legatarium pura transmittere in heredem, non conditionalia. Ergo si ante moram legatarius decesserit, heres eius habet penoris petitionem, quia legatum purum tantum in eum transmissum est, legatum pecuniæ, quod erat conditionale, in eum transmitti non potuit. Quod si post moram legatarius decesserit, non erit heredi eius petitio penoris, quia translata est in legatum pecuniæ, atque ita adempta est penus legatario, sed erit tamen petitio pecuniæ heredi, quia extitit conditio legati, antequam moreretur legatarius, quod demonstrat *d. l. si penum* 24. secundum quæ hæc verba: *si penum non dederit*, sic interpretamur, *si moram fecerit, si interpellatus non dederit:* nam post moram vnum est legatum conditionale: ante moram duo sunt legata. Verum quid tandem statuemus de illa dissensione quæ est inter Pegas. & Sabinum? componit eam Papinianus adhibita distinctione, & ostendit, suo casu veram esse sententiam Pegasi, & item suo veram Sabini, neutram explodendam: sed vtramque suo casui aptandam. Stipulationem ita conceptam: *si Pamphilum non dederis*, 100. *dare spondes?* Pegasus dicebat non committi quandiu viueret Pamphilus: Sabinus committi statim post moram promissoris, hoc est, si interpellatus congruo loco & tempore Pamphilum non dederit, quod confirmabat exemplo penoris: si heres penum dare iussus sit, & si non dederit, centum dare damnatus sit, constat inter omnes statim atque heres moram fecerit in danda penũ 100. deberi, & peti posse iure legati licet penus extet. Cur ergo non idem in stipulationibus admittemus?, non esse hac in re cur separemus stipulationes à legatis. Est enim frequentissima comparatio legatorum & stipulationum: nõ est etiam cur separemus penum à cæteris rebus, quamuis in ea propria quædam natura sit. Magna est igitur Pegasi & Sabini dissensio: eam composuit Papinianus suo cuique casui applicando: & huic dissidio quasi se medium interposuit, vel vt vtar nostris verbis, erciscundum, id est, medium: quo verbo Seruius significat eos, qui se medios dirimendis litibus interponunt. Igitur vera est Sabini suo casu: vera itidem Pegasi suo casu. Dicamus primum de sententia Sabini, quæ vera est, si ponas vt posuit penum legatam pure, pecuniam sub conditione; si

penus non daretur. Etiam hoc in casu ita ponas Pamphilum in stipulationem deductum hoc modo: *Pamphilum dabis, si non dederis tot dabis?* Re ita gesta, si moram feceris in dando Pamphilo, pecuniæ petitio erit aduersum te, nec expectabitur mors Pamphili: optima ratione, quia apparet contrahentes Pamphilum voluisse dari quum eum pure deduxerunt in stipulationem: Itaque si interpellatus promissor Pamphilum nō dederit, statim committitur stipulatio pecuniæ: nec expectatur cū Pamphilus dari non possit. Nec tamē idem dicemus in stipulatione, de qua actum est initio huius legis, *te sisti certo loco, & si non sisteres tot dari*, quia ea stipulatione id agitur, vt quandocunque & quocunque die volueris, te sistas eo loco, alioqui inutilis esset stipulatio: hic non id agitur, vt quandocumque velis Pamphilum des, quod etiamsi non agatur, stipulatio valet. Ergo sic statuamus in specie proposita: stipulatio pœnalis committitur statim atque moram fecerit in dando Pamphilo, cum Pamphilus initio pure deductus fuit in stipulationem, ac deinde pecunia sub conditione, si Pamphilus non daretur. Et hoc elegantissime summus iuris auctor ait esse verum indistincte, id est, siue id actum sit vt Pamphilo non dato, Pamphilus & pecunia peteretur: quæ conuentio valet, *l. 16. sup. de transf.* & solet exprimi hac formula, *rato manente pacto, hoc sensu: Pamphilum dabis, & si non dederis, & Pamphilum, & pecuniam dabis.* Et idem ait verum esse sine dubio, quia euidens est, quod voluerint contrahentes Pamphilum dari, quem iterato in conuentionem deduxerit, quod iterum deduxerint in stipulationem: sed adiecit, idem dicendum, si actum sit vt Pamphilo non dato, sola pecunia petatur: nā quod semel sit Pamphilus deductus in stipulationem, hoc demonstrandæ voluntati contrahentium satis abundeq; est. Ergo siue hoc, siue illud actum sit, stipulatio pecunię committitur statim vbi mora facta est in dando Pamphilo. Et hæc ait de Sabini sententia. Ex quibus satis intelligitur, quando sit locus sententiæ Pegasi, quæ potest recipi, si stipulatio cœperit à conditione hoc modo: *Si Pamphilum non dederis, tot dare spondes?* id est, si Pamphilus non fuerit in stipulatione, sed in conditione tantum, quia hoc casu contrahentes non omnino enixe aut districte voluerunt Pamphilum dari, quem non deduxerunt in stipulationē, sed hoc potius senserunt, vt promissor se posset liberare obligatione pecuniæ dando Pamphiluum cum vellet: atque ideo quandiu promissor dare potest Pamphilum, pecunia peti ab eo non potest, quia est ei integrum implere conditionem, & Pamphilum dare: atque ita non alligari dationi pecuniæ. Et idem omnino dicendum in legatis, si testator ita dixerit, *si penum, fundum, vel Pamphilum non dederis:* (nihil refert quid ponatur in conditione:) *centum dato:* nec enim poterunt peti statim centum, quamdiu res, quæ in conditione est, dari potest. Et rectissime idem Pegasus etiam ante Papinianum docuit locum habere in iis stipulationibus, quæ incipiunt à conditione, *si Capitolium non ascenderis, si Alexandriam non ieris, tot dari spondes?* & quia incipiunt à conditione ascendendi, aut eundi, non à stipulatione, hæ stipulationes non committuntur statim, nec antequam declaratum fuerit, conditionem expleri non posse. Ergo concludamus: Id quod est in conditione tantum, est etiam in solutione, in petitione vel obligatione non est. Huic definitioni opponitur *l. 9. l. qui Romæ §. Flauius, hoc tit. l. nuda, C. de contr. stip.* ex quibus efficitur, id, quod est in conditione etiam esse in petitione. Species l. 9. hæc est. Primus & secundus separatim de te stipulati sunt hoc modo: si illi fundum non dederis, mihi dabis. Vel sic: Duo de te fundum separatim stipulati sunt. Primus sic: si secundo fundum non dederis, mihi dabis, & retro secundus: si primo fundum non dederis, mihi dabis. quid fiet? quis potior erit in obtinendo fundo? Is, inquit, qui agere occupauerit, actio alterius, erit finis dandi alteri, & qui prior petierit fundum, is excluserit alterum & fecerit, vt videatur impleta conditio, id est, non datus fundus alteri, cum agere occupauit. Fundus fuit in conditione, & est etiam in petitione: sed & nominatim fuit fundus in obligatione. Et male Accurs. non aliter ab eo se explicat, quam dicendo, conditionem eam vel stipulationem esse inexplicabilem: & ideo non subiicitur regulis iuris. Falsum vero hoc est, eam esse inexplicabilem. inexplicabilis conditio est, quæ existere non potest, vel quam extitisse constituere non potes, quin inueniatur non extitisse: & è contrario, vt in *l. 16. de condit. instit.* testator ita dixit: si Primus heres erit, Secundus heres esto, si Secundus heres erit, Primus heres esto, Primus non potest heres existere, quin Secundus existat: & contra: non potest Secundus heres existere, quin existat Primus. Res est inexplicabilis: atque ideo inutilis institutio. non enim possis constituere, quis sit heres, consultusque nihil potes respondere, nisi quod Celsus, quodam loco vno verbo respondit, ἀπορῶ, *subsisto.* ἀπορία vitiat institutionem, vitiat omnia negotia. Sed tamen in *d. l. 9.* nulla est ἀπορία, talis: nam occupat alter, & agendo existit conditio, &, vt ait Pompon. in *d. l. 9.* finis dandi alteri est, quoad agat alter, id est, intelligitur non posse alterum agere, cum agit alter. Sed tamen valde placet quod ibi adnotauit Accursius, quia repeti videtur ab eo, quod scribit M. Tullius in Lucullo: quanquam id didicerit potius ex Boetio: & verum est quod ait; *Inexplicabilia non subiici regulis iuris*: vtitur exemplo Dialecticorum, quorum axioma est: *omne aut verum esse, aut falsum*, notum non tantum M. Tullio, sed & nostris auctoribus; nec etiam id condemnat disciplina Stoicorum: excipiunt inexplicabilia; nam nec vera, nec falsa esse possunt, *l. qui quadringenta, ad l. Falc.* & vtitur exemplo accommodatissimo Marc. Tull. de loco: *Si te dicis mentiri, & non mentiris, mentiris igitur.* cui simile est, quod Accurs. subiicit, *Si sancte iuras te peierare, & non iuras, sancte peieras*, inquit. Contra: *si sancte iuras te peierare, & iuras sancte, non peieras igitur.* Hæc sunt quæ dicuntur inexplicabilia, ἄποϱα. Sed in *d. l.* nulla est inexplicabilitas. Altera lex est l. qui Romæ §. Flauius *hoc tit.* species hæc est. Donaui seruum vt manumitteres, & si non manumitteres, stipulatus sum pœnam: an possum agere, vt seruum manumittas omissa pœnæ petitione? sic sane, & quod est in conditione, est etiam in petitione, quod, inquam, fuit in conditione & stipulatione, est etiam in petitione, & agam de manumittendo seruo. Sed respondendum: id quod est in hac specie, non est in stipulatione, sed est in conuentione, quia donaui ea lege vt manumitteres, ex qua est actio præscriptis verbis. Difficilior est *l. nuda, de contrah. stip.* Certum est, ex pacto nudo non nasci actionem, vel si non animo stipulandi ita conuenerit inter nos, Dabis? dabo, non conceptis verbis. nam stipulatio fit solemniter, & à I C. definitur conceptio verborum, qua oratione significatur solemnitas stipulationis. Sed si quibuscunque verbis conuenerit, ex eo pacto nudo non nascitur actio, sed exceptio tantum. Finge: conuenisse inter nos pacto nudo, vt dares mihi aliquid, & mox: si non dares, stipulanti mihi te promisisse quanti ea res esset dari. Quod conuenit pacta nudo, fuit tantum in conuentione, non in stipulatione, nec fuit etiam in alia obligatione, quia ex nudo pacto non nascitur obligatio. Et tamen *d. l. nuda* ait, agi posse de eo quod stipulatione comprehensum est. Id igitur, quod est in conuentione, est in petitione. dicamus breuiter, in specie *l. nuda*, id, quod est in conuentione, non est in stipulatione, non est in obligatione. Fateor: sed est in conuentione nuda, ex qua non nascitur quidem actio, sed agi tamen ex ea potest reo patiente: quod si non patiatur, tum incidit in pœnam stipulatione expressam. Ergo breuius ita respondendum. Imo non est nolente reo, ac simul volente reo est. Hæc dixisse sufficiebat ad hanc *l. 115.* Sed necesse est vt de vexata illa quæstione inter interpretes dicamus aliquid.

Quæstio

Quæstio est, an stipulatio pœnalis nouet priorem stipulationem: vel, an ita perimat ac tollat priorem, vt ea sola valeat, nam nouatio peremptio est. Quæritur inquam an possit solum agi ex posteriori stipulatione pœnali? Nihil est certius, stipulatione pœnali non nouari priorem stipulationem, *l. 28. de act. empt. l. si quis, & l. seq. pro soc. l. 14. C. de pact.* & ratio est euidens, quia nunquam fit nouatio, nisi id agatur: sed in dubio non fit. Agi cum dicimus, tacitam voluntatem, non expressam intelligimus, *l. 3. de reb. cred.* nisi adiiciamus agi nominatim, vt in *l. 9. de in diem addict.* Agi enim verbo significatur tacitus intellectus, & ei opponitur verbum caueri. Iure veteri non fit nouatio, nisi id agatur tacite: iure nouo ex constitutione Iustiniani non fit nouatio, nisi id agatur nominatim & diserte, *l. vlt. C. de nouat.* Alioqui res procedit, vt ait Iustinianus ἀνοβατεύτως, vt pridem restitui. Ergo liberum est stipulatori vtra maluerit agere, priori, an posteriore tantum. Obstat *l. 44. §. vlt. de oblig. & act.* In ea lege proponitur hæc stipulatio, *si fundum non dederis, centum dari*, & ait eleganter sola 100. esse in stipulatione, fundum in solutione. Deinde proponit aliud genus stipulationis, de quo tamen idem statuemus quod de priore: *stipulor nauem ædificari, nisi ædificaueris, centum.* Quæritur, an duæ sint stipulationes, vna pura, altera conditionalis? Sane ante moram promissoris duæ sunt stipulationes, vt dicebamus nuper de penu legata: post moram promissoris, hoc est, postquam noluit nauem ædificare, & exiit tempus, quo fieri potuit, an etiam sunt duæ stipulationes? Videntur quodammodo. Sed magis est, vt dicamus, priorem quasi transferri in stipulationem pecuniæ, & quasi nouationem fieri: ac proinde solam pecuniam in petitione esse. Ergo stipulatio pœnalis nouat priorem. Est vitiosa collectio. Nam multum differunt inter se, fieri aliquid, & quasi fieri. Et in iure modo dicunt iuris auctores, fieri aliquid absolute, modo quasi fieri. Non fit igitur nouatio cum dicat Paul. *quasi nouationem fieri.* Quinimo ex hoc potius colligas, non fieri nouationem. Sed cur fit quasi nouatio? quia superest solius pecuniæ petitio, nec iam agi potest de naue facienda. Cur tamen non fit nouatio hodie? quia non eadem res venit in vtramq; stipulationem. Nam in vna venit nauis, in altera pecunia, & fit nouatio duobus tantum modis: aut cum mutatur debitor, vt cum alius pro alio principalis assumitur, qui dicitur expromissor, non vt fideiussor qui dicitur adpromissor. Item fit nouatio cum mutatur causa debendi, vt cum quod debetur ex testamento, conuertitur in causam stipulationis, vt deinceps debeatur ex stipulatione, non ex legato. Et in summa fit nouatio per mutationem debitoris, vel causæ debendi. Nouatio non est si mutetur res, vt si conuenerit, vt pro naue detur pecunia, sed tantum quasi nouatio est post moram debitoris quam fecit in naue ædificanda, quia solius pecuniæ petitio superest.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. III. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 8. De statu homin.

Imperator Titus Antoninus rescripsit, non lædi statum liberorum ob tenorem instrumenti male concepti.



ANTONINVM Pium Papinianus refert rescripsisse, non lædi statum liberorum ob tenorem instrumenti male concepti. Tenor instrumenti male concipitur, si quid falsum scriptum sit errore vel simulatione, vt in *l. 16. C. de liber. cau.* *& in l. vlt. C. de ingen. man.* si liber homo sponsaliorum, id est, arrarũ nomine quasi seruus datus sit, ait vtraque lex, eam rem nihil officere libertati, nec lædi statum capitis, hoc est, ex ea re liberum non fieri seruum; quod vtique verũ est etiam si volente libero homine, & sciente, vel patiente conscriptum instrumentum fuerit: nam etsi palam edixerit in iure, se seruum esse, non fit propterea seruus: nemo fit seruus nuda voluntate, confessione vel scriptura nuda, aut nuda conuentione, *l. 37. de lib. caus. l. 6. l. parentes, l. liberos, l. interrogatum, C. de lib. caus.* Serui enim aut nascuntur, aut fiunt, & non quouis modo, sed certis tantum, bello, pretio, seu præmio, vt est in l. 2. C. Th. ad SC. Claudian. Bello, si capitur ab hostibus liber homo, quæ est iurisgentium seruitus: præmio vel pretio fiunt serui, (his enim nominibus præmij & pretij promiscue vtimur) cum liberi homines se vendũt, vel etiam se venire patiuntur ad pretium partiendum, prodita scilicet libertate sua, *§. serui autem, Instit. de iur. pers.* Serui etiam fiunt connubio, quod est è Senatusconsulto Claudiano (vt & illud de pretio quod diximus) vt puta, si mulier libera iunxerit se seruo alieno, nolente domino serui, *l. si apud, C. Th. de lib. caus.* quod tamen hodie sustulit Iustinianus *§. vlt. Inst. de successión. sublatis, &c. l. vn. C. de Senatusconf. Claud. toll.* Item fiunt serui, si liberi homines actum domini gerant, id est, si venundari se patiantur, vt actum eius, qui emit gerant, *l. si quis, §. irritum, de iniust. rupt. & irr. fac. test.* Et id fit hac puto ratione, quod actorem esse tantummodo ad seruos pertineat; & inde nomen serui actoris, qui est columen totius familiæ. Postremo serui fiunt incensu, id est, cum liberi homines censeri nolunt, quod descendit ex lege Regia, seu ex 12. tabulis: quod enim est ex lege Regia, id etiam est ex 12. tabulis: nam leges Regiæ translatæ fuerunt in 12. tabulas. Vt seruus censu fit liber: sic contra liber fit incensu seruus, id est, sicuti seruus, si permissu domini nomen in censum detulerit, liber efficitur: soli enim ciues Romani censentur: sic contra, si quis liber census non fuisset, pro seruo habebatur, & à populo vendebatur. His igitur modis fiunt serui, non scriptura nuda, vel errore male concepti instrumenti: Hi non sunt legitimi modi mutandæ conditionis, seu adquirendi dominij serui; sicut nec cuiuslibet alterius rei dominium nuda conuentione nobis adquiritur. Et in summa, nuda voluntate, aut nudo pacto non fit seruus. Hæc igitur non mutant statum capitis, vel vt ait *l. 27. C. de liber. cau.* hæc non mutant statum veritatis, vel nomen substantiæ eius hominis, qui vult fieri seruus. Quod est patrimonium, non fit peculium, non mutatur nomen bonorum & substantiæ in nomen peculij, nam in seruo non nomen tantum sed & conditio & substantia mutatur, eumque in cuius potestatem redigitur seruus effectus, bona sequuntur, & accipiunt nomen peculij nouum. Posset etiam quis rescriptum D. Pij referre ad instrumentum manumissionis, quod qui seruum manumittit præstare cogitur, *l. sicut datam, de lib. caus.* & satis antiquum manumissionis exemplum ita fere scriptum legi: *Ille ciuis Romanus esto, ita vt ab hodierna die ingenuus, atque ab omni seruitutis vinculo securus permaneat, tanquã si ab ingenuis fuisset parentibus procreatus. Eam denique pergat partem, quamcunque elegerit, vt deinceps nec nobis, nec successoribus nostris, vllum debeat noxiæ conditionis seruitium, sed omnibus diebus vitæ suæ sub certa plenissimaque ingenuitate, sicut alij ciues Romani per hunc manumissionis atque ingenuitatis titulum, semper ingenuus & securus existat.* Hæc verba demonstrant seruum manumissione ingenuum fieri, non libertinum. Quod iure nouissimo obtinuit. Sed finge, esse in instrumento manumissionis errorem in nomine manumissi, an eius læditur status si modo de corpore constet? minime, *l. qui habebat, de manu. test.* Possis etiam rescriptum Pij referre, vt facit Accurs. ad professionem natorum liberorum, quæ à parentibus solebat fieri apud acta, ad quem respicit *l. 2. C. si min. se*

mai. dixerit. vbi proponitur minorem 25. annis ætatem probaſſe ex tabulis profeſſionum, παιδογραφιῶν ibidem in Baſil. appellantur ἀπογραφαὶ τοῦ πατρὸς, quæ etiam poſſunt fieri à matre abſente marito, vel ab auo abſēte patre, *l. 16. de probat. l. 2. de excuſ.* Modeſtinus ait, ex iis, nēpe ἐκ παιδογραφιῶν, ἢ ἐξ ἑτέρων ἀποδείξεων νομίμων probatur ętas. Hęc eſt pręcipua cauſa inſtituendarū harum profeſſionū vt ex iis probetur ætas hominum, quæ probatur etiam ex profeſſione cenſuali, *l. 3. de cenſibus.* Denique probatur teſtibus & obſtetricibus, & ex aſpectu corporis, *l. 3. C. ſi min. ſe maio. l. 32. de min.* nam & pubertatem ex aſpectu verecundioris partis in maſculis olim diiudicabant: in fœminis vero ex anno 12. qua in re fuit controuerſia inter Caſſianos & Proculianos: In maribus erat diſſentio: Caſſiani ex habitu illius partis æſtimabant, Proculiani ex annis. Priſcus Iauolenus ex vtroq; aſpectu & annis. Verum Iuſtinianus Proculianorum ſententiam probauit, vt ætas in maribus probaretur ex annis. Sed de profeſſione natalium tantum loquamur. Si mulier, quæ erat grauida repudiata ſit, & poſt repudium filium enixa, odio mariti, eum filium abſente marito, vt ſpurium, actis profeſſa ſit: nihil ea res lædit ſtatum filij, veritati locus ſupereſt: ideoque mortua matre inteſtata poterit filius hereditatem matris adire iuſſu patris: quæ eſt ſpecies *l. 29. §. vlt. de probat.* Et hanc ſolam legem annotari vellem ad hoc reſcriptum Antonini Pij non lædi ſtatum liberorum, id eſt, τῶν παίδων, vt accipit Accurſ. ob profeſſionem natalis male conceptam.

Ad l. pen. de negot. geſt.

Ignorante quoque ſorore, ſi frater negotium eius gerens, dotem viro ſtipulatus ſit: iudicio negotiorum geſtorum, vt virum liberet, iure conuenitur.

FRater pro ſorore dotem dedit, vt debet, quod maxime notandum eſt, videlicet ſi ſit conſanguinea, & ſi aliter nubere non poſſit, *l. cum plures, 12. §. pen. de adm. tut.* qui locus ſingularis eſt, vt frater cogatur exhibere ſorori paternum officium. Finge igitur: Frater cum eſſet animi paterni erga ſororem, pro ea dotem dedit, & ignorante ſorore animo gerendi negotia ſororis à viro ſtipulatus eſt ſoluto matrimonio ſibi dotem reddi. Papinian. ait, fratrem ſorori teneri act. neg. geſtorum quamuis ipſe dotem dederit, in hoc vt virum accepto liberet, ſi velit ſoror virum ſibi obligatum, non fratri, vel etiam teneri negotiorum geſt. iudicio, vt cedat ſorori actionem ex ſtipulatu, vel maritum deleget ſorori: denique emolumentum eius ſtipulationis perueniet ad ſororem, non ad fratrem, cum nec ſtipulando ſui negotij gerendi animum habuerit, ſed ſororis. locus eſt actioni negotiorum geſt. ſi ignorante ſorore ſtipulatus ſit. Quid ſi ſciente & mandato ſororis ita ſtipulatus ſit frater in eadem cauſa quam diximus? tenebitur actione mandati. Idem erit ſi mater pro filia dotem dederit & ſtipulata ſit *l. idemque, 10. § ſi cui mandauero, ff. mand.* in qua citatur Papin.

Ad l. Si filius 30. de minorib.

Si filius emancipatus contra tabulas non accepta poſſeſſione poſt inchoatam reſtitutionis quæſtionem, legatum ex teſtamento patris maior 25. annis petiiſſet, liti renuntiare videtur, cum etſi bonorum poſſeſſionis tempus largiretur, electo iudicio defuncti repudiatum beneficium prætoris exiſtimaretur.

HÆc l. eſt de filio emancipato præterito teſtamento patris. Filius præteritus eſt, qui in teſtamento patris ſilentio omiſſus eſt, id eſt, qui neque heres inſtitutus eſt, neque exheredatus. Sed quid ſi ei aliquid legatum ſit relictum, aut fideicommiſſum, an præteritus

A videbitur? Sic ſane, quia omiſſus eſt in parte principali teſtamenti, id eſt, in inſtitutione, quæ eſt caput teſtamenti. Differentia autem eſt inter ſuum & emancipatum filium: Nam ſi filius ſuus teſtamento patris præteritus ſit, teſtamentum eſt ipſo iure nullum: Quod ſi filius emancipatus teſtamento patris præteritus ſit, valet quidem teſtamentum, ſed reſcinditur beneficio Prætoris, data bonorum poſſeſſione contra tabulas, quæ tamen intra annum petenda eſt: poſt annum reſcindi non poteſt per bonorū poſſeſſionē contra tab. Filius igitur emancipatus poteſt iudiciū patris intra annū reſcindere per petitionē bonorum poſſeſſionis contra tabulas: quā tamen ſi intra annum legatum vel fideicommiſſum, quod ei, vel ſeruo eius relictum eſt, elegerit, videtur repudiaſſe

B quia agnouit iudicium defuncti, *l. 3. §. vlt. de bon. poſſ. cont. tab.* idemque eſt, ſi quocunque alio modo agnouerit iudicium patris, *l. 15. ſi præteritus, eod. tit.* nam & filius ſuus, ſi approbauit iudicium defuncti, teſtamentum ex æquo & bono ſuſtinetur quāuis ſit ipſo iure nullum, *l. 17. filio præterito, de inoff. teſtam.* Amittit quoque filius emancipatus bonorum poſſeſſionem contra tabul. tempore ſiue omiſſione. Nam in iure amittere latius patet, quam omittere: nam amittere eſt tempore excludi, vt ſi intra annum non petierit bonorum poſſeſſionem, eam amiſit. Sed ſi cum eſſet minor 25. annis, bonorum poſſeſſionem omiſerit intra annum beneficio ætatis, quia lapſus eſt lubrico ætatis, poſt annum per reſtit. in int. rurſus admittetur ad bon. poſſeſſionem contra tabulas.

C Verum hæc reſtitutio datur cauſa cognita, vocatis ſcilicet iis quorum intereſt, *l. 13. §. cauſa. l. 29. §. vlt. de minor.* Et ideo in hac *l. 20. & in l. 6. ſi intra, C. de in integ. reſtit.* cauſa reſtitutionis dicitur lis, & qui eam poſtulat, quiue de ea controuerſiam mouet, dicitur agere. Itaque non male dixeris cauſam reſtitutionis in integrū eſſe litem: nam quod inter partes duas diſceptatur cauſa cognita, lis eſt, actio eſt: & vera definitio actionis eſt, inter partes duas diſceptatio cauſa cognita, ſi quidem velis litem, aut actionem non accipere latiſſime. Finge nunc: pendente lite reſtitutionis in integrum, is, qui petiit reſtitui, qui litem fecit, iam factus maior 25 annis legatum agnouit, an & hic rurſum amittet bon. poſſ. cont. tabu. Amiſerat eam iam ante anno elapſo, ſed deſiderat ſe reſtitui in integrum, quia minor lapſus eſſet

D lubrico ætatis, & cum nondum deſiderium ſuum expleuiſſet pendente lite legatū agnouit, quid fiet? videtur inquit petitionem bonorum repudiaſſe, vt in *l. Papinian. 20. hoc tit.* quia minori etiam ex hac cauſa poſſit ſubueniri. Concludamus, ſiue poſt annum pendente lite reſtitutionis in integrum minor 25. annis agnouerit iudicium defuncti, hoc eſt, legatum acceperit, vel fideicommiſſum ei relictum, ſiue intra annum minor aut maior illud fecerit, amittit bonorum poſſeſſionem contra tab. Et ita omnino videtur argumentari Papin. in hac l. ſi intra annum electo legato amittitur bonorum poſſeſſio: & poſt annum multo magis, licet ad reſtitutionem in integrum lis conteſtata fuerit. Ex hoc loco intelligitur minori 25. annis currere tempora, ſiue dies petendæ bonorum poſſeſſionis; minorem excludi tempore à prætoris

E beneficio non minus quam maiorem: male hic Accurſ. in verbo prætoris, putat emendari in *l. vlt. C. in quib. cauſ. in int. reſt. eſt neceſ.* quæ lex generaliter definit, exceptiones temporum minoribus non nocere; ex quo efficitur, non currere vllum tempus minoribus, nec eis neceſſe eſſe, ob eam rem rem petere reſtitutionem in integrum, quandoquidem ea minoribus non exeunt nec pereunt. Sed ita reſpondendum. Fateor exceptiones temporales minoribus non nocere, nec omnia, quæ tempore maioribus pereunt, etiam minoribus perire: quædam tempore pereunt per exceptionem, non ipſo iure: hæc non pereunt minori. Quædam pereunt ipſo iure, non oppoſita exceptione temporali: hæc pereunt minori: & ita dicamus, annum petendæ bon. poſſeſſionis

currere minori ipso iure, eumque repelli, nisi eam petierit quæ anno definitur. Similiter quoque annus currit minori, qui est præfinitus ad implendam voluntatem defuncti, *Nouell.* 1. *de hered. cap.* 4. Item minori currunt tempora interponendæ appellationis, si forte condemnatus sit, *l.* 7. *ait prætor* §. *item si*, *hoc tit.* Currunt minori etiam tempora præfinita finiendis litibus, puta, tempus triennij in causis ciuilibus, ac nisi triennio peragat, ipso iure lite cadit *l. properandum*, §. *vlt. C. de iud.* Sæpe nostri auctores vtuntur ea lege *vlt. C. in quibus cauſ. in integ. reſt.* vt scilicet ex ea ostendant pleraque iura emendari: sed quæcunque emendant, accipienda sunt restricte. Hæc igitur *l. vlt.* stricte est accipienda de iis scilicet, quæ minori tempore pereunt per exceptionem.

Ad l. denique si emptor 19. ex quibus cauſ. mai. 25. ann.

Denique si emptor prius, quam per vſum ſibi adquireret, ab hostibus captus ſit, placet, interruptam poſſeſſionem postliminio non restitui. quia hac ſine poſſeſſione non conſtitit: poſſeſſio autem plurimum facti habet: cauſa vero facti non continetur postliminio.

HÆc lex cum precedente & cum sequente ita connexa est, vt sine illis explicari non possit. Sciendum est, ex hoc edicto subueniri maioribus 25. annis per restitutionem in integrum, absentibus scilicet ex causa iusta, veluti reipub. causa, aut studiorum. Subueniri etiam captis ab hostibus aut aliis, qui in seruitute, aut vinculis, aut custodia, aut sub fideiussorum satisdatione fuerunt, ne scilicet suæ rei damnum faciant, ne iusta absentia, ne captiuitas, ne seruitus, ac vincula, ne cætera eis noceant: vt si interim res eorum vsucapta sit, ex eo edicto vsucapio rescindatur restituta vtili actione in rem, perinde ac si res eorum vsucapta non fuisset: & subueniri etiam ne lucrum perdant, quod fecissent interim sine damno alterius, si ab hostibus capti non fuissent, vel alia iusta ex causa peregre non abfuissent, vt si hereditatem vel legatum, quod interim adquirere potuerunt, propter absentiam aut captiuitatem, perdiderunt, id postea reuersi recipiant, restituta eis vtili actione ex testamento, vel vtili hereditatis petitione, *l.* 17. 27. *l.* 41. *si quis Titio, hoc tit.* Duo sunt genera lucrorum: quædam obueniunt sine damno alterius, vt hereditas, fideicommissum, legatum. hæc recipiunt beneficio huius edicti, si ea perdiderunt: exempli causa, si testatoris mortis tempore Italia procul abfuerint, cum tamen relictum fuisset legatum sub hac conditione, si mortis tempore in Italia essent, *d. l. si quis Titio.* Quædam lucra obueniunt cum damno alterius, vt ea, quæ adquiruntur per vsucapionem, quæ vsucapio lucrosa est ei, qui vsucapit, & damnosa ei, cuius res vsucapitur, admissa tamen legibus, & probata propter commune bonum, vt sit finis litium *l. vlt. pro ſuo*, & *l.* 1. *de vſucap.* Ad lucra eiusmodi recipienda, hoc edicto non restituitur maior 25. annis. Et hoc est, quod eleganter definit Paulus in *l. præcedenti*, maioribus 25. annis hoc edicto subueniri in damnis amittendæ rei suæ, non cum alieno detrimento. Et notandum maxime, quod ait, *ex alterius damno vel pœna*, *&c.* Inde intelligitur hoc edicto restitui actiones eas, quæ rem persequuntur, non pœnam, si interim earum dies exierit, cum temporales essent. Odiosæ actiones non restituuntur: denique, quæ rem persequuntur familiarem, quæ abest, non, quæ rem alienam cum alterius detrimento. Huius rei exemplum subiicit Papinianus in hac *l.* 19. Finge. Titius à non domino rem alienam bona fide emit, & priusquam eam vsucepisset, captus est ab hostibus. Captiuitate interrumpitur vsucapio: quod naturalem rationem habet. nam possessio sane captiuitate interrumpitur: non enim potest sibi possidere is, qui ipse possi-

A detur ab aliis. Captus ab hostibus possidere desinit, & vsucapere igitur: nam vsucapio sine possessione contingere non potest. Denique captiuitate interrumpitur possessio, & vsucapio. Videamus tamen, an eo reuerso ab hostibus, restituatur vsucapio iure postliminij, vt scilicet fingatur medio tempore possedisse: quod præcipuè definitur in hac *l.* 19. Deinde videamus si vsucapio non restituatur fictione postliminij, an restituatur beneficio huius edicti: quod definitur in *l. seq.* Sed ante omnia accurate fundare oportet, quod supra diximus, vsucapionem captiuitate interrumpi, & proponitur in *l.* 15. *si is qui pro emptore, de vſur. & vſuc. l.* 12. *in bello*, §. *facti*, *de capt. & postlim.* Papin. hoc loco, emptore, priusquam vsucaperet, capto ab hostibus, ait, interruptam esse possessionem: Græci δεσποτείαν, id est, domi-

B nium, quod scilicet vsucapione adquiritur, *l. ait prætor*, §. 1. *hoc tit.* Ergo possessionem hic Papinian. accipit pro vsucapione. Et recte Accurs. interruptam possessionem, hoc est, vsucapionem, & ita in *l. cum miles*, 30. *hoc tit.* possessio defuncti quasi iuncta descendit ad heredem, &c. Quod ex hoc loco hodie in tota Gallia obtinet, vt possessio, id est, vsus rei, à defuncto in heredem transeat, etiamsi ab herede non apprehendatur possessio, id sane summo errore obtinet: nam error huiusce consuetudinis desumptæ ex *d. l. cum miles*, *le mort ſaiſit le vif ſon plus prochain lignager habile à luy ſucceder ab inteſtat ſans apprehenſion de faict*, commissus est ab iis, qui non animaduertebant possessionem accipi illo loco pro vsucapione, non pro vsu rei: nam possessio re vera est

C vsus rei, quæ definitio tradita est ab Ælio Gallo, nec in suum heredem transit, nec in extraneum, nisi naturaliter apprehendatur, *l.* 23. *in prin. de adquir. poſſeſ.* Dominium quidem in suum heredem ipso iure transit, vel potius continuatur, *l. in ſuis* 11. *de liber. & poſt.* In extraneum vero, ante aditam hereditatem dominium non transit. Vsucapio autem cœpta à defuncto, necdum impleta, in heredem descendit ipso iure, & perficitur non adita hereditate, nec apprehensa possessione: & hoc est, quod ait *l. cum miles*, ad quam adde, *& nondum apprehenſa poſſeſſione.* Quæ igitur cœpit à defuncto, completur per se etiam iacente hereditate & possessione vacua, hoc est, nullo extante possessore, ac deinde proficit heredi ea vsucapio quasi perfecta, postquam adiit hereditatem, *l. nunquam* §. *vacuum*, *l.* 44 *iuſto* §. *nondum*, *l.*

D 40. *cœptam*, *de vſuc. l.* 6. *qui cum*, §. *vlt. pro emp.* Idque est receptum & constitutum iure singulari: nam rigor iuris desiderat continuationem possessionis secundum vsucapionis definitionem, quæ est, adeptio dominij per continuationem possessionis, &c. Est igitur in hac l. 19. πλοκή, cum dicitur, possessionem sine possessione non consistere: neque enim initio idem significat verbum, possessionis, quod post. Initio est vsucapio, post, vsus rei. Et sensus hic est, possessio non consistit sine possessione: vsucapio non consistit sine vsu rei. Verum quoniam vsucapio captiuitate interrumpitur, quid fiet, si decesserit, qui captus est ab hostibus, & non possit ad suos reuerti? medium tempus proderit heredi ad vsucapionem complendam, quamuis nemo possideat eo tem-

E pore, idque per l. Corneliam, perinde ac si nondum peruenisset in hostium potestatem, *d. l.* 15. *ſi is, qui pro empt. ff. de vſurpat.* Quod si reuertatur, an dicemus, ei medium tempus proficere ad vsucapionem complendam, vt fingatur vsucepisse medio tempore, quamuis reuera ipse non possederit? minime. Et hoc voluit dicere Papinian. in *hac l.* 19. *interruptam vſucapionem non reſtit. postliminio*, hoc est, iure postliminij adimpletam esse medio tẽpore vsucapionem non fingi. Et vtitur elegantissima ratione: *quia*, inquit, *vſucapio ſine poſſeſſione non conſtitit, poſſeſſio autem plurimum facti habet*, hoc est, in facto consistit: puta cum corpore insistis, & rei incubas. *cauſa autem facti non continetur postliminio*, vt Græci ὑποστροφῆς δικαίῳ οὐ περιέχεται *d. l. in bello*, §. *facti*, *de capt. & postli.* Facti causæ in-

fectæ nulla constitutione fieri possunt, hoc est, facta, A (puta possessiones) possidere autem, aut non possidere, non possunt reddi infecta fictione postliminij. Non potest postliminium efficere, vt videatur quis fecisse aut non fecisse, possedisse aut non possedisse, quæ secus sunt, & consequenter, vt videatur quis vsucepisse, qui non vsucepit. Efficit igitur postliminium, vt iura, quæ amisisti captiuitate recipias, puta, dominium, patriam potestatem, libertatem, ciuitatem, actiones, & cætera iura omnia: non etiam vt videaris fecisse, quod non fecisti, puta, possedisse, quod non possedisti. Exponamus latius quod ait Papin. in hac l. 19. possessionem plurimum facti habere: nam etiam possessio plurimum iuris habere dicitur in *l. 49. de adquir. vel amitt. poss.* Permixta igitur est possessio ex vtroque, ex iure, & ex corpore seu facto possessoris, sed magis ex facto possessoris, B vt indicat *l. 3. §. 1. de bonor. possess.* & hoc distat possessio à bonorum possessione: quæ plus ex iure habet, quam ex facto; plus iuris est, quam corporis vt ait lex 3. *de bon. poss.* siue vt nostri auctores loquuntur, detentationis, aut corporalis apprehensionis. Cur vero dicimus magis esse ex corpore? quia possessio initium sumit à facto, vel à corpore, id est, à naturali apprehensione, quæ duobus Digestorum locis detentatio dicitur: & hæc est proprie possessio naturalis. Facto seu corpori postea accedit animus, opinio, ius dominij: & ita perficitur possessio ciuilis, quæ dicitur constare tum corpore, tum animo, id est, ψυχῇ καὶ σώματι δεσπότε, vt loquitur Theoph. *l. possessionem, 29. de adq. vel amitt. poss.* & quæstio hæc, an possessio sit facti, an iuris, sic definienda est: vtriusque est, sed factum videtur in ea præponderare, id est, magis in ea factum, quam ius inspicitur. C Quod si possessio magis est facti, quam iuris, non continetur postliminio, & consequenter nec vsucapio, hoc est, qui postliminio redit, medio tempore non intelligitur possedisse, nec igitur vsucepisse. Constat igitur iure postliminij non restitui vsucapionem. At quæramus, quod supra attigimus, an vsucapio restituatur beneficio edicti restit. in integrum. Pertinet ad hanc quæstionem, *l. 20. & l. 23. ait prætor, §. 1. hoc tit.* Et obseruandum maxime quibus gradibus procedat. Vlpian. in *d. l. 23.* ponit primum, captiuum non posse inchoare vsucapionem: deinde, non posse cœptam ante captiuitatem in captiuitate implere: tum addit non posse fingi adimpletam vsucapionem, quæ cœperat ante captiuitatem, à D quibus causis semper sunt excipienda ea, quæ serui captiuorum, qui in ciuitate manserunt, possederunt interim, dum dominus fuit apud hostes, ex causa peculiari. Nam reuersus dominus etiam apud hostes medio illo tempore possedisse ac vsucepisse intelligitur: quod quidem est receptum iure singulari, nec trahendum ad consequentias, *d. l. si is qui pro empt.* Ea tamen, quæ possedit captiuus per se ante captiuitatem: nec possedisse intelligitur nec vsucepisse iure postliminij, sed adiicit in *d. l. ait prætor, §. 2.* succurrendum esse captiuo, qui ad suos rediit, si per captiuitatem possessionem amiserit, aut quasi possessionem. Et recte definit, quid distet possessio, à quasi possessione. Possidemus rem corporalem, vt fundum, quasi possidemus rem incorpora- E lem, veluti vsumfructum. Dices, ergo possessio restituitur reuerso postliminio? sic sane ea quam habuit ante captiuitatem: qui redit ab hostibus, redit in possessionem rerum suarum; sed non intelligitur medio tempore quicquam possedisse. Atque ita verum est postliminio possessionem restitui & non restitui. Restitui, id est reuerti eum in possessionem earum rerum, quas ante possedit. non restitui, id est, non fingi eum quidquam medio tempore possedisse, licet fingatur interim sua omnia iura retinuisse. Verum, quod quæsiuimus ante explicemus. An beneficio prætoris per restit. in integr. hoc consequi poterit, vt intelligatur medio tempore vsucapionem impleuisse? minime: & hoc est, quod ait l. seq. nec vtilem actionem esse dandam, nec igitur postliminio restitui vsucapionem, nec vtilem actionem, id est, restitutoriam atque si vsucepisset. Et vtitur eleganti ratione: quia iniquum est auferre domino, quod vsus, id est, vsucapio non abstulit. Ergo qui non vsucepit, non habet actionem vel directam, vel vtilem, qua rem domino abstrahat: nam & vicissim dominus non intelligitur amisisse, quod ei ablatum non est. Nec ergo domino auferre possum, quod ei vsucapio non abstulit, aut sane iniuria aufero. Vnum tantum adhuc obiicitur ei, quod diximus vsucapionem siue possessionem non restitui postliminio. Multa obiiciuntur, sed ex his quæ diximus facile dirimi possunt. Restat vnum ex *l. 1. §. si quis, de itin. act. priu.* Interdictum illud quod est prohibitorium, datur ei qui hoc anno, nec vi, nec clam, nec precario vsus est illo actu. At finge eum non esse vsum hoc anno, idque per vim, vel hostium vel prædonum contigisse, non sua culpa: vis hostium, vel alia iusta causa fecit, ne hoc anno vteretur, cum tamen vsus fuisset superiore anno, & vsus fuisset hoc anno, nisi prohibitus fuisset, an hoc interdicto vtetur? ipso iure videtur non esse dandum, quia hoc anno vsus non est, sed tamen ex bono & æquo restituetur in integrum repetita die, quasi superior annus hic sit annus. Et sane summa est ratio dandæ restitutionis, nec eadem ratio interuenit in proposita vsucapionis quæstione. Itaque mihi videor submouisse ea omnia, quæ obiici poterant in hanc legem.

Ad l. cum furiosus 39. de iudic. & vbi quisque.

Cum furiosus iudex addicitur, non ideo minus iudicium erit, quod hodie non potest iudicare, vt scilicet sua mentis effectus, quod sententia dixerit, ratum sit. Neque enim in addicendo præsentia vel scientia iudicis necessaria.

§. 1. *Qui legationis causa Romam venit, ex qualibet causa fideiubere potest, cum priuilegio suo, cum sit in Italia contractum, vti non potest.*

IVdex, qui datur à magistratu, non tantum dari dicitur à Iurisconsultis, sed reddi, *l. 3. C. arb. tut.* itemque addici, vt hoc loco. Sicut in *l. 46. & l. 80. hoc tit. & l. 4. de eo, quod certo loco, l. 59. §. vlt. ad Trebell. l. 30. fam. ercisc.* Et ita semper legendum: *iudex addictus*, non *adiectus*, vel *additus*. Et ita omnino legendum in *l. 7. & l. 10. C. fam. ercisc. & §. 1. Instit de off. iud.* & in Val. Max. veluti *l. 8. cap. 2. arbitrum Claudio addixit, & formulam quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona.* Hæc Valer. apud quem male legitur, *arbitrum adduxit vt daret formulam*; nec legendum quoque *addixit formulam*: Nam & apud eundem iudex addictus non additus. & apud Ciceronem *Arbitrum addicere*, non *adiicere*, vel *adigere*. Non tamen sic legi velim in *l. 1. C. de recept. & qui arb.* vt quidam volunt. Lex ait, *Ex sententia arbitri ex compromisso iure perfecto aditi appellari non posse.* Rectissime in *d. l. 1.* legitur, *aditi*, non *addicti*. Nam non addicuntur arbitri, sed adeuntur & sumuntur: & ita recte dicitur additus arbiter ex compromisso, vt Græci πρὸς αἱρετὸν δεξάμενος, hoc est, *aditus*. Sic nostri auctores, & *iudicem addicere* dicunt pro *dare*, siue iudicium addicere. Sic Trebatius apud Macrob. iudicia addicere ait. Varro: *addicere iudicium* pro eo, quod dicitur actionem dare. Et ita in 12. tab. *Addicere litem*, est secundum aliquem dare litem seu sententiam. apud Tacitum, *addicere conuiuium*, vnde forte *addiciales epulæ*, non *adiiciales*. sic *addicere bon. possessionem*, est dare bonor. possessionem. Hic igitur quæstio est de furioso addicto iudice. Primum tractemus de homine sano, qui iudex datus est, vel addictus à magistratu, an furore superueniente iudex esse desinat? minime: sed mutari debet, si furor perpetuus aut longior erit, *l. 46. hoc tit.* alioqui si breuis sit furor, est enim plane furor, futurus, dies tantum diffinditur, vt in 12. tab. ob morbum

fonticum iudicis addicti: est enim plane morbus sonticus, furor, *l. 60. de re iud. l. 2. §. si quis, si quis caut.* Sed an etiam recte ab initio iudex datur, qui furiosus est? an recte iudicium constitutum sit? Et ait, iudicium esse: & iudicem igitur recte addictum esse: scilicet si per interualla iudex addictus furore corripiatur. Et quemadmodum qui alio quolibet morbo animi laborat, recte iudex addicitur: Sic & qui furore laborat, postea intermisso furore fungitur suo munere iudicandi, id est, in suis induciis, dilucidis interuallis furoris, recte iudicare potest, in quibus induciis testamentum etiam facere potest, *l. 9. furiosum, qui testam. fac. poss.* & nostri auctores, cum tractant, qui iudex dari possit, & quis possit facere testamentum, vtuntur argumento à nomine *d. l. cum prætor hoc tit.* perpetuo furiosus & pupillus iudicio carent, *Instit. quibus non est permiss. fac. test.* Ergo nec impubes, nec furiosus possunt facere testamentum, quod nihil aliud est, quam vltimum iudicium defuncti, *l. 19. de inoff. test.* Furiosus igitur in his interuallis, in quibus iudicio non caret, recte testamentum facit, & iudicium exercet recte, etiamsi cum iudex addiceretur, animo consederit furor. Vtitur autem Papinianus eleganti ratione, *Iudex*, inquit, *datur inuitus*: nam iudicandi munus publicum est, & ciuile: & certum est omnia ciuilia munera in inuitos conferri. Si inuitus iudex datur: ergo & ignorans, & absens, vt in *l. 26. de reg. iur.* quæ possunt me inuito alienari, multo magis me absente & ignorante; & si iudex recte addicitur absens, & ignorans: igitur & furiosus. Nam furiosus in iure per omnia, & vt ait *l. 2. §. pen. de iure cod.* absentis loco est, & ignorantis, *l. 12. si à furioso, de reb. cred.* Sic argumentatur Pompon. Si condictio potest adquiri ignoranti: ergo & furioso; *l. 209. coram, de verb. sign. l. 124. de reg. iur.* Verum in contractibus furiosus non potest haberi absentis loco, *l. 5. de reg. iur.* quia natura negotij id non patitur: requiritur enim consensus vtriusque. Sunt quidam contractus qui fiunt inter absentes, sed sanos. datur procurator absens per epistolam, qua accepta si ratum habeat mandatum, perficiuntur contractus. Sed an furiosus etiam recte procurator datur, quia absens? minime, quia non potest confestim ratum habere, ideoque imperfectus erit contractus, *l. 2. de procur.* Ergo contractus inter absentes recte habetur, vel cum absente, non tamen cum furioso. Sequitur alia sententia Papiniani in §. 1. Certum est legatis prouincialibus Romam missis hoc dari, vt si Romæ conueniatur de eo, quod contraxerunt ante legationem, vel Romæ, vel alibi, vt possint vti priuilegio reuocandi domum, nec cogantur accipere iudicium, *l. 2. §. legatis. hoc tit.* Sed si tempore legationis Romæ contraxerint, de eo recte conueniuntur Romæ, nec possunt reuocare domum, *l. 32. non distinguemus, §. item si, de recept.* quia Romæ contrahendo in ipsa legatione, videntur suo priuilegio renuntiasse. Et hoc est, quod ait Papinianus: eum qui legationis causa Romam venit ex quolibet contractu fideiubere pro aliis posse, & ibi conueniri vbi contraxit: *cum*, inquit, *priuilegio suo, cum sit in Italia contractum, vti non possit.* κατὰ πλοκὴν: nam in principio dictio *cum* ponitur pro ὅτι, *quia*; in fine autem ponitur pro ὅταν, *quando*. Nemo pro seipso fideiubere potest, sed constituere potest. Constituimus nos soluturos, vel quod ipsi debemus, vel quod alij debent: fideiubemus tantú pro aliis. Videamus, quid dicendum, si legatus se constituerit Romæ se soluturum, quod debebat ante legationē, an Romæ conueniri potest? cum principale negotium non contraxerit Romæ, sed constituit se soluturum? de eo est magna quæstio. Nam in l. 8. definitur non posse, inspicitur enim causa, & origo constitutæ pecuniæ, vt in *l. 33. de don.* causa autem cœpit ante legationem non in ipsa legatione: nec ex ea causa posset Romæ conueniri: ergo nec ex accessione seu sequenti causa, quæ accessit priori, Romæ conueniri poterit: atque ita definit *d. l. 8.* Sed

A longe aliter definitur in *l. 5. eum, qui, §. 1. de const. pec.* & nullum est ἐναντιοφανὲς, de quo magis certent Interpretes. Legatum Romæ constituentem, quod in prouincia acceperat, Romæ conueniri debere, inquit Vlpian. ex Iuliano in *d. l. eum, qui.* Gaius vero in *d. l. 8.* ait, Legatum non cogi iudicium pati propter constitutum. Hæc maxime videntur contraria. Sed videamus, quid dicat *d. l. eum, qui §. 1.* duas ibi proponit species. Prior hæc est. Legatus, qui in prouincia contraxit ante legationem, & in legatione Romæ constituit se soluturum quod debet, Romæ poterit conueniri. Posterior species hęc est: legatus, qui in prouincia contraxit, atque etiam in prouincia constituit se soluturum Romę, non poterit Romæ conueniri actione de constituta pecunia,

B quamuis constituerit se Romæ soluturũ. Quod definitur in priore specie, plane pugnat cum *d. l. 8.* Fuerunt itaque quidam, qui in *d. l. eum, qui, §. 1.* voluerunt negationem addere, non demere, quorum sententia mihi non probatur, licet non caruerit ratione. Nam si potest Romæ conueniri, debuit dicere Vlpian. *putat conueniri posse*; *non conueniri debere*: Si affirmat Iulianus, cur non ait conueniri posse. Si negat, recte ait conueniri non debere: deinde posteriorem speciem, in qua legatus Romæ conueniri non potest, subiungit his verbis (*sed etsi*) quæ oratio coniunctiua est, non discretiua. Et ea est summa eorum ratio, qui in priori specie negatiue putant legendum, vt scilicet in vtraque specie legatus Romæ conueniri non possit. Non carent igitur illi ratione: sed moueor, quia Græci legunt affirmatiue, vt habent omnes

C libri. ὁ πρεσβευτὴς ἐν ῥώμῃ ἐνάγεται ἀντιφωνῶν ὅπερ ἐν ἐπαρχίᾳ ἐδέξατο. Non placet etiam, quod quibusdam videtur in *d. l. 8.* legatum contraxisse in prouincia: deinde Romæ constituisse se soluturum, cum legatione fungeretur: & tunc Romæ conueniri non posse, quia principale negotium gessit in prouincia: at in *l. eum, qui*: dicunt legatum non plene contraxisse in prouincia, sed tantum accepisse in prouincia, veluti accipere mutuam pecuniam, non sit negotium perficere. Hoc est subtile nimis, ergo falsum. nam in vtraque specie legatus plene negocium gessit in prouincia. Quod autem Vlpian. in *d. l. eum, qui*, ait, DEBERE, in eo non est insistendum: nam auctores nostri promiscuè vtuntur verbis *Posse & Debere*: sicut & alij: idem enim vtrumque significat. Et

D in libris nostris quod velim notetis, articulus, *Sed*, non est semper discretiuus: & similiter, *Sed etsi*, non est semper coniunctiuus: ideoque in *d. l. eum, qui.* quamuis Vlpian. dicat posteriore casu, *sed etsi non cum Romæ esset, &c.* non propterea inferes, etiam in priori specie legatum non posse Romæ conueniri: ideoque in dicta priori specie supplendam esse negationem. Res ita mihi potius videtur esse definienda liquido. Si nominatim Romæ constituerit se soluturum, Romæ conueniri potest: sed si in prouincia constituat se Romæ soluturum, non potest Romæ conueniri. Et hęc est sententia Vlpiani in *d. l. eum, qui, §. 1.* At si Romæ constituat se Romæ soluturum simpliciter, quod in prouincia contraxit, non poterit Romæ conueniri, vt in *d. l. 8.* quia non dixit nominatim se soluturum Romæ: sed simpliciter

E Romæ constituit: duo requiro, vt Romæ conueniri possit, vt & Romæ constituat, & vt nominatim constituat se soluturum Romæ. Est & alius casus in hanc rem notandus, ex Africano in *l. 3. de legationib.* qui est, diuersus. Finge: Quod in prouincia contraxit legatus, constituit in prouincia se soluturum, non Romæ nominatim, sed legationis tempore, an Romæ poterit conueniri? sic sane, quia palam renuntiauit priuilegio suo reuocandi domum, dum scilicet non Romæ dixit se soluturum, sed solutioni tempus legationis designauit.

Ad l. 49. de petit. hered.

Si bonæ fidei possessor hereditatis velit cum debitoribus hereditariis, aut qui res hereditarias occupauerint, consistere, audietur, vtique si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant. Petitor autem hereditatis citra metum exceptionis in rem agere poterit. Quid enim si possessor hereditatis negligat? quid si nihil iuris habere se sciat?

QVæstio legis 49. *de petitione hereditatis*, est: An is, qui bona fide possidet hereditatem, existimans se heredem cum non sit verus heres, aut non iure heres, quippe qui controuersiam hereditatis ab alio patitur, an interim possit, quamdiu lis non contestatur, cum eo consistere cum debitoribus hereditariis actione in personam, & æs hereditarium reposcere, vel etiam consistere cum iis, qui res hereditarias possident actione in rem? Et recte Græci consistere interpretantur συγκατάθεσθαι: quod est litem contestari. Quod quidem verbum in iure nostro esse frequentissimum quidam rectissime obseruauit. Sed idem perperam illic adiecit apud Vlpianum in *l. adulter*, 19. §. *vlt. ad leg. Iul. de adulter.* vbi ita legitur vulgo: *proinde si per collusionem cum adultero constiterit*, rectius ita esse Florentiæ scriptum: *proinde si per collusionem cum accusatore constiterit*: perperam, inquam: primum, neque Florentiæ, neque vulgo scriptum est: *cum accusatore*, sed legitur: *cum adultero*. Et recte quidem, quia reus cum accusatore, vel cum actore non consistit, sed actor, vel accusator dicitur consistere, ac litem contestari cum reo. Idque demonstrat Vlpianus in *l. 11. de iudic.* Præterea vulgo in *d. §. vlt.* ita legitur: *si cum adultero constiterit*, non vt ille ait: *si cum accusatore constiterit*. Imo etiam Florentiæ legitur: *si cum adultero constituerit*. Nec tamen mutanda est lectio Florentina, quia modo veteres dicebant constituere, modo consistere, pro litem contestari. Sic Papinianus noster, secundum lectionem Florentinam, loquitur in *l. Imperator*, 70. §. *si centum, de legat. 2.* his verbis: *si centum legatis duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse*, id est, constitisse. Et sic etiam loquitur Venuleius in *l. procurator*, 8. §. *si quis, rem rat. hab.* his verbis: *cum de libertate eius constituerit*, id est, constiterit, id est iudicatum erit. Sic denique loquitur Celsus in *l. 11. de custod. & exh. re.* his verbis: *vt cum cognouit & constitit*, id est, cum ei constitit & apparuit de crimine. Et sic etiam locutus est Sallustius in Iugurth. *agmen constitit.* verũ quod ad præsentẽ quęstionẽ attinet; Bonę fidei possessor cui fit controuersia hereditatis, lite nondum contestata, interim potest vti actionibus hereditariis, vel in rem, vel in personam, sed repelletur exceptione præiudiciali, quod præiudicium hereditati non fiat, *l. 5. in fine, hoc tit.* magna est auctoritas centumuiralis iudicij, vt nihil in eius preiudicium fieri possit: petitio autem hereditatis est centumuirale iudicium, vt nihil in eius prędiudicium fieri possit, *l. vlt. C. eod.* Hoc cum ita esset, Papinian. ostendit hoc loco, aliquando ex causa denegari exceptionem pręiudicialem, & citra metum huius exceptionis vtiliter bonę fidei possessorem, quamuis fiat ei controuersia, interim consistere, vel cum debitoribus hereditariis, vel cum possessorib. rerum hereditariarum, ex causa, si res vrgeat, si sit periculum, ne pereant actiones temporales, vel ne debitores pauperiores fiant, vel si sit metus ne res vsucapiantur quę possidentur ab aliis: loquitur de bonę fidei possessore. Nam male fidei possessor, id est, prędo nullam habet actionem, vel ante controuersiam motam, vel post, *l. 31. §. pen. hoc tit.* Porro post litem contestatam omnes possessores pares sunt, *l. sed etsi*, 25. §. *si ante, hoc tit.* etiam poss. bonę fid. post litem contestatam prædones fiunt. Ergo post litem contestatam nullam possunt intendere actionem hereditariam. Itaque posui litem nondum contestatam fuisse,

A quod Papiniani. demonstrat his verbis: *Si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant.* inter moras, id est, ante litem contestatam: dum expectatur vt lis contestetur. Ita in *l. tutor*, 28. *de administ. tut.* Tutor pupilli in ius vocatus est, & cauit se iudicio sisti, inter moras pupillus peruenit ad pubertatem, hoc est, antequam lis contestaretur, an est lis contestanda cum tutore, qui in ius vocatus est? minime, sed cum pupillo, qui factus est pubes inter moras. Ergo ponendum in hac specie fecisse aliquem controuersiam bonæ fidei possessori, & vocasse possessorem in ius, exegisse etiam cautionem iudicio sisti, sed litem nondum esse contestatam. Nec debuit moueri Accurs. quod Papin. eum, qui facit controuersiam, vocet petitorem: Nam petitor dicitur, non tantum qui litem contestatur, sed etiam qui in ius vocat, &

B qui controuersiam facit; quique satis accipit iudicio sisti, alioquin non posset possessor bonæ fidei quasi prædo post litem contestatam mouere actiones hereditarias, *d. l. si quid*, §. *sicut autem*, *hoc tit.* Et hoc est quod proponit Pap. in prima parte huius l. quæ est de bonæ fidei possessore hereditatis. Altera pars, quæ sequitur, est de petitore, in qua Græci pro petitor autem hereditatis, rectius legisse videntur, petitor etiam hereditatis, citra metum exceptionis in rem agere poterit. Supererat hæc inspectio; an etiam petitor hereditatis possit interim agere cum his, qui res hereditarias occupauerunt, id est, res singulas vindicare quas alij possident? Hoc in possessore hereditatis absolutum est: quæritur id ipsum in petitore hereditatis. Et licet hic agatur tantum de actionibus in rem, tamen idem paulo post de actionibus in

C personam statuemus. Ait autem petitorem hereditatis ex causa posse in rem agere, nec ei agenti obstare exceptionem præiudicialem, quia maturius agendi iusta causa subest. In petitore hanc affert causam, si possessor negligat agere, si sinat res hereditatis ab alio possideri, & sit periculum ne vsucapiantur, quę causa congruit bellissime bonę fidei possessori: non congruit prędoni, cui imputatur, si negligat res quę sunt ex hereditate quam possidet; bonæ fidei possessori nihil imputatur, quia res eas negligit, quasi suas: *d. l. si quid*, §. *pen. hoc tit.* Ergo iustissima est causa dandi actionem petitori, negligente possessore res hereditarias, nec interrumpente vsucapionem. Adfert & aliam causam, si possessor nihil iuris habere sciat. Quę verba accipit Accurs. de malę fidei

D possessore, quem etiam prima specie demonstrat. Quid enim aliud est quam si diceret: si malę fidei possessor sit? Verum non est existimandum eum qui initio & tota lege egit de bonæ fidei possessore, in extremo agere de prędone ac malę fidei possessore. Quare ita sunt accipienda hæc verba: *Quid si nihil iuris habere se sciat?* in ea re scilicet, quam petitor vindicat: vel vt dicam apertius: si nesciat eam rem esse hereditariam. Et hæc verissima est interpretatio, cui conueniunt Basilica: τί γὰρ ὅτι, inquiunt, ἀμελεῖ ὁ νομεὺς, ἢ μὴ γινώσκει ἀνήκειν αὐτῷ, *quid enim si possessor negligat, aut nesciat ad se pertinere?* & in latiori interpretatione id euidentius exprimitur. τί δὲ εἰ καὶ ἐνόμιζε μὴ κληρονομιαῖον πρᾶγμα τὸ παρ' ἑτέρου κατεχόμενον, καὶ μὴ διαφέρειν αὐτῷ ἢ δύνασθαι περὶ τούτου

E κινεῖν τὴν ἰν ρέμ, *quid si existimet eam rem non esse hereditariam, quam alius possidet, nec ad se pertinere, aut posse eius nomine actionem in rem intendere?* Est tum iusta causa dandæ actionis in rem etiam petitori. His ergo casibus, siue agat possessor, siue petitor, quod interueniat iusta causa, quod res vrgeat, cessat exceptio, quod præiudicium hereditati non fiat: & hoc est quod voluit Papin. in posteriore parte huius l. & quamuis dicat, petitorem citra metum exceptionis agere posse actione in rem: tamen est addendum, & in personam agere posse, quod adiecit Accurs. sed non probat. probatur *l. 27. §. vlt. de leg. 3.* in qua l. proponitur, fisco petente hereditatem iussisse procuratorem Cæsaris, fisco solui pecuniam. Restat vt videamus

modo è contrario, an etiam possessor aut petitor hereditatis à creditoribus hereditariis conueniri possint? agere vterque potest citra metum exceptionis præiudicialis, sed, an etiam vterque citra hunc metum conueniri potest? Et constat hodie posse, nec esse exceptioni præiudiciali locum, si pendente lite creditores suum repetat, quod defunctus debuit, *l. vlt. C. de petit. hered.* quæ docet esse in arbitrio creditoris cum quo agat. Sed si egerit cum possessore, & exegerit, ac deinde vincatur possessor, quod soluerit recipiet, ac repetet postea à petitore. Et idem dicendum in contrarium de petitore. Videtur autem Tribon. in d. sua constitutione respexisse ad id, quod proponit Paulus in *l. 4. §. 1. si cui plusq. per leg. Falcid.* Nam ante dict. *l. vlt.* pendente lite hereditatis suspendebantur actiones creditorum: & qui agebant repellebantur exceptione præiudiciali, propter auctoritatem centumuiralis iudicij: ex causa tamen audiebantur; puta, si res vrgeret, si actio esset peritura tempore, nisi ageretur interim, quod confirmatur exemplo legis 49. *ad Trebellian.*

Ad l. 49. ad Senatusconf. Trebell.

Cum hereditas ex Trebelliano Senatusc. restituitur, si res vrgeat, & metus erit, ne per absentiam forte fideicommissarij dies actionis exeat, heres iudicium suscipere cogitur.

§. 1. *Similique modo filio de possessione contra tabulas deliberante, scriptus heres à creditoribus hereditariis conuenitur.*

IN hac lege duo casus proponuntur à Papiniano, quibus re vrgente datur actio creditori hereditario in heredem scriptum, ne res sua ei pereat, quæ alioqui non daretur. Sciendum est heredem rogatum restituere hereditatem, si eam restituat, transferre actiones vtiles ex Trebelliano, tam actiuas, quam passiuas, vt loquuntur interpretes, in fideicommissarium, obligationes ciuiles, imo & naturales, & post restitutionem hereditatis si heres conueniatur à creditoribus hereditariis, eos repellet exceptione hereditatis restitutæ, quæ dicitur Trebelliani, *l. 28. de iudic. l. Stichum, §. aditio, D. de solution.* & ita se ius habet. Verum ex causa citra metum exceptionis Trebelliani, etiam post restitutam hereditatem, creditores hereditarij recte agent in heredem, qui rem non habet. Sciendum est, recte hereditatem restitui absenti per nuntium, vel per epistolam, *l. restituta, hoc tit.* Finge igitur heredem restituisse hereditatem fideicommissariam absenti: creditoribus vero hereditariis non esse cum fideicommissario absente experiundi copiam, & temporalem esse eorum actionem, remque vrgere vt agant, cur non eis licebit experiri cum herede scripto præsente? Imo vero licebit, & denegabitur ei exceptio Trebelliani: nam adiuit hereditatem: nec enim potuisset eam restituere non aditam. Eadem æquitas interuenit in alio casu, qui in eadem lege proponitur. Finge: Heres scriptus est testamento, in quo filius est præteritus, testamentum in ea causa est vt posset rescindi petita bonorum possessione contra tabulas, si eam agnoscat filius præteritus. Finge heredem scriptum conueniri à creditoribus hereditariis: repellet eos hac exceptione, si non in ea causa sunt tabulæ testamenti, vt contra eas dari possit bonorum possessio, *l. 2. de except. rei iudic. l. is, qui cum herede, de obligat. & actio.* Ita ius se habet. Verum ex iusta causa hęc exceptio denegabitur heredi scripto, nec quidquam obstabit creditoribus hereditariis. Finge: filium deliberare de bonorum possessione contra tabul. amplectenda, vel repudianda, & nimis diu deliberare, & interim periculum esse, ne actiones creditorum tempore intercidant; æquissimum est conseruandarum actionum causa, heredem scriptū interim pati eas actiones, & iudicium in eum dari purum sine vlla exceptione. Et hoc est, quod proponitur à Papiniano in hac l. 49. cuius quidem legis argumento, etiam dicimus possessorem hereditatis, cui fit controuersia, vel cum qualis contestata est de hereditate, citra metum præiudicialis exceptionis conueniri posse à creditoribus hereditariis, ex causa, si res vrgeat, & periculum sit, ne actiones tempore pereant; & vel possessorem, vel petitorem, prout libuerit creditori hereditario. Denique ita concludamus: ex causa denegari heredi, vel possessori hereditatis exceptionem præiudicialem, exceptionem Trebelliani, exceptionem in factum, si non in ea causa sunt tabulæ, &c. Nec in posteriore casu huius legis, mirum est, si conueniatur heres scriptus: Nam ponendum est, eum adiisse hereditatem, vel petiisse bonorum possessionem secundum tab. Quod tamen negat Accursius in verbo *conuenitur*: licet enim tabulæ testamenti in ea causa sint, vt peti possit bonor. possessio contra tabulas, tamen, dum deliberat filius pręteritus, poterit dari scripto secundum tabulas, quod tamen male negauit Accursius? Et sane omnia, quæ in eam legem scripsit, circumscribenda sunt. Bonorum possessio secundum tab. datur cuilibet: datur enim de plano, & sine causę cognitione, quasi de iure, sine edicto scilicet. Verum si ab herede scripto bonorum possessio secundum tab. petita fuerit & agnita, postea sane constituetur sine re, filio pręterito agnoscente bonorum possessionem contra tabul. vel cum re, eodem filio bonorum possessionem contra tab. repudiante. Hæc verba, *cum re, & sine re*, sunt Iurisconsultorum, *l. 25. C. de inoffic. test.* & videndus omnino Vlpianus in Fragm. *tit. 28. de possessionibus dandis, §. vlt.* Sic tamen locutus est Velleius Paterculus: *Tribunitia*, inquit, *potestate eum exuit, cuius etiam imaginem sine re Sylla reliquerat.* Et ita D. Ambros. lib. 9. Epist. *Hereditas cum re & sine re dicitur.* Et quod Ouidius de Cupidine 3. Amor. scripsit, est etiā nostrum. *Aut sine re Deus est nomen frustraque timetur.* Ergo non est dubitandum, quin deliberante præterito possit adiri hereditas, vel bon. possessio ex testamento, in quo est filius præteritus.

Ad l. cum militi, 16. de compensat.

Cum militi castrensium bonorum alius, cæterorum alius heres extitit, & debitor alteri heredum obligatus vult compensare quod ab alio debetur, non audietur.

§. 1. *Cum intra diem ad iudicati executionem datum: iudicatus Titio, agit cum eodem Titio, qui & ipse pridem iudicatus est, compensatio admittetur: aliud est enim diem obligationis non venisse: aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis.*

COmpensatio est debiti & crediti inter se contributio, vel apertius: compensatio est per æris sui computationem ab ære alieno liberatio. Fit hodie compensatio ipso iure ex constitutionibus Imper. Olim fiebat tantum in iudiciis bonæ fidei ipso iure: in strictis non admittebatur. Post ex constitutione D. Marci, vt est in Inst. admissa est compensatio etiam in strictis iudiciis, non quidem ipso iure, sed beneficio exceptionis doli mali. Et ad extremum placuit generaliter in omnibus iudiciis tam strictis, quam bonę fidei compensationem fieri ipso iure, *l. 4. l. 8. l. 21. & vlt. hoc tit. l. 4. 5. & 6. & vlt. C. eod.* Moribus Galliæ non fit ipso iure, ac ne remedio quidem exceptionis, sed ex rescripto principis nominatim, *par lettres de chancellerie*, non potest vti compensatione is vnde petitur, nisi id princeps nominatim concedat. Iure nostro, id est, Romanorum, compensatio in omnibus iudiciis fit ipso iure. Et hoc est quod ait Papinianus *l. 36. de administ. tut. æquitatem, merum ius compensationis inducere*, hoc est, compensationem fieri ipso iure, mero iure. Et ideo, si ego à te acceperim 100. ex aliqua causa, & tu mihi debeas 30. ipso iure non debeo 100. sed 70. tantum, quia æs tuum minuit æs meum ipso iure, &

ex 70. tantum vsurę debebuntur ex mora in bonę fidei iudiciis: vel ex stipulatione in strictis, *l.* 11. *& 12. hoc tit.* Item si per errorem 100. soluero, condicam 30. quasi ipso iure in debita: ac propterea, si petas 100. plus petis, & causa cadis, quia compensatio ipso iure minuit obligationem, vel, vt ait eleganter *l.* 4. *hoc tit.* si totum petis, male petis. Male petere in iure, est plus petere, vel summa, vel causa, vel tempore, vel loco, his modis plus petitur. Et minus recte Alciatus, & quidam alius, male agere dici eum, qui vtitur ea actione, quæ exceptione elidi potest: nam hic agit perquam bene cum ipso iure actionem habeat, nec sane ob id quod agat actione quæ exceptione elidi potest, incidit in pœnam, quoniam potest omitti exceptio à reo, atque ita actor ad id quod intendit peruenire. male agere semper, est plus petere, & in litis amittendæ pœnam incurrere, *l.* 4. *hoc tit.* Et ita etiam qui ante diem agit, male agit, *l.* 1. *Quando dies vsusf. leg ced. & l.* 36. *de reb. cred.* Nihil autem agere dicitur cui nulla actio ipso iure competit, quæ res ei non est fraudi: si quis male agat, fraudi est actori: si quis nihil agat, res est extra periculum & pœnam. Sciendum etiam est compensationem fieri non cuiuslibet debiti, non debiti incerti, vt in *l.* 22. *hoc tit.* non debiti controuersi: quo iure etiam vtimur hodie, sed debiti confessi, & certi, vt si quis in certam summam condemnatus sit, vel confessus sit eam debere se: nam hoc casu liquidum est debitum, de quo videlicet constat sententia iudicis, aut confessione debitoris. Et hoc etiam ostenditur in *l.* 3. *de tut. & rat. distr. l. vlt. C. de compens.* Item sciendum est compensationem tantum fieri eius, quod actor debet, vt si mecum agas, compensabo tantum, quod mihi debes, non quod alij, puta Titio, debes, etiamsi id maxime Titius velit, *l. in rem*, §. *vlt. hoc tit. l.* 9. *C. eod. tit.* Sciendum & hoc: si mecum agas, vt procurator Cæsaris in Asia, id tantum compensabo, quod Asiana statio fisci mihi debet, non quod mihi debet Africana statio, aut quod etiam alij debet Asiana, *l.* 1. *C. hoc tit.* Erant diuersæ stationes, seu procurationes fisci, & quidem quæque regio suam stationem fiscalem habebat, & procuratorem suum seu rationalem: & ideo videbantur plures esse fisci, etsi redirent omnes ad vnum Principem, *l.* 1. *C. ne fiscus*, *l.* 2. *C. de solut.* vbi pro *rationibus*, leg. est, *stationibus.* Si igitur Africana statio mihi debeat, & fiscus agat, compensabo quod illa mihi debet, non quod alia, quia sunt veluti duo fisci: & publice interest non confundi rationes principis, & stationes procuratorum Cęsaris. Ac similiter si mecum agas, vt heres militis ex castrensibus bonis, cum alius sit heres in bonis paganis: id tantum compensabo quod defunctus mihi debuit ex causa castrensi, & non quod ex pagana. Finge, militem habuisse alia bona castrensia, alia pagana. Alium fuisse heredem castrensium bonorum, alium paganorum. Duæ sunt hereditates, castrensis & pagana; atque adeo duo quodammodo homines, paganus & miles, vnus homo duorum vicem sustinet: duas hereditates fecerunt constitutiones principum, quæ sunt editæ de priuilegiis militum, separando scilicet bona castrensia à bonis paganis, *l.* 25. §. 1. *famil. ercisc. l.* 19. §. 1. *de test. mil. l.* 2. *C. eod.* Quia igitur duo quodammodo sunt patrimonia, paganum & castrense: paganus & miles; debitor castrensis si velit compensare, quod sibi debetur ex causa pagana, non audietur, quod in h. l. dicitur: non possum compensare cum actore, quod non actor, sed alius mihi debet, & hic vtique alius mihi debere intelligitur quod mihi debetur ex alia causa, quam ex qua conuenior, puta, ex causa pagana, cum conuenior ipse ex causa castrensi.

Ad §. 1. Sciendum est, compensationem tantũ fieri præsentis debiti ac puri: nã quæ debentur in diem, debentur quidẽ, etiam si nondũ sit nata obligatio, sed illud debitũ nondũ peti potest, & ideo ante diem non compensatur, quamuis illud sua die dari oporteat, *l. quod in diem, hoc tit.*

A necesse autem est, vt dies sit appositus obligationi ab initio: nam si obligatio pure contracta fuerit primum, & deinde humanitatis gratia datus sit dies debitori ad soluendum, sane etiam ante hanc diem, eius quod debetur recte fit compensatio, quoniam inspicimus initium obligationis, quæ quidem obligatio pura fuit ab initio, & dies qui postea debitori ad soluendum datus est, humanitatis tantum gratia datus est. Finge nunc: Titius mihi condemnatus est: iudicati quidem faciendi certa sunt tempora: olim fuere iusti dies 30. ex duodecim tabulis, qui dies dicebantur tempus modicum, hodie tempus est immodicum: nam dantur quatuor menses ex Iustiniani constitutione Qua de causa moribus nostris nulla hodie seruantur tempora iudicati faciendi, & nisi iudex diem iudicati faciendi dixerit, fit statim iudicati executio, potestque statim conB ueniri reus. Et sane Iustiniani constitutio relata in *l.* 2. *C. de vsur. rei iudic.* ab æquitate 12. Tab. abhorret, quæ scilicet hæc erat, quia nihil erat damni in mora modici temporis, 30. nempe dierum, qui quidem dies 30. non erant iudicato inuidendi, quod nulla videretur creditoris esse frustratio. At ex Iustiniani constitutione secus est, & videtur in ea esse quædam inhumanitas, cum maximum sit damnum creditoris in mora quatuor mensium. Quod si dixeris esse humanitatem, eam immodicam dicas necesse est. Qua ex causa nulla hodie seruantur tempora iudicati faciendi, nec vsu recepta Iustiniani constitutio, imo nec ius 12. Tab. nam si sequendæ essent hac in re leges, sane Iustiniani constitutio, quæ postrema est, seC quenda esset, quæ cum ab æquitate abhorreat, merito respuitur ac reiicitur. Sed ad legis speciem redeamus, & ita fingamus: Titius mihi condemnatus est in certam summam, & ago cum illo eo nomine: post tempora iudicati, ego quoque Titio aliquid vicissim debeo ex causa iudicati, sed mei gratia nondum exierunt tempora iudicati faciendi: an intra ea tempora Titius mihi poterit compensare quod vicissim ei debeo ex causa iudicati? Et eleganter in hoc §. definit Papin. etiam ante diem iudicati faciendi recte fieri compensationem, quoniam ab initio pura fuit obligatio, & tempus quod indulgetur iudicati faciendi gratia, id leges indulgent humanitatis intuitu, & vt Græci dicunt, φιλοσόφως συγχωρῦσιν Idem omnino dicendum est, si pura fuerit obligatio, & humanus creditor laxiorem diem ad soluendum debitori D suo dederit: nihilque refert, an lex, an creditor humanitatis gratia post contractam puram obligationem, ampliorem diem reo ad soluendum dederit: nam ante eum diem vtique semper admittetur compensatio. Atque ita ex facto contigit in quadam lite cui ego interfui, ex qua intelligitur quemadmodum sit vtendum legibus nostris. Species talis est: Centum mihi debes ex causa iudicati (nulla seruantur hodie iudicati faciendi tempora) itaque iudicatum statim exequi possum confestimque ea 100. quæ mihi debes exigere: sed tamen rogatus distuli petitionem in biennium. Interim vero ego ex nouo aliquo negotio debeo tibi aliquid, puta, 40. idque ex causa iudicati, quæ quidem 40. tu confestim petis tibi solui: impetro libellum compensationis à principe: an ex eo vti possum compensatione? Tu dicebas, biennium nonE dum præteriisse, atque ita nondum venisse diem, quodque in diem debetur non venire in compensationem. Ego vero contendebam, aliud esse, non venisse diem, qui fuit ab initio in obligatione, aliud vero esse, non venisse eum diem, quem ego rogatus tibi humanitatis gratia dederam, indulseramque, cum pura esset præsensque obligatio: nam hoc casu ante eum diem, quem scilicet ipse humaniter indulsi, recte me vti posse compensatione. Et hæc est Papiniani nostri in hoc §. vlt. sententia, cuius quidẽ auctoritate vicimus, hancque controuersiam terminauimus. Superest vt interpretemur *l.* 36. *de admin. & peric. tutor.* quæ opponitur sententiæ *d. l.* 16. quę tamen est eiusdem Papiniani, & ex eodem libro.

Ad

Ad l. 36. De administ. tutor.

Inter tutores diuisa tutela est: æquitas quæ merum ius compensationis inducit, propter officium agentis tutoris non differtur. Nam diuisio tutelæ quæ non iuris, sed iurisdictionis est, modum administrationi facit, & inter ipsos locum habet, nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.

FInge: Duo sunt tutores pupilli: vnus rerum vrbanarum, alter rerum prouincialium: Ita diuisit iudex administrationem inter tutores, vt alter res vrbanas administraret, alter prouinciales, & agit mecum tutor rerum vrbanarum: id sane compensabo, quod debet mihi pupillus ex causa contractuque vrbano. An etiam compensabo quod mihi debet ex contr. prouinciali? sic videtur: quia est propria quædam ratio in pupillo, quæ non est vel in procuratore Cesaris Asianę Diœceseos, vel in militis herede castrensium bonorum, aut paganorum. Primum enim nulla constitutione bona pupilli sunt separata: vnum est patrimonium pupilli, constitutionibus separantur bona castrensia à paganis, quæ quidem ad vnum militem pertinent: sed non separantur bona pupilli vrbana à prouincialibus. Vna est hereditas: & natura non fert sine constitutione speciali, vt vnius hominis sint duo patrimonia: ac præterea non sunt diuersæ stationes pupilli, non diuersæ procurationes, non etiam sunt duæ tutelæ, etsi sint duo tutores; vna est tutela ipso iure indiuisa: diuisio tutelæ non fit ipso iure, sed à magistratu, vt commodius res pupilli administrentur. Et hoc est, quod ait Papinianus in *h. l.* diuisionem tutelæ non iuris esse, sed iurisdictionis, hoc est, fieri à magistratu, non ipso iure: hoc est certum. Diuisio quidem nominum inter coheredes fit ipso iure ex 12. Tab. pro portionibus hereditariis: & ideo nomina non veniunt in iudicium familiæ erciscundæ, quia ipso iure diuisa sunt, *l. ea quæ, C. famil. ercisc.* Diuisio autem tutelæ non fit ipso iure inter tutores. Concludamus igitur: diuisio tutelæ, quæ non fit ipso iure, non potest impedire compensationem, quæ fit ipso iure: & ideo si agat tutor rerum vrbanarum, is, cum quo agit nomine pupilli, recte compensabit, quod sibi à pupillo debetur ex causa, & ex contractu prouinciali: imo id ipsum ius merũ compensat: & hoc est quod ait Pap. *inter tut. &c.* Sequitur, *Propter officium*, id est, quod tutor, qui agit, sit tantũ ex diuisione tutelæ administrator vrbanarum rerum, hoc non impedit compensationem, id est, hoc non efficit, vt non compensetur ipso iure quod pupillus ei cum quo agit debet ex causa prouinciali. Et eleganti ratione vtitur hic Papinianus: Nam *diuisio tutelæ, quæ non iuris, &c.* id est, diuisio tutelę modum administrationis facit, hic est effectus diuisionis tutelæ, quæ fit à magistratu, vt sciatur quod quisque administrare debeat, & hunc modum administrationis à magistratu præfinitum obseruant tantum inter se tutores, non etiam alij, puta, creditores vel debitores pupilli. Et ideo hæc diuisio experiri cum pupillo volentibus non obstat. Experiri commune est reo & actori Et ideo reus cum quo agit tutor rerum vrbanarum propter diuisionem tutelæ, non prohibetur compensare quod sibi debetur ex contractu prouinciali. Non porrigitur hæc diuisio ad alios, qui rei non interfuerunt: atque ideo recte ei soluit tutor rerum vrbanarum, & quod soluerit pupillo reputat recte, *l. Titium, §. vlt. hoc tit.* Est igitur aperta lex, quę prima specie videtur obscura. Nec est quod obiicias *l. g. 2. C. si ex plur. tut.* quæ sola lex obiicitur. Finge: Inter tutores diuisa est tutela. Agitur cum tutoribus huius prouinciæ, vel etiam tutores huius prouinciæ agunt cum debitoribus pupilli nomine. an cæteri omnes tutores de aliis prouinciis in iudicium producendi, vt liti subsistant? Pone pupillum habuisse plures tutores in prouinciis pluribus, & vni res Italicas, alteri Syriacas commissas esse. An si creditor pu-

A pilli cum tutore Italicæ rei agat, etiam alter tutor rei Syriacæ in iudicium producendus erit, vt cogatur liti subsistere? Minime. Et nihil est præterea in *d. l. 2.* hoc vero non obstat iis, quæ à Papin. proponuntur in hac l. 36. nam fateor quidem non omnes tutores liti subsistere debere, quam scilicet patitur tutor vnius prouincię: sed an ideo sequitur tutorem vnius prouinciæ non posse conueniri nomine pupilli ex causa seu contractu alterius prouincię? Minime, nec sane hoc dicit lex, sed hoc vult tantum, cum agitur de bonis pupilli, satis esse, si lis insinuetur tutoribus eius prouincię, vbi agitur. non omnes producendos esse ad iudicium, nec litem insinuandã esse aliis prouinciis. Sed si tutor vnius prouinciæ agat ex obligatione alterius prouinciæ, quę non pertineat ad ipsius administrationem, iure quidẽ agit, sed repelli potest
B exceptione, quod immisceat se rei ad se non pertinenti, *l. 4. hoc tit.* sed si cum eo agatur, veluti cum tutore vrbano ex causa prouinciali, non poterit vti tutor vlla exceptione aduersus creditorem prouincialem, quia non creditores prouinciales, sed ipsi tantum tutores adstringuntur diuisioni tutelæ.

Ad l. 1. De probat.

Quotiens quæreretur genus vel gentem quis haberet, nec ne, eum probare oportet.

IN controuersia aut lite hereditatis legitimę incidit sępe quęstio de genere, aut dum hi, qui gentis iure sibi
C vindicant hereditatem, negantur esse ex ea gente, vel dum negantur genus & gentem habere. Serui neque genus neque gentem habent: liberti vel ab iis orti gentem non habent: nam gentem hi soli habent quorum maiores nemini seruitutem seruierunt. Et in ea quæstione Papinianus ait, ei incumbere onus probandi, qui dicit se genus vel gentem habere: dicit gentem vel genus, vt T. Liuius I. de patriciis, *nos solos gentem habere, &c.* Obiicies huic definitioni Nouellam 36. quæ ab vtraque parte admittit probationes, & ab ea quæ negat, & ab ea quæ dicit se gentem vel genus habere, siue agat, siue conueniatur: Nam, vt est in l. 2. *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.* quo loco addendum, *siue agat, siue conueniatur*, ex *l. in except. hoc tit.* Sunt negationes quæ-
D dam, quæ vim affirmandi habent, quarum etiam incumbit probatio, vt si quis neget emancipationem filij iure factam *l. 8. hoc tit.* vel neget aduersario licere procuratorem dare *l. 5. hoc tit.* si quis neget se Lutetiæ fuisse eo tempore, quo cædes facta, *l. pen. C. de cont. stip.* si quis neget testatorem fuisse sanæ mentis, *l. 5. C. de codic.* negationes inquam, quæ vi sua affirmationes sunt, vt si nego te gentem aut genus habere, vi ipsa affirmo te seruum esse: dum nego iure factam emancipationem, vi ipsa affirmo te in alterius esse potestate, & ideo etiam ex parte tua non improbe admittetur probatio. Sed si quis rursus obiiciat d. Nouellam, ad id obiiciam, probationem potissimum exigi ab eo, qui dicit se gentem vel genus habere: sed non ideo minus exigi probationem ab aduersa parte, si quidem pleniorem habeat: & nouum
E non esse vt probationes ab vtraque parte afferantur, *l. fallaciter, C. de abol.* Obiicies *l. 15. hoc tit.* quæ onus probandi confert non in eum, qui dicit se gentem vel genus habere, sed in aduersarium, qui negat, & proponit vafrum hominis ingenium, qui dicit se Titij filium, atque ita eius hereditatem inuasit, & in crimen falsi incidit, quod genus & parentes finxit, tenetur que pœna l. Corneliæ de falsis, *l. falsi, ad l. Corn. de fals.* Paul. v. Sent. tit. eod. vtque magis fraudem occultaret fratribus defuncti ad quos redibat hereditas, quasi ex mandato patris fideicõmissum soluit, & ab iis apocham soluti fideicommissi extorsit, cum existimarent esse verum filium fratris. Qua fraude cognita agunt petitione hereditatis in eum, idque merito, quia pro possessore possi-

det: sed vt ait *l.* 15. necesse habent probare, eum non fuisse filium defuncti; nec ab eo exigitur probatio se fuisse filium. Et hoc ideo fit in specie *d. l.* quia apocha, seu professio fideicommissi soluti, præsumptionem pro eo facit, qui finxit se filium Titij, & in iure semper obseruatur, vt presumptio, quæ pro vno facit, transferat onus probandi in aliū, *l. 24. §. si petitum, de fideicom. libert. l. vlt. in princ. quod met. caus.* Placet autem quod ait *d. l. 15. quasi mandatu defuncti fideicommissum soluisse:* nam *mando* verbum est fideicommissi precarium, non directum, *l. 2. C. comm. de leg.* & sane perficitur fideicommissum his verbis, *Rogo, mando,* sicut & mandatum, *l. 1. mand. l. 16. C. de neg. gest. l. quidam, de hered. instit.* Virgil.

---- *orans mandata dabat.*

in quo Virgilium admiror quod ambiguitatem verbi *oro,* sustulerit addens, *mandata dabat*: nam *oro* modo pro mandato est, modo pro hortatione accipitur, *l. si serui mei, de neg. gest.* vbi huius verbi duplex significatio apprimè declaratur. Obiicies, quod ait Accursius, impossibile esse probare genus, se esse filium illius: & adduces *l. Lucius 83. de condit. & demonst.* Filius suus pure est institutus, aut sub conditione possibili. Nam si filius suus instituatur sub conditione, quæ in potestate eius non est, inutilis est institutio, & nullum testamentum. Finge, filium institutum esse sub ea conditione, si filium se probaret. non valet institutio, quia non est in potestate eius hoc probare. Hinc colligit Accurs. non esse in potestate nostra probare genus: perperam: nam non quodcumque non est in potestate nostra est impossibile; vt si nauis ex Asia venerit, non est impossibile, etsi in nostra potestate non sit: Neque vero distinguo inter patrem & matrem: vt tentat Accursius, nec vna probatio altera difficilior est. Probare est persuadere iudici: aduersario nunquam probaremus. Sed non contingit semper, vt volumus. Conditio igitur, quæ iniungit probationem, non est in nostra potestate, est tamen possibilis: est autem generis seu gentis nomen ambiguum: nam genus est vel à loco, vel à patre, vti memini me legisse in Institutionibus Porphyrij. Possit & genus à matre me nō refragante deduci, *l. 6. C. de reb. cred.* Gens igitur à loco, vel à maioribus est. Et inde similiter gentilis dicitur mihi, qui eodem loco eademque patria ortus est, qua ego sum. & ita Gellius l. 17. cap. 17. duas & viginti linguas Mithridatem percalluisse non minus, quam si gentilis fuisset, hoc est, ex eadem patria. Item gentilis est, cui nomen familiæ idem est, quod mihi: veluti Marco Tullio, Tullius Hostilius, Iulio Cæsari, Iulus Æneæ filius. Agnatio ex vna stirpe manat, gens vero ex pluribus. Ideoque proximiores nobis sunt agnati, quam gentiles, qui vlteriores sunt, nec adeo certi atque agnati: agnatio enim ex vna familia conficitur, gens ex pluribus & innumeris: atque ideo 12. tabulæ prius vocant ad curationem furiosorum agnatos quam gentiles *l. 53. sæpe, de verb. signific.* & iisdem legibus ad legitimam hereditatem primum vocantur agnati, deinde gentiles. Si intestatus moritur, cui suus heres nec extabit, *agnatus proximus familiam habeto, si adgnatus nec erit, gentilis proximus familiam habeto.* Ius igitur agnationis, quod & stirps dicitur, gentilitatis iure proximius est. Ius autem cognationis leges 12. Tab. non nouere: Prætores vero illud nouerunt, sed ei gentilitio iure sublato, gradum locumque postremum post agnatos, dederunt. At Iustinianus Nouella sua 118. c. 4. parem eundemque gradum dedit agnatis & cognatis, voluitque vt proximior cognatus vltimum agnatum à successione legitima excluderet, & retro proximior cognatus, vlteriorem cognatum. De differentia igitur generis & gentis, ita constituamus: agnationem ex vna stirpe seu familia: gentem ex pluribus venire: Item agnationem proprio iure familiæ suæ contineri: gentem communi iure sanguinis, petita ex longa annorum & sanguinis serie. Cornel. Fronto: *gens*

A *maiorum seriem quærit.* Item agnationis est communis familia, non etiam stirpis. Et ineptissimi sunt, qui hoc in loco gentis nomen referunt ad cognationem: nam gentilitas amittitur quacumque capitis deminutione: cognatio vero non omni capitis deminutione amittitur: *§. vlt. Instit. de legitima agnat. tutel.* Possis rectius generis nomen referre & ad agnationem, & ad cognationem, id est, ad lineam virilem, muliebremque.

Ad l. 12. De vulgar. & pupill.

Si filius qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit; audiri debet: iustius enim prætorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris B *concesserit. Etenim ius dicenti propositum est liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non inuitos ab hereditate remouere. Præsertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem. Itaque legata duntaxat ex secundis tabulis præstari debent, habita ratione facultatum in Falcidia, non patris, vt alias solet, sed impuberis.*

Lex 12. de vulg. & pupill. multas res singulares complectitur. Hoc primum scire oportet: filium familias patri suum heredem esse ex testamento, vel ab intestato, hoc est, αὐτοκληρόνομον: quasi, non tam patris quam sui ipsius heres sit quod viuo patre quasi dominus intelligatur, ideoque mortuo patre continuat dominium in bonis relictis à patre, sibique ipsi videtur succedere: C & eodem modo dicimus suum assentatorem, quasi sui ipsius assentatorem: Item suum fratrem, quasi fratrem sui ipsius, Seneca lib. 5. de benef. Ergo filius statim atque obiit pater, heres existit mero iure, ipso iure etiam clausis tabulis testamenti, etiam inuitus & ignorans, *l. in suis, de liber. & post. l. 1. §. qui sunt, si quis omissa caus. test. §. sui autem, Instit. de hered. quæ ab intest.* Existere est repente apparere, quod Græci ἀναφαίνεσθαι. Sui heredes existunt confestim: Itemque necessarij heredes. Extranei vero heredes, non ita subito existunt, sed mortuo eo, de cuius bonis agitur, postquam deliberauerunt & fecerunt etiam aliquid, quo declararent se heredes esse velle: neque enim tam iure fiunt, quam facto, vt cretione, aditione, vel gestione pro herede. His modis ex- D tranei adquirunt hereditatem: sui hoc solo, quod extiterint statim à morte testatoris, id est, quod apparuerint heredes, & statim à morte testatoris apparuisse intelliguntur, etsi ignorauerint mortem parentis. Existentia igitur, vt interpretes nostri loquuntur, sui heredis, seu ἀνάφανσις illa quæ iuris intellectum habet, & contingit ignoranti & inuito, species est adquirendæ hereditatis. Hoc genere adquirunt sui heredes hereditatem, etiam quiescentes aut dormientes: Cæteri autem, nonnisi actu interueniente aliquo. Etiam illud addendum est, filium non tantum patri heredem existere ipso iure, sed etiam fratri impuberi, scilicet, si & à patre substitutus sit secundis tabulis, & eueniat casus substitutionis, hoc est, si frater ante pubertatem decesserit. Nam qui patri E ex institutione inuitus heres existit, existit etiam fratri ex substitutione pupillari, *l. 2. §. prius, l. sed si plures, §. 1. hoc tit. l. Iulianus, §. 1. de adquir. hered.* dum ait, *vtique, si frater à patre fratri impuberi substitutus sit, sine dubio ei necessarius heres erit,* hoc est, inuitus hereditati fraternæ alligabitur, & vtitur συλληπτικῷ, vtique sine dubio, vt id magis confirmaret. Et hæc quidem ita se habent iure ciuili. Iure Prætorio siue Prætoris beneficio hoc datur filiofamil. si velit, quamuis iure ciuili sit necessarius heres, tum patris ex iure, tum fratris ex substitutione pupillari, vt se abstineat vtriusque hereditate. Iure ciuili non potest: iure præt. potest se abstinere. Huius autem abstentionis hic erit effectus vt scilicet liberetur per exceptionem. Nam Prætor neminem libe-

rare potest ipso iure, sed vt liberetur per exceptionem, à creditoribus hereditariis, à legatariis, à fideicommissariis & cæteris oneribus. Prætor ex æquo & bono liberat eum, qui sua sponte heres non extitit, Lex *necessariis, de adquir. hered.* ait, eos iure ciuili creditoribus hereditariis teneri, sed si velint abstinere, non dari actionem. In iure sæpe non dari dicitur actio, quæ non datur efficaciter, quæ datur cum exceptione peremptoria. Hic est effectus abstentionis, vt liberetur ab omnibus oneribus, posita hac exceptione, *si non me abstinui bonis*, sed illud etiam non efficit abstentio, vt desinat esse heres. Obstat definitio seu regula iuris in *l. ei qui soluendo, de hered. instit.* quæ vult, vt qui semel heres extitit, non desinat heres esse. Obstat & modus iurisdictionis Prætoriæ. Prætor non facit heredem, non dominum: & non efficit igitur, vt qui heres extitit, heres esse desinat data facultate abstinendi, & ideo quia abstinuit se hereditate, nihilominus heres manet, *l. cum quasi*, §. *sed & si, de fideicomm. libert. l. 6.* §. *si filius, de bon. libert. l. 2.* §. *sed si sint, ad Tertull.* Est igitur heres nudo nomine, sine re, sine emolumento, sine onere etiam vllo: & nudum tamen illud nomen heredis non caret effectu suo: sustinet enim secundas tabulas. Si nemo sit heres defuncti ex primis tabulis, nec re ipsa, nec nomine nudo, non valent secundæ tabulæ: sed si aliquis vel nomine nudo sit heres defuncto ex primis tabulis, valent secundæ, valent legata relicta secundis tabulis, quod hæc lex confirmat & *l. filius, & l. Iulianus, de adquir. hered.* Valent igitur & tutelæ, & libertates, & omnia, quę vel in primis, vel in secundis tabulis sunt: denique nudum nomen heredis sustinet, corroborat testamentum: quæ est communis opinio, ac verissima. Miror Antonium G. dissentire, & huic legi nō respondere, respondere tantum *l. Iulianus*, in qua pupillus scriptus heres abstinuit se, atque ita tantum nomen retinuit, non rem; & tamen consistunt secundæ tabulæ, & comminiscitur in ea specie, quod non extat in tenore legis pupillum, qui se abstinuit miscuisse se bonis ab initio, mixtionem hanc confirmare secundas tabulas, non nudum nomen heredis quod relinquitur post abstentionem. nihil debemus temere comminisci, supplenda sunt quædam, nobis, quæ scripta non sunt. Sed hoc totum quod hic scribit commentitium esse ex eo apparet, quod non possis in concordiam adducere *l. Iulianus*, cum *l. paterfam. de reb. auctor. iud. possid.* nisi in *l. paterfamil.* dicas abstinuisse eum, qui ab initio miscuerit se bonis: in *l. Iulianus*, qui se ab initio non miscuerat. Sed nec illud ferendum, quod adiicit suum heredem ex testamento non esse. qui hoc scribunt deducendi sunt ad Institutiones, *ad* §. *sui autem & necessarij, de hered. qual. & diff.* nihil est certius. Etiam illud non fero, ex *l. sed si plures*, §. *si ex asse, hoc tit.* liquere nudum nomen heredis non confirmare tabulas pupillares. Videamus vt liqueat, quod dicit Iurisconsultus: non sufficere ad vim secundarum tabularum, id est, non confirmari secundas tabulas, si ita factum sit testamentum, vt ex eo hereditas adiri possit, sed necessariam esse aditionem ex eo ait liquere, nudum nomen heredis non confirmare secundas tabul. vobis, vt puto non liquet, neque definitum est: nam de extraneo herede loquitur, qui hereditatem repudiauit, vel omisit non adeundo intra tempora: hic non retinet nudum nomen heredis: & ideo non consistunt secundæ tabulæ, quia nemo heres est nomine vel re. si quis nomine esset, vtique consisterent secundæ tabulæ. Videtur nimium studium reprehendendi Bartolum, hic eum induxisse in errorem, sed nihil est verius quam quod aiunt nostri: existentiam sui heredis confirmare secundas tabulas, id est, nudum nomen heredis confirmare omnia, quæ scripta sunt & in primis, & in secundis tabulis. Id satis ostendit l. *nostra*. Primas tabulas dicimus testamentum patris, quo sibi heredem instituit: secundas testamentum filij impuberis, quo pater heredem ei substituit in hunc casum: si antequam pubes existat, vita decesserit, si eo tempore decesserit, quo sibi testamentum facere heredemque in eo instituere non potest: & alij quidem quam filio impuberi nemo recte testamentum facit: nec potest quidem pater filiofamilias puberi facere testamentum, cum possit sibi ipse facere pubes. Et moribus tantum receptum est, vt pater testamentum facere possit filio impuberi, quod valeat tantum ad pubertatem vsque. & hoc testamentum appellamus secundas tabulas vel substitutionem pupillarem. Et licet videantur esse duo testamenta, tamen ex Sabini sententia quæ ostenditur in *d. l. paterfamilias*, pro vno habentur. Atque ita duo testamenta, quodammodo in vnum confunduntur. & ideo in ponenda ratione legis Falcidiæ legata primarum & secundarum tabularum, relicta vtroque testamento, quasi vno relicta confunduntur, contribuuntur, communi calculo subiiciuntur, & ex his vna Falcidia deducitur, si superent dodrantem hereditatis paternæ. Bona tamen paterna, & bona pupillaria non confunduntur, vnum enim est testamentum, sed duorum bonorum, duarum hereditatum, duarum causarum, §. *igitur, Inst. de pupill. subst.* Et ideo in ponenda ratione legis Falcidiæ computantur bona paterna tantum, non pupillaria, quæ bonis paternis non miscentur in quantitate patrimonij excutienda, sed spectatur tantum, quanti sint bona paterna, nulla ratione habita bonorum pupillarium, & si legata contributa superent dodrantem eius quantitatis, cuius sunt bona patris, vni duntaxat Falcidiæ locus est. Igitur, vt dicam apertius, si omnibus legatis exsoluendis sufficiant bona patris, vt si omnia legata in vnam summam redacta efficiant trecenta & in bonis patris mortis tempore fuerint quadringenta, cessat Falcidia, etiamsi iisdem forte legatis exsoluendis non sufficiant bona pupillaria. Et contra si his legatis soluendis non sufficiant bona paterna, vt si legata paterna excedant dodrantem, vel assem bonorum patris, locus est Falcidię, hoc est, substitutus impuberis detrahit Falcidiam ex legatis relictis primis vel secundis tabulis, & præter Falcidiam habet etiam bona pupilli integra & illibata. Falcidia igitur detrahitur tantum ex bonis paternis, siue primis, siue secundis tabulis relicta sint legata, quia de suo præstari legata voluerit: & non spectatur, quid sit in bonis pupilli, sed tantum quid in bonis patris: & legata relicta secundis tabulis videntur relicta in primis in ponenda ratione legis Falcidiæ, vt sola bona paterna æstimentur, & vt quantitas sola bonorum patris conferatur cum legatis primarum & secundarum tabularum: quæ est definitio *l. in ratione*, §. *quod vulgo, ad l. Falcid. l. coheredi*, §. *coheres, hoc tit.* Et hæc regula iuris demonstratur in hac l. his verbis: *vt alias solet.* Sed non seruatur in specie huius legis. Nam hic legata relicta secundis tabulis præstantur ex hereditate pupillari, & in ineunda ratione legis Falcidiæ computatur hereditas pupillaris, non paterna. Huiusce autem legis facio duas partes: vna est de secundis tabulis, an ex eis hereditatem possit obtinere is, qui renunciauit primis? Altera de legatis relictis secundis tabulis, an debeantur, & si debeantur, an præstentur de pupilli bonis, & an in ponenda ratione Falcidiæ habeatur ratio hereditatis paternæ? Explicabo hodie priorem partem. Finge: Sempronio duo sunt filij, vnus pubes, alter impubes. puberem heredem instituit ex asse, vel ex parte, adiecto coherede extraneo: filium vero impuberem exheredauit, eique secundis tabulis substituit filium puberem, si impubes ante pubertatem vita decederet. licet substituere etiam hoc modo exheredato, quia possunt ei esse aliqua bona aduentitia. deinde pater eundem filium sibi, & filio impuberi heredem fecit, filium scilicet puberem, qui mortuo patre ei heres extitit statim: deinde fratri impuberi mortuo, etiam heres extitit statim: posset quidem vtriusque bonis se abstinere beneficio Prætoris, at non vult vtriusque, sed

patris tantum. Quæritur an possit? Papinianus ait, Prætorem, ex cuius iurisdictione manat abstinendi facultas, (neque enim est hæc facultas ex iure ciuili) iustius facturum, si id ei permiserit: vt relinquat bona paterna, & amplectatur fraterna. Nam, vt ait, edicto, quo Prætor abstinendi potestatem facit, hoc ei propositum est, vt liberos soluat oneribus quæ inuiti susceperant, quasi heredes necessarij, dum repente heredes existunt, non etiam vt remoueat eos ab hereditate, quam amplecti desiderant. Atque ita in hac specie filius pubes non remouebitur inuitus ab hereditate fratris impuberis, id est, non remouebitur à secundis tabulis, quamuis exoneratus sit primis, nec quo minus patris repudiet hereditatem impeditur. Obsequi Prætor vult voluntati liberorum, non ei obsistere: quinimo ei propositum est obsistere incommodis eorum, non etiam commodis, & abstentionis beneficio eos exonerare, non onerare aut lædere. Et hoc est, quod ait in primore parte huius leg. deinde ait, in filio siue fratre esse præcipuam quandam rationem, vt etiamsi spreuerit paternam hereditatem, retineat fraternam, quia omnimodo habiturus erat fratris hereditatem ab intestato. Omnimodo, id est, etiam deficiente voluntate patris, seu pupillari substitutione. Vnde ita concludamus: Qui spernit paternam hereditatem, non ideo protinus remouetur ab alia hereditate, quæ ei delata est iudicio & voluntate patris, si & citra voluntatem patris habiturus eam fuerit. & frustra remouetur à substitutione pupillari, qui mox ipso iure ad eam hereditatem est peruenturus. Et sane non inuidemus commodum sustitutionis pupillaris ei, cui non potest ea res eripi, qui non potest non esse heres fratris impuberis. Et huius prioris partis velut breuis summa est in *l. filius, de adquir. heredit. Filius*, inquit, *qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit, & pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere.* Hæc lex, inquam, definitio est prioris partis huius legis. Ideoque posui filium puberem substitutum filio impuberi exheredato, sicut *l. filius*, quæ, vt iam dixi, huius l. breuis comprehensio est. Alij ponunt puberem filium institutum ex vna parte, substitutum filio impuberi ex altera parte instituto, id est, coheredem coheredi substitutum fuisse, si intra pubertatis annos decessisset, & ab eo bona separari posse, ita, vt recuset paterna, & retineat fraterna, si locus sit substitutioni. Id vero ratio non patitur: neque igitur ita species apponi potest ad hanc legem. Nam ita posita specie, non potest recusare hereditatem patris, quin & recuset fratris, quia portio hereditatis paternæ quam recusauit, adcrescit impuberi fratri: atque ita in personam impuberis confluunt omnia bona patris, & commiscentur cæteris bonis pupilli, vt substitutus qui non vult bona paterna, non possit etiam habere fraterna: confusa enim sunt bona in vna persona; & vnius personę hereditas scindi non potest, vt pro parte habeatur, pro parte non habeatur. Nam nec legatum quodlibet scindi potest, non possumus honorem, quem nobis moriens reliquit, fastidire superbe; aut totum amplecti oportet, aut totum recusare. Et ita in extraneo herede substituto filio impuberi heredi instituto ex asse aperte definitum est in *l. sed si plures*, *§. filio, hoc tit.* & definiendum idem in fratre coherede, quia eadem ratio in vtroque interuenit, quod iunctæ & coadunatæ sint hereditates in personam filij, & iam vna est, quæ scindi nequit. Et illi etiam censent non distinguendum esse in hac re inter extraneum & fratrem: quod probo: sed illud non probo: vt hoc accipiatur de filio impubere, qui pro parte patri heres extitit: est enim intelligenda, vt dixi, de impubere exheredato; & ideo inanem duco esse laborem illorum, dum quærunt rationem conciliandæ huius *l.* cum §. *filio.* neque etiam specie vlla pugnant inuicem: non enim est vtraque de substituto coheredis, sed ille §. *de filio* tantum, hæc autem l. est de substituto exheredati. Substitutus coheredis nullo modo potest inducere separationem bonorũ; substitutus exheredati facillime, quoniam hereditas patris qua se abstinuit: non adcreuit exheredato, sed bona venierunt à creditoribus, *l. paterfamil. de priu. cred.* Videamus tamen quam conciliationis rationem adinuenerint, nulla cum esset. Distinguunt abstentionem à separatione bonorũ, & dicunt in hac l. agi de separatione: at in d. §. *filio*, agi de abstētione: hunc esse modũ cōcordię. Perperam: nam abstentio, quæ ab eis fingitur fuisse in *d. §. filio.* in eodem §. palã dicitur separatio: &, vt breuiter dicam, ait, *si filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis sit secundis tabulis, hic substitutus non potest separare hereditatem:* & subiicit, *idem esse si coheres coheredi impuberi substitutus sit:* idem igitur esse, vt non possit separare hereditatem. & nihil est præterea in *d. §. nihil, de abstentione, totus §. est de separatione.* Si verum amamus, nullum est discrimen inter separationem & abstentionem: Nam separatio nihil aliud est, quam horum bonorum abstentio, & illorum retentio. Qui abstinet se bonis paternis & amplectitur fraterna, vtique separat bona, sicut qui repudiat hereditatem paternam, & adit fraternam, id est, pupillarem hereditatem. Nam qui apprehendit fraterna, auersatur paterna, quid aliud facit quã vt his abstineat, illa apprehendat? Igitur diuersa illi faciunt, quæ sunt plane eadem. Sed demus esse diuersa; iuuat scire quam constituant rationem differentiæ. Horum differentia hæc est: is, qui se abstinuit bonis paternis remouetur à pupillaribus, ne videatur partim improbare iudicium defuncti, partim approbare, & scindere; quod est absurdum, *l. 7. de bon. lib.* Et ita accipienda est secunda pars *d. §. filio.* Altera est: is, qui impetrauit separationem bonorum, non improbat iudicium defuncti, & ideo non remouetur à substitutione pupillari, vt in hac l. & abstentio & separatio impetratur à Prætore: & siue abstentionem impetres, siue separationem, quid aliud agis, quam, vt partim probes, partim improbes iudicium defuncti: non minus id agis, si separes bona, quam si te abstineas à bonis paternis? Hæc igitur ratio differentiæ non est idonea: in ea igitur non est insistendum: res est clarissima. non eadem est species huius legis, quæ §. *filio.* Hæc lex est de substituto exheredati qui si se abstinuit paternis bonis, non remouetur propterea à fraternis, quæ omnimodo habiturus esset, etiamsi non fuisset substitutus. In *d. §. filio*, agitur de coherede substituto coheredi, qui si omittat hereditatem paternam, nec pupillarem habebit, ne eandem vnius personæ pecuniam scindat. Verum vt nihil ad hæc desideretur, nobis sunt diligentius explicandi tres casus, qui proponuntur in *d. §. filio*, & in *§. seq.* Hi tres casus sunt diuersi à casu huius legis, ideo distinguendi accurate, ne quid nos perturbet. Prior est, filio impuberi instituto ex asse quidam substitutus est secundis tabulis. nihil refert hoc casu, quis ille fuerit, extraneus aut frater. Nam quisquis fuerit, si pupillus se non abstinuerit ab hereditate patris, à quo fuit institutus ex asse, & obierit impubes, substitutus eius non potest separare hereditates, vt patris habeat, fratris non habeat, sed vtriusque hereditatem, aut neutrius habere debet, quia in vna persona iuncta esse cœpit hereditas. Et hoc vt dixi, si filius impubes non abstinuerit se bonis paternis. Quæro quid sit dicendum si institutus ex asse abstinuerit se bonis paternis, & alia habeat bona, si moriatur ante pubertatem, an substitutus cogetur respondere creditoribus paternis? Iulianus putat obligari, *l. Iulianus, 42. de adquir. hereditate.* cuius sententia merito reprehenditur à Marcello, quia hæc sententia impugnat vtilitatem pupilli, quandoquidem efficit, ne quis pupillo velit heres esse ex substitutione, si substitutus cogatur ferre onera patris, qui nihil tulit ex eius bonis, cum iis se abstinuerit pupillus cui succedit: nemo volet heres esse pupillo sub hac conditione, sed repudiabit, aut etiam si possit venire ab in-

testato, vt si substitutus sit fratri, omittet causam substitutionis, & ab intestato veniet ad hereditatem, quod faciet impune, id est, non incidet in edictum *si quis omissa causa testamenti.* Cuius hæc est sententia, vt qui omissa causa testamenti, ab intestato vult succedere, perinde obligetur, ac si ex testamento successisset: nam cum mutando causam successionis voluerit fraudare creditores & legatarios, æquum est, vt & ipse hac spe multetur per hoc edictum, *l. si duo heredes* 18. *D. si quis omis. cau. testam.* & hoc obtinet tantum, quoties dolo malo id fecit propter suum compendium & detrimentum alterius: neque enim cuiquam interdictum est, vt omittat hereditatem, si sine fraude id fiat. l. *quia autem* §. *si patronus in fid. eod.* In specie *l. Iulianus*, fraude caret, quia id facit, non vt euitet onera qui mauult succedere ab intestato, sed vt vitet onera patris, quæ etiam iniquum erat in eum conferri, cum ex bonis parentis nihil habeat ob abstentionem pupilli: & quod de fratre notat Marcellus, recte Vlpian. interpretatur de fratre patris, id est, patruo impuberis. Nam frater impuberis cum sit necessarius, non posset omittere causam substitutionis sine beneficio pretoris; Ergo concludamus. Qui ex substitutione pupillari obtinet bona pupilli & se abstinuit bonis paternis, non cogitur respondere creditoribus paternis, cum commoda non senserit. Sed huic definitioni aduersatur *l. paterfamil. de priu. cred.* quæ aperte docet, pupillo se abstinente bonis paternis, ac substituto ei succedente ex causa substitutionis, substitutum teneri creditoribus paternis, quibus tamen non tenebatur pupillus ob abstentionem: & res difficilis est, nisi ita distinguamus. Aut pupillus, qui se abstinuit bonis paternis, miscuerat se ante iis bonis: & hoc casu, si substitutus adierit hereditatem pupilli, obligatur etiam inuitus in omne æs alienum patris & filij, quasi vnum testamentum, & abstentio filij ei proficiat soli, non substituto eius: & pupillum miscuisse se bonis paternis ab initio, hoc est, priusquam se abstineret: hoc dicit aperte *l. paterfamilias.* hoc non fingimus. Lex autem *Iulianus* non exprimit an miscuerit se pupillus, necne bonis paternis ante abstentionem. Dicam igitur potius se non miscuisse pupillum in *d. l. Iulianus*, & hoc casu abstentionem proficere substituto: abstentionem, quam non præcessit mistio vlla, porrigi & ad substitutum, vt non teneatur creditoribus paternis. Secundus casus §. *filio*, hic est: Coheres coheredi impuberi substitutus est. hoc casu nihil interest, substitutus sit filius aut frater. Si substitutus recuset bona patris, remouetur à bonis pupilli, quia iuncta esse cœperunt in persona pupilli. & contra si agnouerit bona patris, necesse erit agnoscere pupilli bona, *l. quidam C. de iur. deliber.* Denique non potest substitutus inducere separationem: nec igitur hic casus apponi potest ad l. nostrā, quę admittit separationem: hic enim casus est de substituto coheredis, lex nostra de substituto exheredati. Tertius casus §. *si ex asse*, est: Heres institutus ex asse substitutus est filio exheredato, & recusauit hereditatem paternam. In hoc casu distinguere debemus omnino, ac separare extraneum à fratre. Et primum loquamur de extraneo. Finge igitur: Hic extraneus institutus est ex asse impuberi substitutus repudiat hereditatē patris, non habet substitutum vulgarem: an potest capere hereditatem pupilli, si casus substitutionis existat? Minime, quia nulla est institutio. Si nulla est institutio, nulla est substitutio. Si nullum testamentum patris, nullum est filij: nullum est autem testamentum patris quod destituitur, & repudiatur. nec vllus est heres, vel re, vel nomine. Sed si fuerit suus heres ex asse, & abstinuerit, non impeditur capere hereditatem pupillarem, quia valet substitutio pupillaris: nam licet substitutus abstineat se bonis paternis, sustinet tamen nudum nomen heredis, quod non adimit abstentio. Et ad hunc casum pertinet *lex quæsitum*, 40. *de adquir. vel omitt. her. l. filius*, 41. *eod. tit* quæ con-

A gruit cum l. nostra, lex *quæsitum* pugnat omnimodo. ergo & cum l. *filius*. Sunt duę ll. affines, quæ pugnant inuicem. Heres institutus est à patre, idemque substitutus impuberi filio: substitutus nihil attingit ex hereditate patris: quæritur, an cogatur respondere creditoribus paternis, si propter voluntatem patris aliquid aliud habeat, vel faciat, vt puta, quia impuberi filio fuit substitutus, & immiscuit se hereditati impuberis. hanc hereditatem habet ex iudicio & voluntate patris, qui eum filio impuberi substituit, an propterea obligatur creditoribus patris? videtur obligari, quia incidit in edictum, de quo ante egimus, scilicet, *si quis omis. caus. test.* quod tamen prima specie non videtur: nam in illud edictum incidit secundum verba, qui omittit causam testamenti

B & possidet hereditatem ab intestato, sed secundum sententiam edicti & in edictum incidit, qui omittit institutionem & amplectitur substitutionem, *l. Iulianus, si quis omissa causa test.* Et similiter incidit in sententiam edicti, qui omittit hereditatem paternam, & amplectitur pupillarem. Si incidit, ergo tenetur creditoribus paternis, ac si attigisset hereditatem paternam. Denique ita concludit; aut si se miscuit hereditati pupillari, tenetur etiā creditoribus paternis: aut si spreuit hereditatem patris, nec quidquam consequitur ex substitutione, debet etiam filij hereditatem spernere, quia, qui iudicium patris semel oppugnauit, nihil debet consequi ex substitutione pupillari, id est, qui primas tabulas oppugnauit, dum eas reiecit & repudiauit, nihil debet consequi ex secundis.

C Sed distinguit Marcellus: Aut enim ex parte filius heres institutus est adiecto extraneo coherede, aut ex asse. Si ex parte & spernat hereditatem patris, non prohiberetur capere hereditatem pupilli, quia non oppugnauit iudicium patris, cum habuerit coheredem, à quo sustinebantur primæ tabulæ, ne ruerent, sed si fuerit ex asse institutus, & repudiauerit hereditatem patris, repelletur etiam à substitutione, nec ex secundis tabulis quicquam obtinebit, quia euertit primas: aut si ex secundis tabulis speret lucrum, debet ferre onera primarum. Hoc vult *l. quæsitum*: ex qua colligitur eum, qui recusauit hereditatem paternam arceri à pupillari. Verum considerandum est, *l. filius* loqui de filio instituto & substituto fratri exheredato: quæ etiam est species l. nostræ. At *d. l. quæsitum*, non loquitur de filio, licet memoret sæpe pa-

D tris successionem: quod facit respectū pupilli, non heredis instituti, qui extraneus fuit: quæ est vltima animaduersio Accursij nostri ad *d. l. filius*, vt scilicet *d. l. quæsitum*, de extraneo intelligatur, non de filio: nec sane quærenda est alia conciliationis ratio. Enimuero si vtraque lex de filio intelligatur, & quæsieris rationem componendi dissidij, frustra fueris diligens. Cæterum ratio differentiæ summa est: si filius institutus sit ex asse, & substitutus fratri exheredato, ac se abstinuerit bonis paternis, non repellitur à substitutione pupillari propter priorem abstentionem, quia etiam si non fuisset substitutus, quæ ratio non valet in extraneo, tamen successisset iure legitimo, qui cum euerterit primas tabulas repudiando hereditatem paternam, ita plectitur vt cadat secundis, aut si commodum captet secundarum tabu-

E larum, ferre etiam debet incommodum primarum, quæ est sententia *d.* §. *filio*. Intelleximus ex priore parte huius legis, filium, qui se abstinuit hereditate paterna, non repelli ab hereditate fratris impuberis exheredati, cui secundis tabulis substitutus est, & nihil obstare *l. sed si plures* §. *filio*, & §. *si ex asse*, hoc tit. nihil *l. quæsitum*, *de adquir. heredit.* posita differentia inter filium & extraneum: extraneum quidem institutum ex asse, qui omittit hereditatem paternam, non admitti ad substitutionem pupillarem. Filium qui abstinuit à paterna, frustra repelli à substitutione fratris: qui si repellatur, mox ad eam redit iure legitimo. Denique intelleximus non pugnare *l. paterf. de priuileg. cred.* cum *l. Iulianus*, *de adq. hered.* posita differentia inter eum qui miscet se bonis

paternis, antequam abstineret, & eum qui non miscuit se: nam si pupillus miscuit se bonis paternis, ante quam abstineret, substitutus qui impuberis hereditatem adit, obligatur creditoribus hereditariis. mistio nocet heredi pupilli, & abstentio soli pupillo prodest. Quod si pupillus non miscuerit se bonis paternis, abstentio liberat etiam heredem ab oneribus paternis. Tractemus de posteriori parte l. Filio abstinente se bonis paternis & retinente permissu prętoris substitutionem & ita facta separatione bonorum, colligit Papinianus, sic fieri vt legata debeantur ex secundis tabulis, non ex primis. Fuere relicta primis, sed ea præstantur ex secundis, quia beneficio abstentionis liberatus est oneribus primarum tabularum, diuisa sunt bona, diuisa ergo erunt onera: pupillaria bona agnoscit, non paterna. Dices, B non debentur etiam legata relicta secundis tabulis hac ratione, quia à substituto exheredati, vel etiam à legitimo exheredati herede legata inutiliter relinquuntur: non enim plus iuris habet in substituto, quam in eo, cui substitutus erat: ab exheredato inutiliter legaret, hoc est certissimum: ergo & ab exheredati substituto, *l. ab exheredati, in pri. de leg.* 1. *l. qui fundum*, §. *qui filios, ad leg. Falc.* & in specie proposita, legata relicta sunt à substituto exheredati. sed dicas vtiliter legata relinqui à substituto exheredati, si & ipse substitutus sit institutus primis tabulis, *l. in ratione*, §. *vlt. ad leg. Falcid. l. plane, in princ. de leg.* 1. Et hoc loco filius substitutus fratri impuberi, à quo legata relicta sunt secundis tabulis, fuit etiam institutus primis tabulis, nec desinit esse, quamuis C abstinuerit & per eum steterit, ne hereditatem haberet: neque enim prætor per beneficium abstentionis efficere vnquam potest, vt qui semel heres extitit, desinat heres esse. Merito igitur debet legata à se relicta secundis tabulis. At quæritur, si oneratus sit legatis & ponatur ratio legis Falcidiæ, Falcidia enim minuit onus legatorum: Quæritur, inquam, in quibus bonis ponenda sit ratio legis Falcidiæ? In ponenda ratione legis Falcidiæ comparamus bona, ex quibus præstantur legata, cum ipsis legatis, & æstimamus quanti sint bona, quanti legata; & legata redigimus ad modum dodrantis, si exsuperent, vt heredi quadrans eorum bonorum supersit: ponenda est igitur Falcidiæ ratio in bonis. Sed in quibus? an in bonis quę pater mortis tẽpore reliquit, an in his, quę frater reliquit mortis tempore, cui substitutus est quis. an habe- D bitur ratio bonorũ paternorũ, aut pupillariũ? Si substitutus non abstinuerit se bonis paternis, vel qua alia ratione bona paterna ad eum peruenerint, legata relicta primis, & secundis tabulis soluuntur habita ratione bonorum paternorum, non pupillarium, id est, eorum bonorum, quæ pater reliquit mortis tempore; non spectabitur quanti sint pupilli bona, sed quanti sint bona patris mortis suæ tempore, vt ecce si legata omnia primarum & secundarum tabularum permista superarent dodrantem bonorum paternorum, detraheretur vel suppleretur Falcidia, id est, quadrans bonorum paternorum, etiamsi opulenta esset hereditas pupilli, & ita institutus haberet Falcidiam bonorum paternorum & integram pupilli hereditatem. Quod si legata non excederent dodrantem bonorum paternorum, non detraheretur Falcidia, etsi E per se inspecta legata secundarum tabularum ampliora essent bonis pupillaribus, & absumerent bona pupillaria, quod sit idonea hereditas patris, quæ sola intuenda est: atque ita substitutus teneretur legatariis secundarũ tabularum vltra vires hereditatis pupillaris l. *in ratione*, §. *quod vulgo, ad leg. Falcid. l. coheredi*, §. *coheres, de vulg. & pup. subst. l. non solum*, §. *vlt. de liber. leg.* quæ legata relicta secundis tabulis in hac parte iuris, quæ est de Falcidia & detractione legatorum, perinde habentur, ac si essent relicta primis tabulis, & reuocantur ad rationem primarum tabularum, & ad rationem patrimonij, quod primis tabulis continetur, & comparantur ea legata cum bonis paternis, non cum bonis pupilli, &

A soluuntur ex bonis paternis, & in hac parte iuris substitutus comparatur instituto ex his bonis, in quibus substitutus est, *d. l. in ratione*, §. *quod vulgo*. Et ad summam, in ponenda ratione legis Falcidiæ sic habetur ratio legatorum, ac si nullæ extarent secundæ tabulæ, nulla bona pupillaria: nulla denique alia præter paterna. Est qui scripserit, legata relicta secundis tabulis solui de hereditate pupilli: quod non est admittendum. Id pugnat cum *d. l. in ratione*, §. *quod vulgo*. cum ait: *de suo quadrante, nimirum dabit substitutus, quoniam pater legauit de suo*. & ita Florentiæ: & ita in Basil. ἐκ τῶν ἰδίων ἐδόξε λεγατεύειν: & recte si de suo legauit pater, ea quoque de suo præstari voluit. Præstabuntur ergo de bonis paternis, non pupilli: & quod ait de B suo quadrante dabit, id est, ea legata implebit substitutus de quadrante bonorum paternorum, quem solum habebat mortis tempore, quo in bonis paternis erant 400. in legatis 300. Sed post mortem finge periisse centum, ea centum substituto perierunt, non legatariis, reliqua trecenta omnino præstanda sunt legatariis sine deminutione: atque ita substitutus perdit quadrantem, quem habebat mortis tempore, tum vt consulatur legatariis, tum etiam quia mortis tempore idonea erat hereditas patris: & in ponenda quantitate patrimonij hoc tantum tempus spectatur, *l. in quantitate, ad leg. Falcid.* Verum longe alia est species l. nostrę: Substitutus abstinuit se bonis paternis, non peruenerunt ad substitutum vlla bona paterna; & substitutus est non coheredi, sed exheredato. Ratio igitur non fert, vt legata relicta secundis tabulis referamus ad rationes patrimonij paterni, quo se abstinuit substitutus; sed cogimur illud tantum spectare, quod retinet, nempe pupillare, & pro eius modo & quantitate vel Falcidiam inducere, vel non inducere. Itaque præstabuntur sola legata secundarum tabularum habita ratione bonorum pupillarium, & de bonis pupillaribus salua Falcidia, nec vltra vires hereditatis pupillaris, aut vltra dodrantem præstabuntur. Et hoc est, quod ait in secunda parte huius legis. Itaque inquit, legata, &c.

Ad l. 8. de collation.

Nonnunquam prætor variantem non repellit, & consilium mutantis non adspernatur. Vnde quidam filium emancipatum, qui de bonis conferendis cauere fratribus voluit, audiendum postea putauerunt, si vellet ablata cautione beneficium bonorum possessionis exercere. Tametsi responderi potest, videri eum possessionem repudiasse, qui formam possessionis conseruare voluit: sed benignior est diuersa sententia, maxime cum de bonis parentis inter fratres disputetur. quem tamen facilius admittendum existimo, si intra tempus delatæ possessionis cautionem offerat: nam post annum, quam delata esset bonorum possessio, voluntariam moram cautionis admittere, difficilius est.

Nihil est in Papin. quod non sit singulare admodum. Superiore lege habuimus casum, quo legata relicta secundis tabulis soluuntur de bonis pupilli contra reg. iuris. Habebimus hodie similem casum in hac l. 8. quo quis potest mutare consilium in alterius fraudem iniuriamque: nam & hoc est contra regulam iuris. Hoc autem vt intelligatur, sciendum est, filio emancipato non dari bonorum possessionem *vnde liberi* ab intestato, vel etiam eidem præterito testamento patris non dari bonorum possessionem contra tabulas, vel datam sine re constitui, id est, non diuidi inter eum & fratres, qui remanserunt in potestate, hereditatem patris, nisi cum satisdatione cauerit iis, qui in potestate remanserunt, de bonis propriis conferendis, quæ moriente patre habuit, aut nisi statim ex bona fide bonorum propriorum diuisionem fecerit cum fratribus, quo iure etiam vtimur hodie. Emancipatus filius, qui appetit bona paterna, vulgo

debet in medium conferre bona propria ex hoc edicto, quasi paterna, quia ipse ius filij habere vult, & venire in partem bonorũ paternorum vna cũ filiis qui in potestate remanserunt. Bona autem quæ filiorum sunt, patris sunt: Ac proinde non aliter succedet, quam si bona propria contulerit. Collatio fit vel cautione, vel reipsa, id est, diuisione, *l.* 1. §. *iubet*, & §. *quamuis*, *hoc tit. l. pen.* §. *videamus*, *de bonor. poss. cont. tab.* Plerumque autem collatio fit cautione, quia cum possint bona quædam propria emancipati esse in occulto: non satis videtur conferre, qui non cauit, quamuis diuidat bona propria, & conferat in medium, ac in commune redigat. Melius est igitur cautione conferre, id est, cauere de conferendis bonis propriis datis fideiussoribus, quæ scilicet eius fuisse propria quandoque constiterit, quam diuidi, id est, re ipsa collationem fieri. conferunt, vt dixi, emancipati suis, id est, iis, qui in potestate remanserunt, quia suos, qui iure ciuili soli erant heredes patris, incommodo quodam afficiunt, dum iure prætorio volunt venire in partem bonorum paternorum, *l.* 1. §. *toties*, *hoc tit.* Æquum est igitur, vt emancipati eis conferant bona quæ post emancipationem adquisierunt, ac si ea adquisiissent patri non sibi. Conferre, est bona propria paternis commiscere, vt omnia simul inter fratres emancipatos & suos diuidantur ex æquo, quasi vnum sit patrimonium paternum. Emancipati sibi inuicem non conferunt, *l. vlt.* §. *vlt. l.* 2. §. *si tres*. *l.* 3. §. *quotiens*, *hoc tit. l. si emancipati*, *C. de collat.* quia alter alteri non est incommodo: sunt enim omnes pari iure: inter fratres inæquales collatio locum habet, non inter æquales: ac propterea sui etiam non conferunt emancipatis plerumque, quia nihil habent, quod conferant præter dotem aut donationem propter nuptias, quam conferunt: Castrense autem peculium, vel quasi, nunquam conferunt vel sui vel emancipati, sed ea retinent præcipua, vel præcipui titulo, quod dicimus *par preciput*, *l.* 1. §. *nec castrense*, *hoc tit.* Præterea sui testamentum non faciunt, quia, vt ait Vlpian. nihil habent proprium, vt de eo testari possint. cuius sunt in potestate & in eius potestate ac dominio sunt bona eorum quæcumque sibi adquirunt. Dionysius 8. *viuo patre nihil habent proprium filij sui, sed ius est patri tum in bonis, tum in corpore, vt de iis possit statuere vt libet.* & ea ratione dicuntur sui non conferre emancipatis. Diximus plerumque satisdatione, idonea cautione collationem fieri: quid fiet, si filius emancipatus non caueat & paterna tamen appetat, vel etiam ea possideat pro sua portione: nam bonorum possessio emancipato dari potest, etsi nondum contulerit, quæ tamen constituitur sine re, nisi postea contulerit; quia vt ait Papin. in hac l. forma bonor. possessionis hęc est, vt qui non contulerit bona propria, non possit eius beneficio vti. Et distinguendum est ea in re, aut per inopiam filius emanc. non potest cauere de conferendo, aut per contumaciam noluit. Si per inopiam non potuit cauere, vt vix reperiuntur vlli, qui pro inope velint fideiubere, non statim ab eo transferenda est possessio portionis suæ, sed sustinendum donec sponsores inuenerit, ita tamen, vt interim fratribus, qui in potestate remanserunt, actio detur de his, quæ mora deteriora futura sunt, id est, quę tempore pereunt, *l.* 2. *in fin. hoc tit.* qui locus est obscurus, nisi *actionem* accipias pro auctione, quod frequentissimum est in his libris. Ambrosius ex Basilio de Tob. *liberos pro paterno debito in actionem deduci fratribus.* Basilius, εἰς τὸ πρατήριον. Hic est sensus *l.* 2. §. *vlt. hoc tit.* Aut si in portione filij emancipati sunt quędam, quæ seruari non possunt, de iis dabitur actio, vel auctio, id est, ius vendendarum rerum, dummodo caueant emancipato de restituenda pecunia, quam ex auctione redegerint, quoties propria contulerit: & si non caueant, non dabitur illis actio, vt vendant, sed dabitur curator portionis emancipati, qui eam rem peragat & vendat, & pecuniam ei seruet, *l.* 1. §. *si frater*, *hoc tit.* Hic est ordo iuris, quum frater emancipatus non potest per inopiam cauere, & quum fratres non contenti diuisione, cautionem exigunt, existimantes latere multa ex bonis fratris emancipati, nec prodi ab eo omnia. Quod si per contumaciam nolit cauere de conferendis bonis propriis, hoc casu statim tranferenda ab eo possessio est portionis suæ, & deneganda ei sunt petitiones possessoriæ seu hereditariæ, perinde ac si bonorum possessionem non accepisset, vt est in *l.* 2. §. *penult. l.* 3. *in princ. hoc tit. l.* 11. 12. 14. 16. *C. de collat.* Et hæc locum habent, cum data iam est bonor. possessio: nam si nondum data sit, denegabitur, quum propalam negabit se satisdaturum, quandoquidem hoc genere videtur repudiasse bonorum possessionem, cum palam edixerit, se eius formam obseruare nolle, id est, non cauere velle. Denique, qui per contumaciam non cauet, vel repudiare videtur commodum bonorum possessionis, vel ei renuntiare. Quod si initio dixerit, se nolle cauere, & postea pœnitentia actus offerat cautionem, an audietur? an poterit emendare contumaciam suam, & commodum seu beneficium bonorum possessionis repetere, quo per contumaciam cecidisse videtur? An, inquam, pœnitens recipit ius pristinum? Hæc est quæstio huius l. Et sane videtur non esse audiendus secundum regulam iuris, quã nemo potest mutare consilium suum in fraudem alterius, l. 75. de regul. iur. quæ est Papiniani ex eodem libro, & est præponenda huic l. quia hæc lex huius regulæ est exceptio. Hic mutat consilium suum in fraudem fratrum, qui in potestate remanserunt, nam ad eos iam pertinebat tota hereditas. Nemo ambigit, quin liceat sine alterius iniuria mutare consilium, *l. de ætate*, §. *vlt. de interrog. in iur. fac.* Si interrogatus in iure ab aduersario, an heres sim, & respondeam, me non esse; mihi licebit postea pœnitere, & respondere, me esse: quo responso obligabor aduersario: & ex ea pœnitentia non læditur aduersarius, imo commodo maximo afficitur; quia ex responso meo ei paratur actio in me vt heredem: licet igitur pœnitere sine captione alterius. Et ita, si pecuniam tibi dedi, vt Stichum manumitteres, est mihi condictio pecuniæ vel ex cessatione tua si cesses Stichum manumittere, vel ex pœnitentia mea, si iam nolim Stichum manumitti, *l.* 3. §. 1. *de cond. caus. data.* Nec enim hæc pœnitentia nocet alteri, cum nondum manumissus sit Stichus, & res in integro sit. licet mihi re integra reuocare mandatum licet etiam mutare testamentum re integra, cum nullum ius ex eo me viuo alteri quæsitum sit, nec id inconstantis est. Nemo doctus, inquit ille, mutationem consilij esse inconstantiam dixerit. Sed in fraudem alterius mutare non licet. Finge: Vendidi tibi fundum ea lege, vt nisi ad diem solueres pretium, res esset inempta, quæ dicitur lex commissaria: non soluisti ad diem. Est in arbitrio venditoris, vt vtatur lege venditionis, rescissa venditione, vel vt pretium petat, si nolit vti lege commissoria: & de alterutro hoc vel illud debet, constituere, id est, eligere. Sed si semel vnum elegerit, non poterit variare, quia ea variatio seu mutatio consilij fraudi esset emptori, *l. si fundus*, § *eleganter*, *de lege commiss.* Et ita si filius præteritus testamento patris iudicium patris forte legato vel fideicomm. accepto approbet, iam non potest petere bonorum possessionem contra tabulas, relicto leg. aut fid. hoc enim esset fraudi heredi scripto, cui ius omne adquisitum est, *l. si filius*, *de minor.* Et similiter, si creditores hereditarij impetrauerint separationem bonorum, cum existimarent hereditatem esse idoneam, heredem non item, & nollent creditores hereditarij misceri creditoribus heredis, sed solui sibi de bonis hereditariis: creditoribus vero heredis solui de bonis heredis propriis: si inquam creditores hereditarij separationem bonorum impetrauerint, & postea non idonea hereditas inueniatur, heres autem idoneus: an possunt mutare sententiam & discedere à separatione, & reuerti ad he-

redem? Minime: sed perstare debent in eo, quod elegerunt, ne fraudent heredem commodo, quod ei ex hac re contigit. Innumeris exemplis hoc probare possis, quę passim occurrunt. Sed tamen in specie proposita ex æquo & bono auditur filius emancipatus, qui mutat consilium suum. Noluit per contumaciam initio cauere de conferendis bonis propriis, atque ita excidit commodo bonorum possessionis, & id omne recidit in fratres; nunc pœnitentia ductus, paratus est cauere, & postulat, vt sibi liceat exercere & exequi beneficium bonorum possessionis contra tabulas, vel vnde liberi, non videtur quidem summo iure admittendus. Sed non semper summum ius iustitia est. Iustitia est ἀκρότης, non μεσότης vt ait Philosophus. Igitur audietur filius emancipatus ex æquo & bono, cum maxime de bonis paternis inter fratres disceptetur. Hoc maxime notandum est, quia multæ sic dirimuntur controuersiæ: ex ea enim constituimus, quoties inter fratres de bonis paternis lis est, non spectari regulas iuris, quæ omnes sunt summi iuris, sed benignitatem & æquitatem. Et hoc vtique procedit, vt ait Papin. si intra tempora delatæ possessionis, hoc est, intra annum mutet consilium & corrigat factum. nam post tempora vix audietur, inquit, sera est enim pœnitentia post annum delatæ possessionis. Si pœniteat, difficilius audietur: nam vt audiatur etiam post annum, hoc positum est in arbitrio Prætoris, sed vix audietur, quia sera est pœnitentia. Nam si post annum non potest petere bonorum possessionem, nec igitur post annum bonorum possessionis commodo frui poterit, qui excidit ante annum. Confirmatur hæc æquitas, *l.* 1. §. *si frater, D. hoc tit.* dum ait, fratrem qui per contumaciam non cauit, postea oblata cautione recipere pristinum ius. Quod tamen explicandum est secundum sententiam Papin. Florentiæ sic scriptum: *non repellit, & consilium mutantis non aspernatur*: verum, omnino legendum: *consilium mutantem*, vt in Basilicis τὸ μεταμέλον. Cum igitur Papinianus posuisset hanc regulam, *nemo potest mutare consilium in detrimentum alterius*; mox subiecit exceptionem, filium pœnitere posse, etiamsi videatur pertinere ad iniuriam alterius, scilicet fratrum. Et vt alio exemplo demonstrem, non esse ad viuum resecanda ea, de quibus disceptatur inter fratres de bonis paternis, id petamus, ex *l.* 3. *C. de inof. test.* Finge: mater extraneum heredem instituit, & post testamentum filium peperit, quem testamento præterierat, matris præteritio est exheredatio. Secus de patris pręteritione. filius præteritus agit querela aduersus heredem scriptum, & rescindit totum testamentum. Quod si mater filium suum heredem instituerit, & post testamentum alium filium pepererit, quem præteritione exheredauit, an hic filius aget querela aduersus fratrem, & totum rescindet testamentum? Minime, si mulier in puerperio diem suum obierit, nec ei licuerit rumpere testamentum, hic filius præteritus non rescindet totum, sed adcrescet fratri in dimidiā partem, quod mitius inter se agere debeant fratres de bonis paternis. Ac similiter, vt Paulus notat 4. *sent. de querela inoff.* Si duo sint filij heredes instituti ex debita portione, & tertius ex minore portione, quam sit legitima, an hic tertius aget aduersus fratres querela testam.? Ageret vtique aduersus extraneum: non enim tantum filius exheredatus vel præteritus, sed & qui institutus est ex minori parte, quam sit legitima, agere potest querela inofficiosi secundum ius vetus; quod quidem obtinuit ante constitutionem Iustiniani de supplenda legitima, quæ est, *l.* 35. *de inoffic. testam.* Sed aduersus fratres coheredes in hoc tantum aget, vt suppleatur pars legitima, etiam secundum ius vetus: nam quoties inter fratres agitur de bonis paternis vel maternis, sequimur quod benignius sit, ac mitius: non regulas iuris, quæ summi iuris definitiones sunt.

Ad l. 18. de operis noui nuntiat.

Ædibus communibus, si ob opus nouum nuntiatio vni fiat, si quidem ex voluntate omnium opus fiat, omnes nuntiatio tenebit. Si vero quidam ignorent, in solidum obligabitur, qui contra edictum prætoris fecerit.

§. 1. *Nec ad rem pertinet, cuius solum sit, in quo opus fiat, sed quis eius soli possessor inueniatur, modo si eius nomine opus fiat.*

QVod in hoc edicto de operis noui nuntiatione cauetur, etsi notum sit omnibus, tamen initio exponi necesse est. Hoc edicto consulitur vicino aduersus vicinum, qui quid in suo molitur, aut demolitur, quod vicino nocere possit: Nam is, cui opus nouum quod vicinus facit vel instituit nocere potest, si vereatur, ne ex eo opere ius suum deterius fiat, potest prohibere vicinum, id est, denuntiare, ne quid noui operis instituat, testibus præsentibus etiam non adito prætore: etsi hodie moribus nostris necesse sit nuntiationem fieri auctore iudice: & nuntiari his verbis: *Denuntio tibi, ne quid operis me inuito in illo loco facias.* Hæc nuntiatio permittitur ipso iure, id est, ex edicto prætoris, & hunc effectum habet, vt, qui ei non obtemperauerit, id est, qui non destiterit ab opere, sicuti denuntiatum est, quidquid post denuntiationem fecerit, compellatur destruere, aut restituere edicto restitutorio, cuius formula hæc est: *Quod aduersus edictum fecerit*: nam, qui facit contra nuntiationem vicini, videtur contra edictum facere, in *l.* 5. §. *si quis forte, l. si opus,* §. *vlt. l. vlt. hoc tit. l.* 20. §. 1. *eod. tit. l.* 22. *& vlt. eod. l. vlt. ne quid in loco publ. l. qui vetante, de reg. iur. l. prætor,* §. 1. *hoc tit.* Secundum superiores locos omnino legendum est in *d. l. prætor,* §. 1. *qui facit contra nuntiationem, etsi ius faciendi habuit, tamen contra edictum prætoris facere videtur.* Legendum est *edictum, non interdictum.* Nuntiat nouum opus non tam is qui nuntiat, quam prætor. Igitur, qui pergit facere nec discedit ab opere post denuntiationem, contra edictum prætoris facit, & subiicitur interdicto restitutorio, quo compellitur restituere rem in eum statum, quo fuit nuntiationis tempore. Et hoc ita procedit, si quid is, cui nuntiatum est, faciat post nuntiationem, antequam prætor remiserit nuntiationem, quod facit causa cognita: post remissionem nuntiationis licet ædificare. remissio abolitio est nuntiationis. remissionis vicem obtinet satisdatio, veluti, si is, cui facta est nuntiatio, satisdet se restituturum omnia in pristinum statum, si iudicatum erit eum non habuisse ius faciendi noui operis, & eum qui nuntiauit, ius habuisse: nam post eam satisdationem impune ædificabit, hoc est, non tenebitur edicto restitutorio. In hac l. 18. quæritur, si ædes, in quibus nouum opus fit, sint communes inter duos, aut plures, vtrum nuntiatio sit facienda omnibus, an satis sit fieri vni ex sociis? Et definit eleganter Papinian. satis esse si vni ex sociis nuntiatio fiat: vni factam nuntiationem, omnibus factam videri. Sed si post nuntiationem quidam opus fecerint, quidam non, hi qui non fecerunt, non tenebuntur edicto restitutorio, sed is solus in solidum tenebitur, qui non paruit nuntiationi, cuius factum non nocere debet alij, qui nihil fecit, quique facienti assensus non est, *l. de pupillo,* §. *si plurium, hoc tit.* Igitur nuntiatio omnes tenet, etiamsi facta sit vni; si omnes fecerint opus, id est, si omnium voluntate factum sit opus, vtique omnes tenebuntur edicto restitutorio, non tantum, vt patientiam præstent, quod voluit Accurs. sed etiam, vt impensa sua suisque sumptibus opus post nuntiationem factum restituant, quia fecisse videntur, etiam qui non fecerunt, si alij voluntate eorum fecerint, ne sit lusoria nuntiatio, & lusorium edictum prætoris, *l. vlt. ne quid in loco publ.* Sed si non fecerint omnes, aut facienti non assensum præbuerint,

non tenebuntur omnes edicto restitutorio propter factum sociorum, qui ipsi nihil facere, nihilve voluere facere operis noui. Et hoc est, quod ait Papinian. in priore parte huius legis: *Omnes nuntiatio teneb. &c.* id est, omnes tenebuntur edicto restitutorio. In posteriore parte, quia dixit initio de ædibus communibus, docet Papinian. ædes communes videri non tantum, quæ plures dominos habent, quas plures domini dominantur, sed & quas plures non domini communiter possident. Quod commune est, vel dominio, vel possessione commune est: & constat nuntiationem fieri non tantum domino, vel dominis eius soli, in quo nuntiatio fit, sed etiam possessori, vel possessoribus, si modo eorũ nomine opus fiat: nam si non fiat eorum nomine, etsi sunt domini, nihil attinet ei nuntiatum. Denique nuntiatio fit vel domino, vel possessori, cuius nomine opus nouum fit. Nam hæc nuntiatio non tam fit in personam, quam in rem; vt actio alia est in rem, alia in personam, sic nuntiatio alia in rem est, alia in personam, *l.* 1. §. *nuntiatio, l. de pupillo*, §. *nuntiationem, l.* 10. *l.* 11. *l. vlt. hoc tit.* Et fit in rem præsentem, id est, in locum ipsum, quo opus fit, sicut vindicatio fit in rem præsentem ex iure veteri, atque fit etiam nuntiatio operis in ignorantem, *l.* 18. *actio, hoc tit.* quia magis est in rem, quam in personam; & vtilis est etiamsi non fiat personæ, modo fiat in re præsenti: nuntiatio alia in personam, alia in rem est, vt dixi. Nuntiatio, quæ fit in rem, fit semper in rem præsentem: nuntiatio in personam, si non possit fieri in personam, puta, si non inueniatur is, cum quo nobis res est, cuique nuntiare nouum opus volumus, fit ad domum eius libello ad postem fixo: vt ex 12. tabulis denuntiatio testimonij, quæ est in personam, fit ob portum, id est, ad domum. Hoc confirmant *l.* 4. §. *prætor, de damn. infe. l.* 20. §. *nupta ad l. Iul. de adult. l.* 13. *de excusa. tut. l.* 1. *C. Theod. cod. l.* 2. *C. de ann. except. l.* 5. §. 3. *quod vi aut clam. l.* 1. §. 1. *de agnosc. & alend. lib.* In his omnibus ll. agitur de denuntiatione operis, quæ fit ad domum, vel per præconem, vel per libellum. Vtitur autem Papin. in hac posteriori parte; verbis *soli & solum*, quia nuntiatio pertinet tantum ad ea opera, quæ solo cohærent: nam qui putat vineas, aut messem facit, vel succidit arbores, opus quidem facit, sed quod non possit inhiberi ex hoc edicto, quod pertinet tantum ad ea quæ soli sunt, *l.* 1. §. *hoc autem, hoc tit.*

Ad l. 42. de vsucap.

Cum vir prædium dotale vendidit scienti, vel ignoranti rem dotis esse, venditio non valet, quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari conuenit, si tota dos lucro mariti cessit. Idem iuris est, cum is, qui rem furtiuam vendidit, postea domino heres extitit.

Est hæc lex elegans pertinens ad leg. Iuliam de fundo dotali, & ad leg. Attiniam de re furtiua. Ex lege Iulia maritus prædium dotale, quamuis interim videatur dominus, non potest alienare, vetat etiam vsucapi, *l. si fundum, de fun. dot.* Prædij dotalis vsucapio non est, nec alienatio ex lege Iulia. ex lege Attinia, non est etiam vsucapio rei furtiuæ, obstat vsucapioni rei furtiuæ. Hoc cum ita esset, docet Papinianus in hac lege, aliquando confirmari alienationem prædij dotalis, ac deinde vsucapionem procedere, confirmari quoque venditionem rei furtiuæ, & vsucapionẽ procedere, conualescere alienationem, & restitui causam vsucapionis, cui ab initio obstabat lex Attinia. Loquamur primum de fundo dotali. Finge, Maritus constante matrimonio alienauit fundum dotalem: deinde morte mulieris solutum est matrimonium, & dos cessit lucro mariti ex pacto dotali, conualescit alienatio fundi dotalis quando maritus qui eum alienauit, in eo fundo mulieri successit ex pacto dotali: & procedit vsucapio, si forte non fuerit mulieris,

A vel, si forte ad quendam alium bonæ fidei possessorem peruenerit, *l. pen. de fun. dot.* Si is qui rem furtiuam vendidit, heres extiterit domino rei, purgatur vitium rei, & conualescit venditio, quia venditor eius dominium adquisiuit, & procedit vsucapio pro emptore. Mirum est alienationem conualescere, quæ ab initio non valuit ipso iure, & tamen ita definit Pap. in hac l. Obiicitur primum regula Catoniana: *quæ ab initio non valent, ex post facto non conualescunt*: quæ plerumque valet, non solum in legatis, & substitutionibus, sed etiam in contractibus. Sed ita respond. *non conualescunt ipso iure*, fateor, directo, sed remedio retentionis, remedio exceptionis doli mali ex æquitate: quod ita demonstro. Rei alienæ pignus non valet, conualescit tamen adquisitione domi-
B nij, si is, qui domino pignus posuit, domino heres extiterit, & conualescit, non directo, non ipso iure, *l. si Titio, de pignor.* sed per retentionem, vt ait *lex* 1. *in princ. eod.* id est, per exceptionem doli mali, quod scilicet debitor velit auferre rem creditori, quam ei pignorauit, quod sit mendax. Nam actioni & exceptioni doli mali insunt mendacia, *l. quid enim, de dolo.* Finge: Tu mihi rem pignerasti, cum non esses dominus, postea factus es dominus, & vindicas eam, nec vis tueri pignus, quod mecum contraxisti. arguam te mendacij, & vtar exceptione doli mali: imo si ignorauerim rem fuisse alienam, dabitur mihi actio vtilis hypothecaria, *l. rem. de pign. actio. l.* 5. *C. si res alie. pign. data sit.* Ergo concludamus: Regula Catoniana est directi iuris, quæ tamen inflectitur sæpe ex æquo & bono remedio retentionis, vel exce-
C ptionis. Rursus obiicitur *l. nec nos, C. de postlimin. reuers.* Si nesciatur quis ab hostibus captus sit, necne, si cuius sit incerta vita ac fortuna, eius hereditas adiri non potest. Certa enim debet esse mors, priusquam adeatur hereditas, & adiicit, *de bonis eius, cuius incerta fuit vita ac fortuna, transigi vel iudicari non potuisse.* hoc inquiunt pugnare cum hac l. Perperam. Fateor quidem non potuisse transigi vel iudicari, sed si postea constiterit esse mortuum eum de cuius hereditate agitur, valebit aditio, vel transactio, aut iudicatum, non quidem directo, sed per retentionem, puta, si is, secundum quem iudicatum est, rem habuit apud se, vel si ex transactione eam habeat, eam seruabit vi anterioris transactionis, vel iudicati, quanquam iure transactionis aut iudicati eam rem non habuerit. Magna vis est retentionis, ma-
D gna possessionis: & valet plurimum in omnibus controuersiis: difficile est remouere possessione eum, qui in ea est, nec habet iniustam possidendi causam. Obiicitur etiam *l. si seruo, qui & à quibus man.* Seruum alienum manumisi, deinde domino eius heres extiti, an conualescit manumissio? minime. Hoc pugnat cum h. l. nam cur manumissio non conualescit, si domino serui heres exstiterim, cum vsucapio rei furtiuæ, & venditio fundi dotalis ex post facto conualescat? Dicendum est, non idem posse constitui in manumissione, quod in venditione, aut iudicato, aut transactione: nam ex manumissione nulla nascitur obligatio, vt non possit iure obligationis, iure exceptionis, aut retentionis sustineri manumissio ex post facto. Cæterum ex venditione, transactio-
E ne, iudicato nascitur obligatio, quæ efficit, vt inuiti cogamur stare ei venditioni, transactioni, vel iudicato, si dominium adquisierimus eius rei, de qua agitur. Ergo proprium hoc in manumissione est, vt si manumissor domino serui heres non exstiterit, non conualescat manumissio. Contra si dominus serui manumissori heres extiterit, qui inutiliter seruum alienum manumisit, conualescit manumissio, *l. filium, de lib. caus. l. si ab eo, C. eod. tit.* Ratio differentiæ est, quia cum dominus serui manumissoris hereditatem adit, adeundo tacite probat factum defuncti, manumissionem defuncti, voluntati defuncti accedit tacita voluntas heredis. Aditio est tacita approbatio eorum, quæ gessit defunctus. At cum manumissor adit hereditatem domini serui manumissi,

non ita concurrit voluntas vtriusque in libertate serui: neque enim possis dicere vnquam, voluntatem domini defuncti accessisse voluntati manumissoris: est satis euidens discrimen. Ergo hæc nihil obstant huic legi: & verum est, venditionem rei dotalis, aut furtiuæ, quæ ab initio fuit inutilis, dominio eius rei adquisito venditori, conualescere & confirmari: non quidem directo, sed remediis Prętoris, remedio exceptionis doli mali: quod sit putidum non manere in eadem voluntate, in eadem venditione, quam ipse fecit. Et videtur non male huic legi coniungi posse *l. 12. de except. doli.* quæ generaliter definit: quoties æquitate defensionis infringi actio potest, locum esse exceptioni doli mali. significatque doli exceptionem esse generalem, & manare latissime. id est, opponi posse in omnibus causis, quibus æquum est defendi reum.

Restat ex hoc libro *l. si minor, ad leg. Iul. de adult.* quæ non indiget longa interpretatione: non enim dubiũ est, quin teneatur minor lege Iulia si commiserit adulterium. Ideo autem Papin. dicit: *si minor annis*, scilicet 25. quoniam adulterij crimen incidit in puberem, non etiam in impuberem, ll. tamen 12. tab. pueros impuberes in furto manifesto præhensos Prætoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam sarciri, auctore Gellio *lib. 11. cap. vlt.* si proximi pubertati sint, quia iam doli capaces sunt. Iustinian. in §. *pen. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc. l. impuberem, de furtis, l. 5. §. quod si impubes, ad l. Aquil. l. pupillum* 111. *de reg. iur.* Vix autem adulterij crimen in impuberem cadit, quia nondum per ætatem potest συνουσιάζειν.

Ad ll. in quibus citatur Papin. ex hoc libro tertio Q.

QVæ ex libro 3. quæstionum Papinian. alij Iurisconsulti retulerunt, non possum sine scelere prætermittere: sunt enim præclara admodum. Primum exponamus, quod Harmen. *lib. 2. Epit. tit. 4.* quod nunquam alibi dicitur, refert Papinianum in vltima quæstione libri 3. scribere: *non posse nos vicinis auferre prospectum montium.* Quæ sententia est verissima, sed vitiatur tribus casibus; si vicinus hanc seruitutem mihi concesserit, ius mihi esse altius ædes meas ædificandi, & prospectui suo officiendi. Item vitiatur si in ædificando seruauero formam, & statum ædificiorum antiquorum: nam etiam luminibus vicinorum impune officio, si seruo statum antiquorum ædificiorum, *l. qui lumin. de seruit. vrb. præd.* & in Græca Constitut. Zenonis, quæ extat in *l. pen. C. de ædific. priu.* & vt luminibus officere possum, modo seruem veterem ædificiorum formam, ita & prospectui. Item officere possum prospectui vicini, & prospectui montium, si intermisero spatium 100. pedum: nam vt intermisso spatio 100. pedum potest vicino auferri prospectus maris ex constitutione Zenonis, & Nouell. 63. & 165. ita intermisso eodem spatio, Harmen. putat, posse vicino auferri prospectum montium, ducto argumento à similibus ad similia: Parem enim esse vtriusque prospectus gratiam, parem amœnitatem. His ergo tribus casibus potest auferri vicino prospectus montium, alias non potest, vt definit Papinianus. Dices, est quædam seruitus, ne prospectui officiatur, *l. 2. de seruit. vrb. præd.* licet ergo prospectui officere, si ea seruitus constituta non sit? Dicam licere prospectui officere seruanti formam & statum antiquorum ædificiorum: item licere intermittenti spatium legitimum: item licere ei, cui vicinus cessit prospectui suo officere, alias non licere: illis tantum tribus casibus seruitus illa recte constituitur. Est ab ea seruitute diuersa seruitus prospectus, vt & alia est seruitus luminum, & alia ne luminibus officiatur: nam & alia est seruitus prospectus, alia ne prospectui officiatur. Seruitutis prospectus vis hæc est, vt liceat parietem cæcum

A aperire, & facere fenestram prospiciendi causa. Eleganter Zeno in d. Græca constitutione, fenestras alias facit προκυπτικάς, alias φωταγωγάς, quę fiunt luminis causa, & inde ius fenestræ immittendæ: Alia est seruitus luminum, alia seruitus prospectus. inter quæ illa est differentia, quod lumen egrediatur, prospectus ingrediatur, & quod lumen sit vt cœlum videatur: prospectus, vt terra videatur, aut mare, *l. lumen, de seruit. vrb. præd.* Ius itaque fenestræ est ius prospectus, vel luminum. Ex eod. libro Papiniani. Vlpianus retulit quæstiones quatuor, vnam initio *l. 7. qui satisd. cog.* alteram *l. 21. §. Papinian. de recept. arb.* tertiam *l. 8. §. si cedet, si seruitus vind.* quartam *l. 28. mand.* Adderem quintam ex *l. 20. §. Papin. de petit. hered.* nisi corrupte in eo §. esset scriptum lib. 3. pro lib. 6. quæst. Eam igitur
B quæstionem reseruo libro sexto.

Ad princ. l. 7. qui satisd. cog.

Si fideiussor non negetur idoneus, sed dicatur habere fori præscriptionem, & metuat petitor, ne iure fori vtatur, videndum quid iuris sit. Et Diuus Pius (vt & Pomponius lib. epistolarum refert & Marcellus libro tertio digestor. & Papinianus lib. 3. quæstionum) Cornelio Proculo rescripsit, merito petitorem recusare talem fideiussorem: sed si alias caueri non possit, prædicendum ei, non vsurum eum priuilegio si conueniatur.

IN *d. l. 7.* tractatur de satisdatione iudicatum solui, vel iudicio sisti. Si reus, qui in ius vocatus est, dede-
C rit fideiussorem idoneum & locupletem de iudicato soluendo, vel iudicio sistendi causa, non potest eum actor recusare, vel si recuset, tenebitur actione iniuriarum tam reo, quam fideiussori, *l. 5. §. vlt. qui satisd. cog.* Inops fideiussor recte recusatur: nam si dederit inopem, pro non dato habetur: & vt ait *l. 6. eo. quoties vitiose cautum est vel satisdatum, non cautum videtur*: vitiose Grȩci, ἐπιληψίμως: vt qui dat inopem fideiussorem, vel difficilem conuentu, diuitem vel potentiorem. Nam vt ait *l. 2. hoc tit.* locuples fideiussor non ex facultatibus tantum, sed etiam ex facilitate conueniendi æstimatur. Is est locuples & assiduus, qui est conuentu facilis, & locuples. Vitiose etiam videtur satisdare, qui dat quidem locupletem fideiussorem, sed non suppositum iurisdi-
D ctioni eius, apud quem in ius vocatus est, qui si conueniatur ex causa fideiussionis, potest vti præscriptione fori. Si actor metuat, ne fideiussor vtatur priuilegio sui fori, recte eum recusabit, nec tenebitur actione iniuriarum, nisi fideiussor renuntiet priuilegio sui fori, ac se subiiciat iurisdictioni eius iudicis cui suppositus est reus, *l. 1. si quis in ius voc.* & ex Papin. Vlpianus refert ita rescripsisse D. Pium. Et placet valde quod ibi scribit Accursius, eum, qui fideiussit, non posse vti præscriptione fori, quod ad locum attinet, quum eo loco contraxit, id est, non posse eum reuocare litem ad aliam ciuitatem, *l. cum furiosus, §. vlt. de iudic.* sed posse vti præscriptione fori, quod ad iudicem attinet. Exempli causa, si palatinus miles, puta, domesticus, protector,
E vel agens in rebus, qui magisterianus dicitur, fideiusserit pro alio in ius vocato apud iudicem ciuilem, non intelligitur esse idoneus fideiussor, quia si conueniatur ex causa fideiussionis, potest reuocare litem ad iudicem suum militarem: hic igitur merito recusabitur.

Ad §. Papinianus, legis 21. de recept. arb.

Papinianus libro tertio quæstionum ait, si cum dies compromissi finiretur, prolato die litigatores denuo in eum compromiserint, nec secundi compromissi arbitrium receperit, non esse cogendum recipere, si ipse in mora non fuit, quo minus partibus suis fungeretur. Quod si per eum factum est, æquissimum esse cogi eum à Prætore sequens recipere.

Quæ quæstio ita procedit, si nihil in priori compromisso de die proferendo caueatur. Cæterum si caueatur, & ipse protulit, mansit arbiter.

IDem Vlpianus in *l. 21. §. Papin. de recept. arbit.* hanc quæstionem tractat. Duo compromiserunt in arbitrum præstituta die, vt sententiam diceret intra menses tres: is recepit arbitrium, necdum sententiam dixit, & instat tamen finis trium mensium: cùm ita finiretur dies compromissi, id est, ne quis laboret vt Accursius, cum instaret finis: sic enim habent Basilica, cum instaret finis, μέλλοντος τοῦ χρόνου πληροῦσθαι, litigatores prolato die, denuo compromiserunt in eundem arbitrũ sine consensu arbitri. Quæritur an cogatur arbiter arbitrium seu auditorium suscipere secundi compromissi? Quod non videtur, quia recipit arbitrium primi compromissi, non secundi, & sine consensu eius diem protulerunt. Sed Papinianus distinguebat: aut per arbitrum stetit, quo minus intra diem præstitutum sententiam diceret, aut non: si per eum stetit, cogitur suscipere secundum arbitrum, quia ipse moram attulit primo. sed si per eum non stetit quo minus suis partibus fungeretur, sane non cogitur recipere arbitrium secundi compromissi. Et recte ad hanc distinctionem adnotauit Vlpianus, huic locum esse si in primo compromisso non fuit adiecta clausula de proferendo die compromissi, vt liceret arbitro diem producere. Nam si hæc clausula fuerit adiecta, & arbiter protulerit diem, omnimodo constat, eum manere arbitrum, & cogi sententiam dicere, & postulantibus litigatoribus cogi diem proferre per Prætorem, *l. 12. hoc tit.* Et secundum hæc accipiendum est, quod est scriptum in *l. non distinguemus*, *§. dies, hoc tit. Dies compromissi proferri potest, non cum ex conuentione.* Quæ verba videntur Accursio obscura, nam ex conuentione sola partium non profertur dies compromissi, vt constat ex sententia Papiniani, *sed cum iussu arbitri eam proferri necesse est, ne pœna committatur*: quod accidit, quando in compromisso nominatim permissum est vt diem proferret arbiter. Nam si diem protulerit cum ei proferendi data esset potestas, & aliquis ex litigatoribus dicto audiens non fuerit, incidet in pœnam: sed si hoc non sit datum arbitro & diem protulerit, & neuter consenserit, pœna non committetur, *l. arbiter ex compromisso, hoc tit.*

Ad §. si ædes, l. 6. si seru. vind.

Si ædes plurium dominorum sint, an in solidum agatur, Papinian. libr. 3. Quæstion. tractat, & ait, singulos dominos in solidum agere, sicuti de cæteris seruitutibus, excepto vsufructu. Sed non idem respondendum, inquit, si communes ædes essent, quæ onera vicini sustinerent.

EX eodem libro Vlpianus etiam aliam quæstionem tractat in *l. 6. §. si ædes, si seru. vindic.* & est de seruitute oneris ferendi, quæ est specialis seruitus, non vt voluit Theoph. generalis: quod ex eo apparet, quod specialia quædam habeat. Primum enim qui alias seruitutes debent, pati debent, non facere quicquam; vt ecce, qui aquæductum debet, pati debet aquam fluentem, non facere quidquam. Qui vero debet seruitutem oneris ferendi, etiam debet facere, id est, reficere vel restituere parietem, vel columnam destinatam oneri ferundo, vt cariatides, Satyros quos vocabant. Igitur qui hanc seruitutem debet, non pati tantum tenetur, sed & facere, *l. 6. §. etiam, si seruit. vind. l. eum debere, de seruit. vrb. præd.* Item de aliis seruitutibus agitur non tantum aduersus dominum prædij seruientis, sed & aduersus quemlibet, qui impedit ne vtatur seruitute, *l. 1. §. competit, de aqua quotid. & æst. l. si quis, §. vlt. si seru. vindic.* De seruitute oneris ferendi, vel de restituendo pariete collapso, vel columna oneri ferendo destinata agitur tan-

A tum aduersus dominum ædium seruientium, quia scilicet ineptum esset refectionem desiderare à non domino: refectio enim per actionem postulatur tantum à domino, *l. 1. §. vlt. de seruit. vrb. præd.* vulgo est *l. vlt. de seruit.* Et secundum hæc accipienda *l. 6. §. hæc autem, hoc tit.* dum ait, actionem de seruitute oneris ferendi non alij competere, quam domino ædium, dominantium scilicet, & aduersus dominum ædium seruientium; deinde addit, *sicuti cæterarum seruitutum intentio vera.* Quæ verba cum supradictis pugnant: & sane sunt coangustanda ad id quod dixi de seruitute oneris ferendi. Nam omnium seruitutum actiones dantur tantum domino prædij dominantis: sed non omnes aduersus dominum tantum: imo hac excepta, aduersus quemlibet. Sed hæc

B seruitus de onere ferendo datur tantum in dominum seruientem: quia inutiliter refectio postulatur à non domino. Item si pluribus debeatur seruitus, singuli de seruitute agunt, & contra, si plures debeant seruitutem aliquam, in singulos est actio in solidum, & à singulis seruitus vindicatur, non pro parte. optima ratione, quia seruitutes sunt indiuiduæ, scindi non possunt. quia seruitutes sunt indiuiduæ, nec igitur earum actio, *l. loci, §. si fundus, si seru. vind. l. via, de seruit.* Excipitur tantum seruitus vsusfructus, quæ sola est diuidua: de vsufructu potest agi pro parte: possumus pati, vel etiam dictare iudicium pro parte de vsufructu. Ergo hac sola seruitute vsusfructus excepta, qui debent alias seruitutes, conueniuntur singuli in solidum. At de seruitute oneris ferendi, quam debent plures, singuli conueniuntur pro par-

C te tantum, vt pro parte reficiant parietem, aut præstent quod interest: nam æstimatio refectionis diuidi potest. Et ideo ex Papiniano, recte Vlpianus refert *d. §. si ædes*, agere quidem singulos in solidum de seruitute oneris ferundi, sed non etiam agi in singulos in solidum, vt reficiant parietem in solidum: nam refectio solida non pertinet ad singulos, sed quisque debet conferre.

Ad l. 28. Mandati.

Papinianus libro tertio Quæstionum ait, mandatorem debitoris soluentem, ipso iure reum non liberare. Propter mandatum enim suum soluit, & suo nomine, ideoque mandatori actiones putat aduersus reum cedi debere.

D POstremo ex eod. lib. Papin. Vlpian. in *l. 28. mand.* tractat de mandatore, id est, de eo, cuius iussu aliquis credidit pecuniam Titio. Quodcumque autem de mandatore dixero, idem & dicere licebit de fideiussore. Finge, soluisse mandatorem, vel soluisse fideiussorem tibi, quod credidisti Titio, an solutione mandatoris liberatur Titius principalis debitor? Et docet Papin. ipso iure non liberari, quia mandator soluit suo nomine, ex quo etiam conueniebatur à creditore ob suam propriam obligationem, sicut fideiussor ob suam propriam fideiussionem: si soluerit nomine debitoris, vt quilibet, sane liberat ipso iure debitorem. Sed non soluit nomine debitoris, sed suo nomine, id est, propter suum manda-

E tum: ideoque dum soluit mandator, vel postea quam soluit, iure desiderat, vt sibi creditor cedat actionem aduersus debitorem principalem, *l. inter, §. vlt. mand l. Stichum, §. si mandatu, de solution.* quæ ei non cedi posset post solutionem, si ipso iure liberatus esset reus, *l. Modestinus, de solut. l. cum possessor, de censib.* nam quod posteaquam soluit mandator, creditor cedat eis actionem aduersus debitorem, argumento est, solutione mandatoris ipso iure non liberari principalem debitorem, sed per exceptionem, alioquin nulla esset actio. Itaque prudenter Papin. docet, solutionem mandatoris ipso iure non liberare debitorem, quod nomine debitoris non sit facta solutio. Et recte quidem Papinianus ait, ipso iure non liberari debitorem: nam sane liberatur per exceptionem, qua si non liberaretur, cogeretur

idem bis ſoluere, creditori, aut fideiuſſori, aut mandatori. Itaque æquum eſt vt debitori conſulatur remedio exceptionis aduerſus creditorem, cui mandator vel fideiuſſor ſoluit: nam quod mandator ei ſoluit, id refundere cogitur debitor mandatori.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. IV. Quæſtionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 40. De iudic.

Non quicquid iudicis poteſtati permittitur, id ſubiicitur iuris neceſſitati.

§. 1. *Iudex ſi quid aduerſus legis præceptum in iudicando dolo malo prætermiſerit, legem offendit.*

IN hac lege duæ proponuntur regulæ de officio iudicis: prior eſt, *Non quicquid, &c.* Poſſis hanc regulam ita accipere: non omne quod in iudiciis poteſt accedere, arbitrio iudicis deberi, & eſſe debet in obligatione. quæ ita prodita eſt *l. vlt. de eo quod cert. loc.* Obligatio eſt iuris neceſſitas. exempli gratia, in actionibus bonæ fidei vſuræ ex mora poſſunt accedere officio iudicis, nec tamen ſunt in obligatione, & improprie in *l. mora, §. in bonæ fidei, de vſur.* deberi dicuntur: neque enim debentur obligationis iure, ſed arbitratu iudicis. Ergo quod accedit officio iudicis, non etiam debetur. Vel potius ita accipiamus hanc regulam: *Non omne quod poteſt facere iudex, & debet.* Baſil. *οὐ πάντα τὰ ἐπιτετραμμένα αὐτῷ ὁ δικαστὴς ἀναγκάζεται: non omnia quæ ſibi permiſſa ſunt, iudex facere compellitur.* Et hoc eſt, quod ait *l. ſæpe, & l. generaliter, de offic. præſ.* Quoties Princeps negotia remittit ad Præſidem prouinciæ, non imponere etiam neceſſitatem Præſidi ſuſcipiendæ cognitionis, ſed ipſum Præſidem æſtimare, vtrum ipſe cognoſcere debeat, an cognitorem dare. poteſtas non eſt coniuncta neceſſitati. Altera regula Papiniani eſt, *Iudex ſi quid, &c.* Ergo iudex legem offendit, non tantum, ſi quid faciat dolo malo contra præſcriptum legis, vt ſi quem condemnet in vſuras grauiores legitimis, *l. 1. de vſur.* ſed etiam, ſi non dolo malo fecit quod erat lege præſcriptum: nam & qui non facit, facit, vt ſi furem nō damnet in duplum, ſed in ſimplum tantum. Et pœna iudicis offendentis legem in iudicando eſt, vt litem alienam ſuam faciat, vt litis alienæ periculum ac diſcrimen omne ſuſtineat, atque adeo, vt cogatur præſtare ei, cuius intereſt veram æſtimationem litis, vt cogatur præſtare duplum, ſi quem abſoluit dolo malo, quem debuit condemnare in duplum, *l. ſi filiusfam. in princ. hoc tit.* Multum intereſt, vtrum iudex contra leges iudicet dolo malo, an per imperitiam: Nam ſi dolo malo legem offenderit, veram litis æſtimationem præſtare cogitur, *d. l. filiusfamil. in fine.* ſi vero per imprudentiam male iudicarit, non tenetur ex maleficio: nec enim imprudentia maleficium eſt, ſed tenetur quaſi ex maleficio pœnali actione: verum non in ſolidum, non in vniuerſam æſtimationem litis, ſed in id tantum, quod religioni iudicantis bonum & æquum videbitur: quæ actio vocatur in factum, *l. vlt. de var. & extraord. cogn.* & ſecundum eam accipienda eſt *d. lex filiusfamilias in princ.* quæ nulli non faceſſit negotium, nam ait: *filiusfam. iudex ſi litem ſuam faciat perperam iudicando, in tantam quantitatem tenetur, quæ tunc fuit in peculio, quum ſententiam diceret.*

A Nullus eſt qui non laboret plurimum in ratione eius quærenda, & eſt veluti crux quædam ingeniorum. Quidam interpretes ſic eam accipiunt, vt ſi filiusfam. male iudicauit, teneatur pater pro modo peculij filijfamil. quod fuit tempore ſententiæ perperam dictæ à filiofamil. ſed manifeſto lex dicit, teneri filiumfam. ſi de patre intellexiſſet, dixiſſet, *tenetur pater.* Sed eſt at ex hac cauſa non teneri patrem de peculio, quia ex pœnalibus cauſis non datur actio de peculio, *l. ex pœnalib. de reg. iur.* poſſet teneri ex cauſa iudicati: Nam licet non teneatur ex maleficio, tamen ex ea cauſa condemnato filiofam. in certam ſummam, pater poteſt conueniri de peculio actione iudicati, *l. 3. §. idem ſcribit, de pecul.* Atque ita conuento patre actione iudicati de peculio, ſecundum illorum

B ſententiam, ſpectabitur quantitas peculij, quæ fuit, quum filiusfam. contra leges ac conſtitutiones ſententiam dixit: quod non poſſumus admittere. Nam in actione de peculio ſemper ſpectatur tempus rei iudicatæ, id eſt, ſpectatur quantum ſit, & ea tenus conſiſtit condemnatio in peculio. Non ſpectamus igitur tempus, quo filiusfam. iudicauit, ſed tempus quo iudicauit is, qui eſt addictus actioni de peculio, *l. quæſitum, de pecul.* & aliis innumeris locis. Res adeo obſcura quibuſdam viſa eſt, vt maluerint ſcribere: *ſi iudex filijfam.* ita poſita ſpecie: Pater conuentus eſt de peculio. in eam quantitatem damnari debet, quæ eſt in peculio rei iudicatæ tempore. Iudex non obſeruauit eam quantitatem, quæ erat in peculio tempore rei iudicatæ, atque ita prætermitten-

C do quod erat cautum à Prætore in actione de peculio, litem ſuam fecit, & tenetur in eam ipſam quantitatem, in quam pater damnari potuit: & ita iudicem filijfam. vocant iudicem addictum actioni de peculio aduerſus patrem inſtitutæ nomine filijfam. quæſo an apte dicatur ille iudex filijfamil. cuius perſona in eo iudicio non conſiſtit? nihil omnino mutandum eſt in *d. l. filiusfam.* & ſequenda eſt ſententia Azonis ad eam legē, quæ vera eſt, ſed indiget aſſertore. Filiusfam. litem ſuam facit. Primum non eſt accipienda ea ſententia ſi dolo malo offendit legem: nam teneretur in veram æſtimationem litis, ſed de eo, qui per imprudentiam male iudicauit, qui tenetur in id, quod æquum & bonum iudicanti videbitur, *d. l. vlt. de var. & extraord.* Et illud æquum & bonum ita definitur in *d. l. filiusfam.* vt filiusfam. qui litem ſuam

D fecit per imprudentiam, non damnetur vltra quantitatem, quam habet in peculio, quaſi in ſuo patrimonio iudicati tempore, ita tamen, vt non de eo peculio ſatisfaciat inuito patre, quia non conuenitur actione de peculio, nec poſſet, ſed conuenitur actione in factum pœnali. Itaque ſoluet aliunde, vel carcere continebitur, *l. pen. C. qui bon. ced. poſſ.* Peculium filijfamil. veluti patrimonium eius eſt. & ſi litem ſuam fecerit per imprudentiam, non damnabitur vltra patrimonium, quanquam non debeat de eo ſoluere inuito patre, ſed aliunde, tamen pro modo peculij, quod fuit iudicati tempore. Et hoc ſenſu accipienda ſunt, quæ ſcribit Iuſtin. in *§. ſi filiusf. Inſt. de oblig. quæ quaſi ex del. naſc.* quo loco ait, filiumfam. qui litem ſuam fecit, teneri, non patrem: teneri,

E inquam, ex bono & æquo, pro modo peculij, aut teneri etiam vltra quantitatem peculij in veram ęſtimationem litis iam ſuę non alienæ, ſi dolo malo legem offenderit in iudicando. Res hæc non eſt difficilis. Pleraque ſunt in vet. interpretibus vera, quę negliguntur, quia deeſt aſſertor.

Ad l. 51. De legatis 1.

Sed ſi certos nummos, veluti, quos in arca habet, aut certam lancem legauit, non numerata pecunia, ſed ipſa corpora nummorum, vel rei legatæ continentur, neque permutationem recipiunt, & exemplo cuiuſlibet corporis æſtimanda eſt.

HOc tantum annotabo ad hanc legem, multum interesse, an numerus certus nummorum legetur, an nummi certi, vel corpus certum: quę distinctio placet. Nam si legetur certus numerus nummorum, puta, 100. non est necesse eos solui qui inuenti sunt in hereditate: nam & alij solui possunt, dummodo sint eiusdem generis & quantitatis, nec videbuntur alij pro aliis solui, nam quę quantitate magis valent, quam corpore, in suo genere functionem recipiunt, id est, promiscuam permutationem, *l.2.§. mutui, de rebus credit.* Regula est, *aliud pro alio solui non posse*. Sed non videtur aliud pro alio solui in hoc casu, cum eadem quantitas soluatur, & eiusdem generis. Sed si legetur certum corpus, vt lanx certa, non potest alia pro alia solui: corpora enim permutationem non recipiunt. Idemque erit si legentur nummi certi. Aliud est legare certum numerum nummorum: hoc enim est quantitatem legare; aliud certos nummos, puta illos qui sunt in hac arca. Nam hoc modo, non possunt alij pro aliis solui inuito legatario, & nummi in hoc casu, vt corpus accipiuntur, non vt quantitas. Et sic etiam hoc est, quod ait Papinianus in *l. 51. de legat.* 1. si legetur certus numerus nummorum, & nulli sint nummi in hereditate, constat deberi legatum, quia quantitas inest hereditati, etiamsi non sint nummi, quia tot refici possunt ex hereditate, *l. 12. de legat.* 2. Sed si legentur certi nummi, puta, qui sunt in arca, & nulli inueniantur in arca, legatum est inutile. Et similiter, si certus numerus nummorum eodem testamento legetur sæpius, eadem quantitas sæpius pręstari potest volente testatore, id est, si appareat multiplicare legatum voluisse. Sed si legentur certi, nummi puta, qui sunt in arca, amplius, quam semel, legatum pręstari non potest, *l. plane, §.1. & sequ. de legat.* 1. Atque ita apparet multum interesse, legentur certi nummi, an certus numerus nummorum.

Ad l. 116. de verb. obligationibus.

Decem stipulatus à Titio, postea quanto minus ab eo consequi posses, si à Mæuio stipularis: sine dubio Mæuius vniuersi periculum potest subire: sed & si decem petieris à Titio, Mæuius non erit solutus, nisi indicatum Titius fecerit. Paulus notat: *Non enim sunt duo rei Mæuius & Titius eiusdem obligationis, sed Mæuius sub conditione debet, si à Titio exigi non poterit. Igitur nec Titio conuento Mæuius liberatur, qui an debiturus sit, incertum est. Et soluente Titio non liberatur Mæuius, qui nec tenebatur, cum conditio stipulationis deficit: nec Mæuius pendente stipulationis conditione recte potest conueniri. A Mæuio enim ante Titium excussum, non recte petetur.*

SVbtile est valde quod proponitur in hac l. Stipulatus sum decem à Titio, & accepi fideiussorem Mæuium in id, quod minus à Titio consequi possem. Titius est reus principalis, Mæuius fideiussor. fideiussorem esse constat ex *l. 6. de nouat. l. fideiussores 9. & l. amiss. de fideiuss. l. 2. C. de fideiuss. tut.* Sed inter hunc fideiussorem & alios multum interest. Nam hoc iure alius fideiussor potest conueniri inexcusso reo, quod tamen Iustinianus mutauit Nouell. 4. qua vtimur: nam prius est excutiendus reus quam fideiussor. ante hanc Nouell. erat in arbitrio creditoris conuenire quem vellet. Sed is, qui fideiussit in id, quod minus creditor à reo seruare posset, non potest conueniri inexcusso reo, quia videtur sub conditione fideiussisse, si à reo exigi pecunia non potuerit. Ergo pendente conditione non potest conueniri: vel si quis cum eo agat pendente conditione, non recte agat, id est, male agat, quia plus petat causa, cum agat antequam excussus sit reus principalis, id est, antequam extiterit conditio fideiussionis. Is igitur fideiussor longe alterius est conditionis, quam sint alij: nam non potest conueniri ante reum excussum: quod tamen pugnare videtur

A cum *l. si decem, de solut. & l. vlt. de reb. cred.* Sed rem recte explicauit Accursius ad *d. l. vlt.* hoc modo: Si dubitetur de facultatibus rei principalis, id est sit soluendo, necne, non potest fideiussor conueniri ante Titium excussum, quia pendet conditio stipulationis, & quia de eo ambigitur, an seruari possint decem. Sed si constet reum principalem nihil facere posse, licet conuenire Mæuium fideiussorem, quia extitit conditio: vel si constet Titium partē tantum facere posse, reliqua pars peti potest à Mæuio fideiussore. Atque ita Mæuius fideiussor prius conuenietur, deinde Titius reus principalis in eam partem conuenietur, quam facere potest. Ergo cum notæ facultates Titij, licet prius conuenire Mæuium fideiussorem, deinde Titium. Sed si sint incognitæ & ambiguæ facultates Titij, prius est conueniendus & excutiendus Titius. Quid est excutere? non agere est, quanquam actio sit species quædam excussionis, sed excutere est etiam extra iudiciū inquirere de facultatibus rei. Excusso Titio, etiamsi non sit cum eo actum, si visus fuerit non esse soluendo, licet experiri in Mæuium, non ante: & secundum hanc l. cum hodie ex Nou. Iustin. idem locum habeat in omnibus fideiussoribus, vt non possint conueniri ante excussum reum, forte potest defendi secundum hanc leg. non esse necesse reum excuti iudicio, satis esse, si excussus sit extra iudicium: & consequenter etiam hodie priorem iudicio conueniri fideiussorē posse: quod prima facie videtur absurdū, sed non ante excussum reū qui vtique excutitur etiā sine iudice. Et Pap. hic primū proponit, eum, qui ita fideiussit *quanto minus, &c.* aliquando vniuersi periculum subire, id est, teneri in solidum in ea decem quæ stipulator reo principali stipulatus est, puta, si reus nihil facere possit: nam & qui nihil facere potest, minus facere dicitur, quo casu Mæuius in solidum condemnatur. Et id ait Papin. esse sine dubio, sicut & Gaius non solere dubitari, *l. si ita à te stip. de verbor. oblig.* Et ait hoc in loco Papin. vniuersi periculum subire, vt idem in *l. quid ergo, ad municip.* Hoc igitur caret dubitatione, si Titius nihil facere possit, Mæuium damnari in solidū, sed adiicit hic Papinian. *sed etsi decem petieris à Titio, Mæuius non erit solutus, nisi indicatū Titius fecerit*, id est, sed etsi creditor egerit cū Titio, & ab eo decem petierit, non statim Mæuium solui obligatione, quod stipulator elegerit reum principalem. Nam incertum est, an Titius sit soluturus, quia fieri potest, vt agatur cum Titio, & condemnetur Titius, & tamen iudicatum non faciat, id est, non possit soluere. Si soluerit, Papinianus significat liberari Mæuium fideiussorem. si Titius iudicatum non fecerit, non est liberatus Mæuius: nam iure conueniri potest cum Titius non fecerit iudicatum. Electione igitur sola Titij non liberatur Męuius, sed exactione ac solutione, non litis contestatione facta cum Titio, sed perceptione pecunię in stipulatum deductæ liberatur Męuius. Adiicitur nota Pauli ad Papinianum: reprehensio igitur. Reprehendit autem quod prima specie non videtur, Papinianum in hoc quod significat soluente Titio 10. quæ promisit, liberari Mæuium: dixit enim Papinianus decem petitis à Titio, non liberari Męuium, nisi iudicatum fecerit. Ergo si soluerit decem Titius, liberari Męuium. hoc reprehendit Paulus, quia & soluente Titio non liberatur Męuius, cum non sit in obligatione, nec intelligatur debitor fuisse eius pecunię, quia defecit conditio sub qua se obligauerat. Ergo nec electo Titio, nec soluente liberatur Mæuius. Et hoc vt ostendat Paulus, ponit Titiū & Mæuium non esse duos reos promittendi, quod est verissimū, quia vnus, nempe Titius, est reus principalis, alter, scilicet Męuius fideiussor est, seu accessor: qui locus summe est notandus: nam demonstrat ius duorum reorum hoc esse, vt vno electo, etiamsi nondum exacto, alter liberetur, *l. 2. de duob. reis.* Placet, quod Stephanus in hunc locum notauit, hoc iure, id est, ante Iustinianum electione nuda vnius ex reis liberari correum, etsi cre-

ditor nihil perceperit. Sed ex *l. vlt. C. de fideiuss.* ad quam tamen inflexi sunt quidam loci Digistorum, hodie electione vnius ex reis non liberatur alter, sed exactione demum ac solutione, non litis contestatione, sed perceptione. Verum hic locus ostendit, ante Iustinianum electione vnius ex reis promittendi absolui alterum, eum cum quo egisti peragere debes, nec potes congredi cum altero & cum alterum elegisti: alterum dimisisse videris. Et ob id ait Paulus hoc loco, Titium & Mæuium non esse duos reos debendi. Nam debet Męuius sub hac conditione, si à Titio exigi non potuerit; sub qua non potest accipi correus, quamuis sub alia conditione accipi possit: *Instit. de duob. reis*, §. *vlt.* Sed non sub hac conditione: nam aliena est à iure duorum reorum. Quia igitur Mæuius debet sub hac conditione, Titio conuento & nondum exacto, non liberatur Mæuius, quia incertum est, an sit debiturus Męuius, id est, an sit soluturus Titius: & ita etiam soluente Titio non recte dices non liberari Męuium, quod videtur admittere Papinian. quia deficit conditio: & ideo Męuius nunquam intelligitur debuisse, imo nec obligatus fuisse: quę est Pauli reprehensio.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. V. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 39. de pactis.

Veteribus placet pactionem obscuram, vel ambiguam venditori, & qui locauit, nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.



IN hac lege proponitur hęc regula iuris antiqui: Pactionem adscriptam venditioni, vel locationi, si sit obscura vel ambigua, venditori aut locatori, qui eam pactionem condixit aut concepit, potius nocere, quam emptori, aut conductori. Sic veteribus iurisconsultis placuisse ait, vt Labeoni qui est ex veteribus *l. Labeo, de contrah. empt.* Istius regulæ ratio est optima, quia scilicet quum venditor, aut locator, qui eam legem dixit, & apposuit in venditione aut locatione, potuerit re integra eam apertius condicere & conscribere, cum potuerit, nec dixerit, in dolo versari videtur, id est, emptorem aut conductorem decipere voluisse videtur. Merito igitur interpretatio contra eum fit potius, quam contra emptorem, aut conductorem. Imo id potius accipitur, quod est vtilius emptori & conductori, cuius oratio ambigua etiam in sermone quotidiano tendicula est quædam, quę ei, qui tetendit potius fraudi esse debet. Et hoc est, quod ait; *veteribus placuisse, &c.* Et cum ait: *In quorum potestate fuit*, rationem regulę reddit, quod qui potuerit apertius loqui; nec loquutus est, decipere voluerit. Est frequentissimus huius regulæ vsus, neque vlla est certior, quia quis possit vti in iudicando, si quam partem deprehenderit vel ambigue vel perfusorie loquutam fallendi causa, non potest aduersus eam non recte iudicare, quæ aduersario ambiguo sermone tetendit insidias. Et eleganter *l. ea, quæ*, §. *vlt. de contr. empt.* dolum malum esse, si venditor obscure loquatur: quam enim ob rem obscure loquitur, nisi vt fallat emptorem? & si dolus est in eo qui ambigue loquitur, est eo qui & in perfusorie loquitur, *l. qui libertatis*, §. *sed etsi, de euict.* Non tantum igitur ambiguitas,

A vel obscuritas est contra eum, qui eam inuexit, vel affectauit, sed & oratio perfusoria est contra eum, qui ea vsus est. Obscure loquitur quis, si quod dixerit, non apparet. Ambigue, si vtrum dixerit non apparet, id est, qui non certo, sed dubitanter profert hoc vel illud. Nam ambigua oratio est quæ est ἀμφίλογος, quę duobus modis accipi potest, *l. cum Stichus, de solut.* Perfusorie autem loquitur, qui rem totam non aperit, sed dissimulat, aut reticet aliquid: quod omne demonstrari exemplis necesse est. Finge: Venditor in lege venditionis, aut traditionis, dixit hoc modo generaliter, seruitutes, si quę debentur, debebuntur, vel etiam dixit: Itinera, actus, viæ, quibus sunt, vt ita sint. Sciebat venditor, quę seruitutes debebantur, & quibus deberentur, neque tamen hoc voluit exprimere, sed

B perfusorie dixit dolo malo seruitutes, si quę debentur, debebuntur: neque dixit emptori, quæ certo deberentur & quibus. dixit quidem prędium debere seruitutes, sed non quas & quibus. Quare eo nomine tenebitur emptori ex empto, si quid intersit emptoris, quia forte si id quod reticuit venditor agnouisset emptor, vel empturus fundum non esset, vel minoris empturus, si id omne apertius locutus fuisset venditor; *d. l. qui libertatis*, §. *pen. de euict.* & *l. quæro, de act. empt.* nam & *l. quæro*, est de venditore, qui perfusorie loquutus est, quanquam non vtatur hoc verbo, *perfusorie*, quod est in *d. l. qui libertatis.* Qui igitur dicit prędium quod vendidit, debere seruitem, sed non exprimit quam, aut cui, hic perfusorie

C loquitur: perfusio hæc argumentum est fraudis. Ambigue loquitur venditor, qui in lege venditionis ita loquitur; Flumina & stillicidia vti nunc sunt, vt ita sint. Idem dici potest de cęteris seruitutibus. non dicit plane, ipse ne debeat excipere flumina vel stillicidia, an vicinus: non dicit palam, an prędium illud debeat seruitutem, an ei debeatur. Igitur vt id accipiatur, quod nocet venditori, interpretabimur eum dixisse de fluminibus vel stillicidiis, quę vicinus excipere debet, non de iis, quæ ipse excipere debet: & consequenter interpretabimur seruitutem dixisse eum fluminum vel stillicidiorum sibi deberi: ædes autem nulli debere stillicidia, aut flumina, hoc est, ædes dominari, non seruire, *l. cum in lege, de contr. empt. l. si arborem*, §. *vlt. de seruit. vrban.* Quod si ædes, quæ venierunt, forte deberent flumina vel stilli-

D cidia, nec tamen eis debeantur, sane venditor tenebitur emptori in id, quod interest, quia non dixit aperte: atque ita videtur voluisse decipere emptorem. Cur enim est vsus ambiguo sermone? Est profecto hęc regula æquissima, quia coercet fraudes venditorum. Obiiciuntur huic regulæ multa. Primum, *l. insulam, qui pot. in pign.* cuius species hæc est: Qui fundum locauerat in quinquennium, intra tempus locationis, nondum perfecto quinquennio, eum fundum vendidit ea lege, vt emptor staret locationi quoad peracta esset, alioqui emptori liceret expellere colonum, *l. emptorem, C. de loc.* & dixit etiam hanc legem, prioris anni pensionem sibi accessuram, sequentium autem annorum emptori, & pignorum datorum à colono vel inquilino nomine pensio-

E nis ius vtrumque consequuturum. Quæritur, vtrum si pignora non sufficiant vtrique, id est, si non sufficiant omnium annorum pensionibus, an ius omnium pignorum primum pertineat ad venditorem, qui sibi recepit pensionem prioris anni, an vero tantum ad eum pertineat pro rata eius anni? de eo nihil aperte dictum est inquit Paul. in lege venditionis. An igitur interpretatio fiet aduersus venditorem, qui legem dixit? Minime. Ait enim Iureconsultus hanc quæstionem esse facti, id est voluntatis: hoc enim venire in disquisitionem, quid voluerint contrahentes: ac subiicit verisimile esse id actum inter eos, vt primam pensionem omnium pignorum ius sequeretur, id est, vt prima pensio in solidum ex pignoribus redigeretur, quod est pro venditore, non contra venditorem, quia tamen eam legem aperte non

dixerat, sed in ambiguo reliquerat. Respondeo, nihil esse, quod tam facile expediri possit. lex *ait, verisimile esse id actum vt primam pensionem ius pignorum omnium sequeretur*: quod est verisimile, id neque obscurum, nec ambiguum esse videtur. Et in his quæstionibus obseruandæ sunt duæ regulæ, quarum prior hæc est, vt id æstimetur, quod verisimile est egisse inter se contrahentes: posterior reg. quæ priori succedit hæc est. si verisimile nullum extet, vt tum pronuntiemus contra venditorem. Non vtimur hac posteriore regula, nisi quum prior deficit. Et ita respondendum ad *leg. eum qui Calendis, de verb. oblig.* Vt in venditionibus & locationibus, ita & in stipulationibus ambiguitas est contra eum, qui ambigua oratione vsus est. ambiguitas stipulationis, aut pactionis huic adiectæ, contra stipulatorem est. Finge, stipulatum sibi dari Calendis, neque adiecisse quibus Calendis, an faciemus interpretationem contra stipulatorem si non appareat de quibus Calendis senserint contrahentes? minime: nam benignior & vtilior est sententia Sabini existimantis, esse verisimile eos sensisse de primis Calendis. Sabinus hanc coniecturam habuit pro certissima: vbi coniectura certa non deficit, non vtimur hac regula, id est, non facimus interpretationem contra stipulatorem. Obiicit etiam Accursius *l. si ita, de contra. empt.* quam non opponerem: nam res est apertissima. Finge: Quidam ita vendidit, illa aut illa res tibi sit empta tot aureis, an illa erit empta, quam voluerit venditor? an sequemur potius animum venditoris, quam emptoris? Et ait Vlpian. eam rem venditam fore, quam venditor elegerit, non quam emptor. Sed non potest esse locus huic regulæ in hac specie, quia præcedit alia, quæ hanc remoratur quasi vltimam, quod electio sit semper debitoris, quoties quid in obligationem venit sub disiunctione. Erit igitur electio venditoris. Obiicitur etiam *l. si quis, de iudic.* Finge: Vsus est aliquis intentione ambigua, id est, actione seu formula ambigua, actionis, vel vsus est in ea formula oratione aliqua ambigua: (actio est intentio eius, qui ad iudicium prouocat,) si igitur intentione ambigua vsus sit, id sequemur quod vtilius est actori. Ergo & quod vtilius est ei, qui ambigue loquutus est? Responsio sumenda est ex *leg. in contrahenda, de regul. iur.* quæ palam ostendit hac in re esse differentiam inter contractus & iudicia. Contractus perficiuntur duorum voluntate: iudicia etiam vnius, puta actoris: nam redduntur in inuitum: agimus in inuitum & trahimus, ac rapimus in ius. In contrahendo, si quis vtatur ambigua oratione, contra eum interpretatio fit: in agendo vero si quis vtatur ambiguo sermone, pro eo fit interpretatio, id est, id semper adsumitur quod ipse senserit, non quod senserit reus, alioqui nullum iudicium consisteret: semper enim negaret reus se sentire, aut consentire in eam rem, & ne condemnaretur, semper ludificaret, & impediret intentionem actoris; *l. inter stipulantem, §. 1. de verb. obligat.* Magis obstat huic regulæ *l. si in emptione, de contr. empt.* Finge: Dictum est in emptione fundi, fundo accessurum Stichum, plures erant Stichi. non intelligitur quis accesserit: de alio ait se sensisse venditor, de alio emptor: nam si verus sit dissensus in eo Sticho, non consistit venditio, dissensio vitiat emptionem, *d. l. inter stipulantem, §. 1.* Sed si simulanter dissentiunt vt amantes litium, quid fiet? Labeo ait, eum Stichum accessurum, quem venditor intellexit: & ambigua tamen venditor vsus fuit oratione *l. vbi est, de reb. dub.* Paulus ait, verborum ambiguitatem esse si væneat Stichus ab eo, cui sunt plures Stichi. Sic vbi Carthagini dari quis stipulatur, ambigua est oratio: quia duplex est Carthago. propterea ambiguam dicit. Constat igitur ambiguam esse orationem, si dicatur in lege venditionis Stichum accessurum, cum essent plures Stichi: & tamen interpretatio fit pro venditore. & subiicit Paulus in *d. l. si in emptione*; nihil referre quanti sit accessio, id est, Stichus: nam plerasque res, inquit, pluris

A emimus propter accessionem, vt domum propter columnas, vel statuas pictas, vel seruum propter peculium, *l. 44. de ædilit. edic.* Hæc est sententia huius legis. nunc vt ei respondeam, omnes statuunt, nec possunt aliter, in specie *d. l. 34.* legem venditioni dixisse emptorem, non venditorem, nec palam pronuntiasse emptorem, quem Stichum intelligeret, atque ideo fieri interpretationem pro venditore. Hoc ego non possum admittere: nam in venditionibus semper legem dicit venditor rei suæ, vt in locationibus locator. Hinc Plautus in Captiu. scen. 2. quasi fundum venderet: *meis me addicam legibus.* & ita in *l. insulam, qui potiores in pign. l. si quis, & seq. de action. empt. l. quidquid, D. eod. l. qui fundum, l. si cum fundum, l. comprehensum, l. fistulas, de contr. empt.* euidenter ex-
B pressum est, venditorem in lege venditionis dicere, venditioni accessura dolia, accessuras fistulas, accessuram villam, accessura pleraque alia. Semper creditor quod accedit venditioni accessurum dicit. Ergo & in *d. l. 34.* is est, qui in lege venditionis dixit accessurum Stichum. Cur ergo secundum hanc regulam, non fit aduersus eum interpretatio? Et iamdudum docui libro 1. obseruat. cap. 10. in *d. l. 34.* esse legendum *emptor*, pro *venditor*. Moueor multis argumentis. Primum quod id referatur ex Labeone, qui scripsit interpretationem fieri pro emptore, vt idem Paul. refert in *l. Labeo, de contrah. empt.* Moueor etiam quod in lege præcedenti *d. tit.* ponatur aliud exemplum, in quo ambiguitas est contra venditorem, vt quasi sub oculos poni videantur duo exempla posterioris illius regulæ: vnum in *l. praced.* alterum in
C hac *l. si in emptione.* Moueor etiam quod Paulus sub finem *d. l. 34.* dicat: *plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus.* Necesse est igitur eum dixisse eam deberi quem emptor dixerit. Moueor etiam, quod in stipulationibus, Sticho in stipulationem deducto, si stipulator de alio dicat se sensisse, de alio promissor, & sunt plures Stichi, is debeatur, de quo promissor senserit, quod debuerit stipulator apertius stipulationem concipere *l. cum quaritur de reb. dub. l. 38. §. in stipulationib. de verbor. obligat.* Moueor postremo, quod sit facilis commutatio *venditoris* in *emptoris*, & contra, vt in *l. 5. C. qui manum. non poss.* vbi vulgo scriptum est *emptori*, cum debeat esse *venditori*, vt in Basilic. Est facilis commutatio affinium nominum inter se, & fallit sæpe nos manus no-
D stra; suntque in auctoribus pleraque errata, quæ insederunt ab initio, ac auctores ipsos fefellerunt. Ac præterea est ratio euidens, quod in *d. l. 33.* & *d. l. 34.* duo veluti exempla ponantur ad hanc nostram regulam. opponitur etiam huic regulæ *l. in lege, 29. loc.* cuius species hæc est: Locator hanc legem dixit conductori saltus: Syluam ne cædito, neue cingito, neue deurito, neue quem cingere, cædere, deurere, finito. Hæc est lex locationis. Ambigua sunt in ea lege ea verba, *ne finito*: nam vel ita intelligi possunt: Illum prohibeto, quem videris syluam cædere, cingere, deurere. vel ita: dato operam, obserua diligenter, ne quis syluam cædat, &c. Quæritur, vtra interpretatio accipienda sit? Et Iureconsultus ait, esse vtramque accipiendam: quod locator sic lege dicta videatur voluisse dicere, non tantum vt non fineret
E quempiam cædere syluam, sed vt daret operam, ne quid earum rerum fieret. Igitur se secundum voluntatem locatoris interpretationem fieri, vtilitatem eius solam spectari, quamuis vsus sit ambiguo sermone, quod est contra regulam *l. veteribus.* Res est explicatu facilis: mitto quod notauit Accurs. in verbo *cæderet*, & puto hoc sufficere, si duas constituamus regulas. Prior est cum vtraque interpretatio, quam admittit ambiguus sermo pro locatore est, vt in *d. l. 29.* vtramque amplectimur. Cum autem vna interpretatio pro locatore est, altera pro conductore, hanc potius quam illam amplectimur, ac locus est regulæ *l. veteribus.* & ne quis hæreat in verbo *cingere*, verissime scripsit Paulus in *l. 5. arbor. furt. cæsar.* cingere esse deglabrare, vt stringere dicimus pro destringe-

re: nam cingere arborem, est discingere in orbem, decorticare, deglubere, quod interpretes Græci varie explicant, modo simpliciter ζωννύειν ἀντὶ τοῦ ἀποζωννύειν dixerunt, modo περιζωννύειν, modo ἐκτέμνειν. & Latini interpretantur eleganter. Cingere, inquiunt, est detrahere corticem, in quo inest veluti spiritus animalis arboris: nam eo sublato pleræque arbores exarescunt.

Ad l. 14. de inoffic. testam.

Pater filium emancipauit, & nepotem ex eo retinuit. emancipatus suscepto postea filio, duobus exheredatis, patre præterito vita decessit, in quæstione de inofficioso testamento præcedenti causa filiorum patris intentio adhuc pendet. quod si contra filios iudicetur, pater ad querelam vocatur, & suam intentionem implere potest.

EX hac lege 14. duo potissimum notanda sunt. Vnum est, patri præterito testamento filij, dari querelam inofficiosi testamenti, filio exheredato testamento patris eadem querela datur: præterito autem non datur, sed bonorum possessio contra tabulas. At patri vel exheredato, vel præterito testamento filij semper datur querela inofficiosi, quoniam præteritio patris habetur pro exheredatione, id est, si filius in testamento suo patrem prætermiserit, non instituerit, vel exheredauerit nominatim, eum exheredasse intelligitur. Pater non exheredat filium, nisi nominatim. Cæteri omnes exheredant, exheredanturque silentio, hoc est, præteritione siue omissione. Loquimur autem de filio emancipato: nam filiusfamilias non facit testamentum, nisi de peculio castrensi, vel quasi, & illud non potest impugnari à patre per querelam inofficiosi. Patri ergo præterito testamento filij emancipati dicimus competere querelam inofficiosi, quod contra pietatem testamentum fecerit filius insuperhabito patre. Et placet ratio, quæ ex alio libro Papiniani subiicitur in *l. seq.* his verbis: *nam etsi parentibus non debeatur filiorum hereditas, propter votum parentum, & naturalem erga filios charitatem: turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet.* Ex his Papiniani verbis liquet, ius piumque esse, patri dari querelam inofficiosi testamenti. Nam non videtur quidem deberi patri hereditas filij, si spectes votum patris, & erga filium charitatem. Cuius voti meminit Papin. in *l. Iulianus, si quis omis. caus. test. l. scripto, in fi. vnde liberi.* Est vero hoc commune votum omnium parentum, & vt ait Philo, μία σπουδή τε καὶ εὐχὴ vt liberos suos heredes relinquant. At si forte hic ordo turbetur, si inuersa erunt ordine fata, tunc miserationis ratione debetur patri hereditas filij. Turbatur ordo, si filio superstit pater: nam naturalis ordo, & vt ait Ausonius, iusta series est superuixisse filium patri: & ideo cum pater & filius simul intereunt, vt naufragio, vel alio casu, suggerente ordine naturę præsumimus filium superuixisse patri vel matri, *l. qui duos, §. vlt. de reb. dub.* Tacitus Annal. 16 *seruauit ordinem naturæ fortuna.* Statius 4. *Linquo equidem thalamos, soluo tamen ordine tristes.* Hoc igitur ordine naturæ turbato, male iudicantibus fatis, pietatis ratio exigit, vt testamento filij patri relinquatur quarta debitæ portionis ab intestato, quæ vulgo legitima dicitur, institutionis iure: quæ si non relinquatur patri, quasi exheredato competit querela, & vindicatio totius hereditatis. Competit etiam patri præterito bonorum possessio contra tabulas non in assem, id est, totam hereditatem filij sed in semissem tantum secundum ius vetus, & in trientem secundum ius nouum, scil. si in emancipatione filij pater ipse manumiserit filium. Emancipare est vendere filium, venditus filius manumittitur, vel ab emptore, vel à patre naturali, si eum ab emptore redemerit, quod agebatur contracta fiducia, quod nos dicimus *par vn pache de rachapt.* Con-

A trahere fiduciam, est mancipare ea lege, vt mihi remancipetur, & à me manumittatur: & ita si emancipati filij manumissor extitero, quasi patronus sum filij, & non quasi patri, sed quasi patrono, si me præterierit filius, qui est mihi quasi libertus competit bonorum possessio contra tabul. hodie tertiæ partis bonorum filij: nam cuilibet alij patrono præterito datur: quod procedere in patre manumissore ostendit *l. si à milite, §. vlt. de test. mil. l. filio, §. 1. hoc tit.* Ergo ei, vt patrono, datur bonorum possessio contra tab. tertiæ partis bonorum filij: vt patri autem datur querela in assem, quod hæc l. 14. demonstrat, siue pater manumissor exstiterit in emancipatione filij siue non. Duplex ius habet pater, qui manumissor extitit: ius patris, & ius quasi patroni. Qui vero manumissor non extitit, habet ius patris tantum
B quod dicitur ius antiquum, *l. 1. §. vlt. si à par. quis manum.* Quod primus nos docuit Viglius: nec enim antea intellexerant interpretes, quid interesset inter ius vetus & nouum. Et accepta bonorum possessione contra tabul. certæ partis à patre præterito quasi patrono, *d. l. 1. §. vlt.* eleganter ait, patrem posse etiam sibi defendere ius antiquum, quod etiam sine manumissione habebat, id est, patrem posse agere querela, & euincere totam hereditatem, qui tamen contra tab. per bonorum possessionem abstulit tantum trientem: neque enim ei nocere debet ius patronatus, inquit *d. l. 1.* cum sit & pater. Denique habebit & ius patris, & quasi patroni. Sed si prius egerit querela, & obtinuerit, frustra postea petit bonorum possessionem contra tab. quasi patronus, quia assem euicit querela inofficiosi, quæ infirmat hoc iure totum
C testamentum: nouo iure, institutionem tantum. Patri igitur præterito, vt patrono intelligimus dari bonor. possessionem contra tab. certæ partis: vt patri querelam inofficiosi testamenti in assem. Nec pugnare videntur hęc duo remedia, cum non eodem iure concedantur, sed vnum, vt patrono, alterum vt patri. Et cui vt patri consultum est alia via vt perueniat ad hereditatem filij, huic non datur querela inofficiosi. Et hoc est quod dicitur, querelam inofficiosi testamenti esse subsidiarium auxilium: sed cui, vt extraneo, vt patrono consultum est alia via, ei vt patri non denegatur querela inoffic. testamenti. Alterum quod in hac l. velim vos notare, hoc est, in querela inofficiosi testamenti successioni locum esse, (quod potissimum respicit hæc lex) id est, prioribus ex-
D clusis, quibus deferebatur querela inofficiosi, sequentes ad querelam admitti; vt si testatori fuerint filij, pater, auus, & proauus, & omnes iniuria affecerit, exheredatione puta, vel præteritione, quæ pro exheredatione fit, primum ad querelam inuitantur filij; his non obtinentibus, forte quod merito sint exheredati, inuitatur ad querelam pater præteritus: post patrem auus, & sic deinceps. Et hoc est quod dicitur, in querela esse successioni locũ, *l. si non mortis, §. vlt. l. 31. hoc tit.* Species igitur legis nostræ hæc est: Quidam filius emancipatus duos habebat filios; vnum, quem pater retinebat in sua potestate; alterum, quem post genuerat. Duos filios exheredauit, patrem præteriit: filij pręferuntur patri in querela. Sed quid fiet, si filij non obtinuerint, si iudicetur merito exhere-
E datos; vel, vt solebant veteres iudicare, si dictum sit, iustam causam habuisse patrem videri irascendi filiis. Et si non obtinuerint filij, succedit pater in querelam, qui & ipse iniuria affectus est, & implebit intentionem suam. Idem erit, si filij, qui præcedebant patrem, hoc est, auum paternum, repudiauerint querelam, si approbauerint iudicium patris. Nam & tum succedet in querelam pater. Est igitur in querela successioni locus. Verum hoc non erat sine dubitatione. & ratio dubitandi erat hęc: quia in legitimis hereditatibus non erat successioni locus ante Iustinianum, *§. placebat, Instit. de legit. agnat. succes.* quia omnis successio legitima deferebatur agnato proximiori, & hoc excluso non poterat deferri sequenti: à querela autem inofficiosi fit via ad legitimam successionem:

ſionem: imo verò, qui agit querela, is vindicat hereditatem quaſi ſibi delatam iure legitimo. Sed fateor prius debere reſcindi teſtamentũ: reſcinditur autem ſi iudicatum erit, filium immerito exheredatum videri, & reſciſſo teſtamento, vt legitimus heres ab inteſtato hereditatem vindicabit. Vnde quæro, ſi in legitima hereditate non eſt ſucceſſioni locus, quomodo poſſet eſſe locus ſucceſſioni in querela inoffic. teſtamenti? Sed reſpondeo hoc fieri adminiculo prætoris, non iure ciuili, *d.* §. *placebat.* Sic igitur concludamus. Ratione pietatis filij hereditas debetur patri, quoties voto ſuo fruſtratur pater. Ponitur in hac ſpecie, priores egiſſe filios querela inofficioſi, & non obtinuiſſe: poſtea igitur egiſſe patrem teſtatoris. Quæro quid dicendũ ſit è contrario, ſi prior egerit pater querela (non debuit quidẽ prior agere, quia præcedebat cauſa filiorũ, & erat adhuc intentio patris in pendenti: ſed tamen nemine eũ repellente prior egit) & caſu quodã etiã obtinuerit? Si obtinuit, filium inteſtatũ fecit: nam querelã reſcindit teſtamentum totum, vnde conſequens eſt, patris victoriam ei non prodeſſe, ſed nepotibus ex filio, quia non recte egit, ideo non ſibi vicit, ſed aliis, quia ab inteſtato prior eſt cauſa filiorum, non patris: quod ita oſtenditur in *l.* 6. §. *ſi quis ex his, hoc tit.* quod maxime notandum. Sæpe victores pariunt victoriam, non ſibi, ſed aliis: cum non iure agunt, cumque etiam non iure obtinent cauſam. Quod ſi pater prior petierit bonorum poſſeſſionem contra tabulas vt patronus, & abſtulerit tertiam tantum partem bonorum filij, non propterea inteſtatum fecit filium: nam bonorum poſſeſſio contra tabulas certæ partis, quæ datur patrono, non facit inteſtatum libertum. Hoc igitur caſu victoria patris non prodeſt filiis, cum non ſit aperta via ſuccedendi ab inteſtato. Sed tamen, ſi poſtea egerint querela & obtinuerint, ad irritum deducetur illa bonorum poſſeſſio contra tabulas accepta à patre, quaſi patrono, & ſine re conſtituetur: ideoque pater tertiam illam partem, quam accepit reſtituet filiis cum fructibus, *l. filio*, §. 1. *hoc tit.* Ex quo intelligitur, querelam inofficioſi non dari tantum aduerſus heredem ſcriptum, (quod vulgo dicitur, & plerumque verum eſt;) qua in re diſtat querela inofficioſi à bonorum poſſeſſione, quæ dicitur dari contra lignum, vt ait *l. quod vulgo, de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* querela inofficioſi non datur contra lignum: nec enim datur antequam heres adierit, ſed demum naſcitur ab adita hereditate. Ergo datur querela contra heredem, qui tenet hereditatem: datur etiam ea contra ſubſtitutum, qui adiit hereditatem: imo datur etiam contra fideicommiſſarium Trebellianum, *l.* 1. *C. de inoffic. teſtam.* Datur etiam fratri exheredato teſtamento patris, contra fratrem præteritum eodem teſtamento, qui tamen per bonorum poſſeſſionem contra tabulas rem habet, *l. filium*, §. *ſed quemadmodum, de bonor. poſſeſſ. contra tabul.* Et ſimiliter filio exheredato aduerſus auum paternum præteritum, qui per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, vt patronus partem hereditatis habet, recte dabitur querela inofficioſi. Ex quibus planum fit, querelam non ſemper dari contra heredem ſcriptum, ſed & contra alios, qui tam teſtamento, quam alio quouis modo rem ſunt conſecuti. Sat multa in hanc legem ſcripſit Accurſius, ſed ſi ea quæ dixi, teneamus, nihil illa nos remorabuntur.

Ad l. 8. de prætor. ſtipulatiõn.

Paulus notat. *Qui ſub conditione inſtitutus eſt, agnita bonorum poſſeſſione, cogitur ſubſtituto in diem cauere longiorem: prætor enim beneficium ſuum nemini vult eſſe captioſum, nec poteſt videri calumnioſe ſatis petere, quem alius antecedit.*

§. 1. *Cum ſub contrariis conditionibus Titio & Mæuio legatum ſit, vtrique cauetur, quia vterque ex voluntate defuncti ſperat legatum.*

A Prætoriæ ſtipulationes ſunt, quas edicto prætor ſe daturum pollicetur certas ob cauſas, his fere verbis: *Cauſa cognita repromitti, aut ſatiſdari iubebo:* exempli gratia, damni infecti, vel iudicatum ſolui. Hæc eſt vera definitio prætoriarum ſtipulationum: prætor eas promittit edicto, ſicut actiones; dat quoque ſtipulationes, vt loquitur *l. ſi finita.* §. *eleganter, de dam. inf.* ſicut actiones, cum iubet ſtipulationes interponi: atque multę ſunt huius generis ſtipulationes. In l. 8. agitur de duabus ſtipulationibus, quarum vna eſt de hereditate teſtamento relicta ſub conditione heredi ſcripto; altera eſt de legatis eodem teſtamento relictis ſub conditione. De priore prius dicamus. Heres inſtitutus ſub conditione pendente conditione iure ciuili hereditatem adire non poteſt:
B expectare enim debet conditionem, ſiquidem velit iure ciuili heres eſſe per aditionem, *l. ſi quis extraneus*, §. *vlt. de adqu. hered.* At iure prætorio benigniore, quod reſpicit magis ad vtilitatem negotiorum, heres ſcriptus ſub conditione, pendente ea poteſt admittere bon. poſſeſſionem ſecundum tab. quod certum eſt, etſi primo mirum videatur, *l.* 2. §. *ſi ſub conditione, l. ſi ſub conditione, & ſeq. de bon. poſ. ſec. tab.* Hoc autem priuilegium prætor concedit non abs re, hoc eſt, facile petenti ante conditionem exiſtentem bon. poſſeſſionem ſecundum tabul. impertitur, quod ſit ea res vtiliſſima creditoribus, ne longior mora eis fiat diu iacente hereditate ſine domino, vel quaſi domino: poterit enim conditio pendere per vicennium, & quis interim reſpondebit creditoribus?
C prętor inutile eſſe exiſtimauit diu in ſuſpenſo eſſe ſucceſſionem, ideoque dat facile bonor. poſſeſſionem etiam ſcriptis ſub conditione, antequam conditio extet, quæ tamen bonor. poſſeſſio, ſi conditio defecerit, ſine re conſtituetur: ſed interim pro bonorum poſſeſſore habebitur, hoc eſt, velut heres exiſtimabitur, & eum conuenient creditores, & legatarij, & fideicommiſſarij. Quid fiet, ſi heredi inſtituto ſub conditione datus ſit ſubſtitutus vulgariter ſub contraria conditione, veluti hoc modo: Primus heres eſto, ſi nauis ex Aſia venerit: ſi primus non erit, ſecundus eſto: vel ſic: Primus heres eſto, ſi nauis ex Aſia venerit, ſecundus heres eſto, ſi non venerit. Quid, inquam, fiet, ſi hoc caſu heres inſtitutus ſub conditione, pendente ea petat bon. poſſeſſionem ſecundum tabul. quomodo erit cautum ſubſtituto, cum
D interim bona dilapidare poſſit primus, & ita lædere ſubſtitutum? Equum eſt cauere ſubſtituto, ſed ex iuſta cauſſa, non temere. Prætor hoc caſu ex iuſta cauſa iubet heredem ſcriptum, qui pendente conditione accepit bonorum poſſeſſionem ſecundum tab. cauere ſubſtituto hac ſtipulatione nihil ſe in annos 10. vel 20. vel prout libuerit prætori præſtituere diem, ſi tamdiu pendeat conditio inſtitutionis: nihil, inquam, ſe in ea hereditate deterius facturum. Demonſtrat hoc Paul. 5. ſent. *de ſtipul. &* Vlpian. in *l. inter, qui ſatiſd. cog.* quæ explicatur male ab omnibus, & auctor vobis ſum, vt deleatis maiorem gloſſam Accurſij. Et verò tantum abeſt, vt *d. l. inter*, ab hac noſtra diſſentiat, quinimo illa huic maxime conſentit, idque vt liquido appareat nobis enarranda
E ſententia eſt *d. l. inter.* Primum ait, *inter omnes conſtare*, id eſt, certiſſimum eſſe. Hoc verbum *conſtare* eſt verbum proprium Iureconſ. vt liquet ex Cicerone in orat pro L. Flacco, illo loco: *Cenſus es mancipia Amyntæ, neque huic vllam in eo feciſti iniuriam: poſſidet enim ea mancipia Amyntas; ac primo quidem pertimuit, cum te audiſſet ſeruos ſuos eſſe cenſum. Retulit ad Iuriſconſultos: conſtabat inter omnes, ſi aliena cenſendo Decianus ſua facere poſſet, eum maxima habiturum eſſe.* Conſtat autem maxime inter omnes, quod eſt edicto proditum. Hęc autem ſtipulatio, de qua hic agitur, & in l. *inter*, eſt edicto prodita, vt omnis prætoria ſtipulatio edictalis eſt, ſed & poſtea decernitur, cum quis interponi poſtulat ſecundum formulam edicti. Ait autem poſtea Vlpian. in *d. l. inter*, heredem ſcriptum ſub conditione, ea pendente

possidentem hereditatem, (non dicit ex edicto, non dicit adeuntem. Nam adire non potest ante conditionem) cauere debere substituto de non minuenda hereditate, & si defecerit conditio, primum bonor. possessio secundum tab. sine re constituetur, & licebit substituto adire ex causa substitutionis, & petere hereditatem à possessoribus, & si obtinuerit, committetur illa cautio aduersus heredem scriptum, si quid pendente conditione deterius in hereditate fecerit. Et licet interponatur cautio, antequam deficiat conditio institutionis, & existat conditio substitutionis, non tamen etiam ante committitur ea stipulatio. Et subiicit eam cautionem plerumque interponi iussu prętoris ex causa, etiam ante conditionem existentem, hoc est, antequam existat conditio substitutionis, substitutum eam cautionem recte desiderare, etsi nihil iuris tum habeat in ea hereditate, & audiri eum. Et addit Vlpian. interponi etiam ante diem petitionis venientem: quod obscurum est, & explicandum hoc modo. Interponitur cautio ea, antequam conditio substitutionis existat. Hoc dixit sup. Adiicit autem, interponi etiam eam, posteaquam exstiterit conditio substitutionis, antequam scilicet venerit dies aditionis, & petitionis hereditatis, quæ substituto competere potest, id est, interponi eam, antequam scierit se esse substitutum, vel potius, antequam scierit sibi delatam esse hereditatem ex substitutione. Idem est dies aditionis, & petitionis hereditatis, quod ad initium attinet, non quod ad finem: nam & aditionis, & petitionis dies cedit, ex quo cognouit institutus, vel substitutus sibi deferri hereditatem, *l. Pannonius, de acq. here. l. regula,* §. *si filiusf. de iur. & fact. ignor.* Sed dies aditionis finitur 100. diebus, sicut & olim dies cretionis finiebatur. Dies vero petitionis est perpetuus, hoc est, finitur annis 30. *l. hereditatis, C. de pet. hered.* Cæterum quod vult *d. l. inter,* hoc est, eam cautionem præstari substituto, antequam exstiterit conditio substitutionis, & posteaquam extitit, antequam venerit dies substitutionis, & petere possit hereditatem substitutus, id est, antequam scierit sibi delatam esse hereditatem, & potuerit eam adire: nam duo exiguntur, vt scierit, & potuerit. Hæc est sententia *l. inter,* in qua maxime notandum quod ait, hanc cautionem interponi ex causa, non passim: nam exempli gratia, si heres scriptus sub conditione, qui bonorum possessionem secundum tab. accepit, sit homo bonæ frugis, non patietur prætor ab eo cautionem exigi de non minuenda hereditate: si sit dissolutus, compellet eum vt caueat substituto. Veruntamen si sit modica hereditas, vix interponetur hæc cautio: si vero sit ampla, vtique interponetur, quia maior erit facultas heredi grassandi & dilapidandi: quod definit Paulus d. libro 5. Sent. tit. 9. his verbis: *Huius enim præiudicium à superiore differt, quod quæritur, an ea res de qua agitur, maior sit centum sestertiis, ideoque in maiorem diem concipitur.* Quibus verbis videtur Paulus definire ampliorem hereditatem ad modum centum sestertiorum. Existimat Paulus eam hereditatem esse locupletem, quæ maior est centum mille sestertiis, quæ summa redigitur ex constit. Iustiniani ad centum aureos, seu solidos: semper enim Iustinian. mille sestertios æstimat aureo vno. Si igitur hereditas maior sit 100. aureis, est iusta causa interponendæ cautionis, non etiam si minor sit hereditas: atque ita ex causa interponitur hæc cautio, hoc est, causa cognita. Nunc videamus, quomodo consentiat *d. l. inter* cum hac l. nostra. Initio quidem huius legis 8. non profertur quod scripserat Papinianus, ad quod notam adhibuerat Paulus: & ideo quamobrem reprehenderit Papinianum nescimus. Nota autem Pauli sententia apertissima est ex formula cautionis: nam ait, *qui sub conditione institutus est, agnita bonorum possessione secundum tab. cogitur substituto in diem cauere longiorem.* Ex formula cautionis patet, quid sit cauere in diem longiorem, puta, in annos decem, vel 20. vel si ita præfiniuerit prætor tempus, se nihil in annos 20. deterius facturum, hoc est, cauere in diem longiorem, *l. 1. de ripa mun. & l. si finita,* §. 1. *de damn. inf. l. pen. hoc tit.* Ideo autem cauetur in diem longiorem, quia nolunt fideiussores se obligare in infinitum: sed in hac specie non idoneè cautum videtur, nisi caueatur in diem longiorem, & si non in infinitum caueatur, die illo cautionis finito, si adhuc pendeat conditio, quid fiet? Aut liberabitur heres scriptus, qui cauit, aut arbitratu prætoris ex integro cauendum erit, *d. l. si finita, in princip.* Ergo qui sub conditione heres est institutus agnita bon. possessione secundum tab. cogitur cautionem interponere. Subiicit Paul. rationem interponendæ cautionis hoc modo: *prætor,* inquit, *nemini vult esse captiosum beneficium suum:* intelligit beneficium bon. possessionis secund. tabulas: & ita in *l. sed cum patrono,* §. 1. *de bon. possess.* ait, *beneficium bonorum possessionis multiplex est.* Beneficium igitur hoc prætoris quod datur heredi scripto sub conditione, non vult prætor esse captiosum alteri: non vult bonorum possessionem, quam dat heredi conditionali, præiudicium afferre alteri: & ideo vult caueri alteri cuius interest, vt puta, substituto, hereditatem scilicet deminutam non iri. Valde sunt suaues, qui ita interpretantur: & possent tamen illi plerisque imponere: vt scilicet prætor nolit beneficium suum esse captiosum heredi scripto in quem contulit beneficiũ suum: ideoque heres scriptus, inquiunt, non est onerandus satisdatione, vt cogatur quęrere fideiussores, & cauere, quæ cautio difficilis est, & molesta: sunt enim inuentu difficiles fideiussores, *l. omnes,* §. *præterea, C. de episc. & cler.* imo est contumelia quædam desiderare ab honesto viro fideiussores, quasi sit dubia fides illius, aut suspecta, aut non sint ei facultates idoneæ, *l. 17. in fine, de test. tut.* Ergo ne beneficium illud heredi scripto sit oneri, non cogitur cauere fideiussoribus, sed satis erit, inquiunt, si pręstet cautionem nudam, nullo adhibito fideiussore, id est, si ipse solus promittat, se in ea hereditate deterius nihil facturum. Atque hoc iis verbis Pauli, quę sequuntur congruere dicunt illi: his scilicet. *Nec potest videri calumniose satis petere, quem alius antecedit.* Hoc videtur recte dictum, tamen non probatur à nobis, quia satis petere, nobis est petere fideiussores. Denique is, inquiunt, quem alius antecedit in ea hereditate, videtur calumniose desiderare fideiussores, quos quidem desiderat substitutus, quem antecedit institutus. Et ita durus est actor dum sibi vult fideiussores dari, quod videtur facere vexandi heredis scripti causa, vt indaget fideiussores: nec vero debet tam sollicite desiderare sibi caueri datis puta fideiussoribus: & æquum est, vt sit contentus nuda promissione. Sed hæc expositio à nobis probari non potest. Nam statuimus hanc cautionem esse satisdationem, nec caueri recte hac de re, nisi fideiussoribus idoneis. Paulus dicto loco ait, vtiliter esse cauendum. Porro vtiliter cauere in iure est satisdato cauere, §. *constituitur, Instit. de vsuf.* ac propterea, cum summa diuisio pretoriarum cautionum hæc esset, alias esse nudas cautiones, siue repromissiones, alias satisdationes, Iurisconsultus in *l. 1. hoc tit.* enumerauit diligenter nudas cautiones, vt intelligeremus, vt ipse ait, cæteras esse satisdationes. Igitur quæ non sunt in lege prima enumeratæ, satisdationes sunt. Hæc igitur satisdatio est, quia non est in eo numero. Præterea si non est æquum, si est calumnia quædam seu vexatio ab eo, qui antecedit, desiderare fideiussores, cur non erit etiam calumnia quædam desiderare cautionem nudam? Nam in *l. prætor ait, de damno infecto,* non tantum qui desiderat satisdationem damni infecti, sed etiam, qui nudam desiderat cautionem damni infecti iurat se eam non petere calumniæ causa, aut vexandi animo, quod nos dicimus, *pour fascher seulement sa partie:* ex quo intelligitur in vtramque postulationem cadere posse calumniam, & consequenter eum heredem, qui sequitur alium, puta substitutum, non minus videri calumniose petere

cautionem nudam, quam satisdationem. Postremo nullus ferat vnquam vt hæc verba, *Prætor suum beneficium vult nemini esse captiosum*, intelligantur de eo, cui dedit beneficium; intelliguntur de omni altero. Nam dicit *nemini*: hoc est, non vult bonorum possessionem, quam dat instituto, nocere substituto, atque ideo vult caueri substituto ab instituto, idque satisdato. Est itaque legendũ, in hac lege vt antea probaui, *nec potest videri, &c.* non vt vulgo, *& potest*: quia & ipse, qui succedit, sperat hereditatem, sperat vterque, nec vtri eorum adhuc competit in hereditate ius vllum. & idem contingit in specie, quę sequitur. Posterior pars huius legis est Papiniani, non Pauli, vt constat ex *l. etiam, vt in poss. eat.* Est quædã stipulatio prætoria quod legatorũ, de qua in tit. *vt legatorũ nomine caueatur.* Hanc stipulationẽ exigunt legatarij, quibus legata sunt relicta sub conditione ab herede scripto, dum verentur, ne interim dissipet legata heres scriptus, aut legatorum inanes actiones reddat. Et cauet heres his fere verbis: *Quæ dari fieriue voluit testator, ea ijs diebus dari, fieriue quibus voluit, dolumque malum abesse abfuturumque esse.* Nunc finge. Eadem res duobus legata est sub contrariis conditionibus, primo fundus ille, si nauis ex Asia venerit, secundo idem fundus, si non venerit: vtrique legatario præstanda cautio est, quæ est etiam satisdatio, & legatum vterque sperat, & nisi vtrique caueatur, vterque mittetur in possessionem, *d. l. etiam, in fine, vt in poss. leg.* Idemque erit, si eadem res legata sit duobus sub diuersis conditionibus, *l. 3. vt leg. nomine cau.* quæ corrupte heic ab Accursio citatur diuersæ sunt: vt eam rem lego Titio. facit differentiam inter diuersas & contrarias: *si nauis ex Asia venerit.* Deinde, eandem rem lego Mæuio, *si Titius Consul factus sit.* cuius conditio prior extiterit, is prior ad legatum admittetur. erit tamen vtrique cauendum. Dices, hoc magno oneri futurum heredi, dum vtrique quærendi sunt fideiussores. Dicam, imo non erit, nam poterit vtrosque fideiussores ad vtramque fideiussionẽ adhibere: nec ideo fideiussores onerabuntur cum futurum sit, vt alterutri tantum teneantur: *l. si duo, vt legat. nom. cau.* Et sic etiamsi filiofamil. legatum sit sub conditione, & patri & filio est cauendum, quia tempore existentis conditionis fieri potest, vt filius non sit in potestate, vt adquiratur filio legatum, non patri. Igitur & filio cautum esse debet, sed iisdem personis cauebitur: quare non onerabuntur fideiussores, qui vni tantum tenebuntur, neque etiam heres *d. l. 3. vt leg. nom. caueatur.*

Ad leg. 37. ad leg. Iul. de adult. & l. 8. de inoffic. testam. & l. 4. de his quæ vt indign.

Sequuntur loci, in quibus ab alijs auctoribus citatur Papinianus in hoc libro quinto quæstionum.

SCripsisse Papinianum libro 5. quæstionum de querela inofficiosi testamenti intelleximus iam ex *l. 14. de inoffic. test.* Et hodie etiam intelligemus coniuncta l. filiumf. 37. ad leg. Iul. de adult. cum his quæ ex eodem libro Vlpianus refert in *l. 8. de inoffic. test. l. 37. ad leg. Iul. de adult. & l. 4. de his, quæ vt ind. auf.* Quas omnes ll. ostendam pertinere ad querelam inofficiosi testamenti. Et primum in d. l. 8. refert Vlpianus Papinianum libro 5. quæst. scripsisse, filio quem habet in potestate pater exheredato, vel præterito testamento matris, vel aui materni (quorum silentium siue præteritio exheredatio est) patrem non posse nomine filij instituere querelam inofficiosi inuito filio. Aliis actionibus, quæ persecutionem habent nomine filij quod sint scilicet adquiquisitæ filio, ac per filium mox patri, potest experiri inuito filio, quia pecunia est propria patris. Querela inofficic. testamenti an habet principaliter pecuniæ persequutionem? Minimè: quamuis ei qui vicerit, obueniat pecunia, hoc est, hereditas: tamen magis iniuriæ,

A quam pecuniæ persequutionem habet, quanquam pecuniam secum trahat: & iniuria seu indignatio est propria filij, *l. filius, de inoff. test.* Exheredatio est iniuria, infamia, nota. Et querela inofficiosi quasi huius iniuria actio, ac persecutio, id est, exheredationis potius quam pecuniæ: quæ iniuria & infamia cum sit propria filij, non est persequenda inuito filio, non reuocante in animum iniuriam filio: querela, inquam, inofficiosi est species actionis iniuriarum, est certæ iniuriæ actio, id est, exheredationis: qua de causa comparatur recte generali actioni iniuriarum. Querela est specialis actio iniuriæ: generalis est de ea de qua est titulus, &c. Actio iniuriarum generalis causam doloris agit, vt *ait Nouell. Valentiniani, de libert. & success. eor. Cicero pro* Cæcinna? *Actio iniuriarum, non ius possessionis assequitur, sed dolorem immutatæ libertatis pœna iudicioque mitigat. l. 2. §. emancipa-*

B *tus, de collat. bonor. l. Item apud, §. si quis seruo, de iniur. & famos. libell.* actio iniuriarum magis doloris & contumeliæ, quam pecuniæ persecutionem habere, licet lis pecunia æstimetur. Et ita etiam querela inofficiosi, doloris & iniuriæ est actio, quod ipsum nomen querelæ demonstrat. & sicut generalis iniuriarum actio tacita dissimulatione amittitur, *l. non solum, §. 1. de iniur.* ita & *l. C. de in integr. restit. min.* Et secundum hæc, quod Vlpianus ex Papiniano refert in d. l. 8. vt non possit eam pater nomine filij instituere inuito filio, quod filij sit iniuria, possis verissime trahere etiam ad quãlibet actionem iniuriarum, vt nomine filij non possit pater, si filio facta sit iniuria, intendere actionem iniuriarum inuito filio: suo nomine potest agere actione iniuriarum, si filio sit facta

C iniuria, etiam inuito filio, non filij nomine. Et in hoc discrimen est vnicum inter querelam inofficiosi testamenti, & generalem actionem iniuriarum: nam iniuria alia, quæ fit filiofamil. est communis patris & filij, & ex ea nascitur duplex actio; vna, quæ patri competit, altera quæ filio, nec alia aliam consumit, sed ex vtraque e-actio est, *l. 1. §. vlt. de iniur.* Nam iniuria filijf. pertingit, & patrem, & inde duplex actio oritur, quarum vna si egeris, non ideo minus etiam egeris alterã: vna tuo, altera filij nomine. Tuo nomine, etiam inuito filio, quia de honore & dolore agitur, non de re quæsita per filium. Verum exheredatio est genus iniuriæ, quod solum filiũ afficit, non est cõmunis patris & filij. An pater pro filio exheredato, suo nomine non poterit agere querela

D inofficiosi testamenti nomine? minime: non est iniuria communis, sed vt ait *l. 8.* filij propria. Igitur inuito filio pater queri non potest. Item quæro, an præparata querela inofficiosi à filiofam. exheredato testamento matris, si mox decesserit filiusf. an possit pater agere querelà inofficiosi? an possit exequi querelam, quam præparauerat filius? Et ex eodem Papiniano *d. l. 8. §. 1.* refert Vlp. non posse, quia filio exheredato, querela inoffic. testamenti non datur patris, sed filij nomine, qui mortuus est, &, cui mortuo heres non existit pater. Querela quidem præparata transmittitur in heredem, fateor, sed filiusfam. heredem non habet, ne patrem quidem. Cum igitur defecerit is, cuius propria iniuria erat, nec reliquerit heredem, finita querela est. Et docet *d l. 8. §.*

E 1. præparari querelam, hoc est, comparare se exheredatum videri ad querelam instituendam, si agnouerit bonorum possessionem litis ordinandæ causa. De qua bonorum possessione hoc breuiter obseruandum est, non esse specialem bonorum possessionem, sed esse bonorum possessionem vnde legitimi. Hoc casu, quando filius est præteritus testamento matris: vel esse bonorum possessionem vnde cognati, quãdo frater est exheredatus testamento fratris turpi herede scripto: & hanc bonorum possessionem agnoscit exheredatus antequam accedat ad querelam, ne ad eam accedat sine prætextu, sine titulo, hoc est, vt dicat, se esse cognatum, vel legitimum, vt dicat se non debere exheredari. Et ita in Gallia necesse est vt impetremus litteras regias, quas vocamus *Lettres*

de Chancelerie, priusquam liceat litem mouere. Cæterum etiamsi filiusfamil. exheredatus instruxerit se ad querelam, & mox decesserit, nihil transmiserit in patrem, qui filio heres non est, eique querela non competit, quia solius filij nomine, & voluntate institui potest. Nunc quæramus ex contrario, an si filiofamil. sit facta iniuria, possit filius agere iniuriarum inuito patre? Et sane eadem ratione, quia propria est iniuria filij; & actio doloris, non pecuniæ persequutio principaliter: consequens est, vt possit filius agere inuito patre ex iusta causa. Nam etsi sit propria iniuria filij, proprius dolor filij, tamen multum potest patria potestas, multum conferre filium conuenit paternæ reuerentiæ, ideóque non temere agit, ne de iniuria quidem propria inuito patre: agit tamen ex causa, vt si pater sit vilissimus, cui iure meritoque Prætor sit daturus curatorem, si pater facile remittat iniuriam filio factam, nec velit filium agere iniuriarum: filij vero persona sit honesta, hoc casu licebit filio agere iniuriarum inuito patre, *l. sed si vnius §. filiofam. de iniur.* Pari ratione filiofam. licebit reum arguere adulterij eum, qui violauerit thorum suum, aut etiam ream facere vxorem inuito patre, quod *lex 37. ad leg. Iul. de adult.* ait constitutum esse: & vero constitutum est ab Adriano. Opus fuit constitutione, *l. inter. §. 1. eod.* Et subiicit rationem Papin. *Vindictam enim proprij doloris consequitur:* ac si diceret: hoc iudicium adulterij non est de pecunia, quæ patris est, sed est de proprio dolore, & iustissimo, vt ait *l. si adulterium, §. Imperator, hoc tit.* Et couenit huic rei quod ait Ouid. Eleg. n

Exigit iste dolor plusquam lex vlla dolori
Concessit, at tu ne dubita, minuet vindicta dolorem.

Exigit nempe, vt hunc dolorem vlciscatur filiusfamilias etiam inuito patre, publico iudicio legis Iuliæ de adulteriis Et consequitur, id est, persequitur, in glossis Basilic. ἀπαιτεῖ, quod est persequitur. Eodémque modo filiusfamil. maritus, perinde ac si esset paterfam. adulterum domi suæ deprehensum occidere potest non consulto patre, si modo sit eius conditionis, quæ exprimitur lege Iulia, *l. marito, hoc tit.* nam non quemlibet marito licet occidere, sed infamem iudicio publico damnatum, seruum, aut libertum suum, aut vxoris, patris, matris, filiæ, vel etiam vtriusque eorum. Sunt certi homines, quos deprehensos in adulterio licet occidere, non licet quemlibet, nec omni loco, sed domi suæ, quo casu non distinguitur filiusfamil. à patrefamil. *l. inter, §. vlt. l. marito, §. 1. hoc tit.* Hoc est ex *l.* Iulia de adulteriis: itémque hoc est ex *l.* Iulia, vt maritus possit vxorem occidere: & necesse est vt triduo id profiteatur apud magistratum. Si tamen impatientia doloris etiam vxorem occiderit leuiore pœna punitur, quam sit definitum lege Cornelia de sicariis: nam ei remittitur vltimum supplicium, *d l. si adulterium, §. Imperator.* Olim licebat & vxorem occidere, vt constat ex Catone apud Gellium, hodie licet ex Nouell. Maioriani, quæ dicit, se ius antiquum restituisse: illud scilicet quod refert Cato. & vt Harmenopulus etiam refert, iure veteri quemlibet adulterum licuisse occidere. & notanda est hac in re differentia inter patrem & maritum. Marito siue sit paterfamilias, siue filiusf. ius est occidendi adulteri eius, qui comprehenditur lege Iulia. Patri autem si deprehenderit filiam in adulterio ius est occidendi adulteri si modo & filiam occidat: est mira prudentia legis Iuliæ: vix occidet filiam, nec adulterum igitur: alioquin erit reus homicidij si salua filia, solum adulterum occiderit: sed si filiæ non pepercerit, impune occidit adulterum: & non refert siue occidat in domo sua, siue generi, non etiam si in alio loco eum deprehenderit. Exiguuntur tria aut etiam quatuor vt faciat impune. Primum, vt vtrumque occidat: nam si alterum tantum occiderit, in legem Corneliam incidit: deinde vt occidat filiam ex continenti, vno ictu, æquali ira in vtrumque sumpta, *l. quod ait, §. vlt. hoc tit.* Ex interuallo si occiderit filiam, est reus homicidij, quod occiderit filiam post iram sedatam, non ex continenti. Pleraque licent ex continenti, quæ non licent post tractum temporis, vt ecce, si quis vim, vel iniuriam tibi inferat, licet tibi eam vlcisci ex continenti, non ex interuallo, *l. 3. §. eum, de vi & vi arm.* quod & verbum *propulsare* demonstrat, cum ait, *vim & iniuriam propulsare licere.* Propulsatio non fit nisi ex continenti. ac similiter deprehensa in adulterio filia, non impune alterum occideris, nisi vtrumque in continenti occideris ictu vno; atque etiam necesse erat ex lege Solonis, deprehendere ἐν ἔργῳ, *l. quod ait, l. 23. in princ, hoc tit.* seu ἐπαυτοφόρῳ, Lucianus in Dialogo Deor. quod etiam Græci de omnibus criminibus, proprie tamen de furto. Item exigitur vt filia ea sit in potestate patris, nam concipitur lex Iulia de eo qui non est in potestate: qui non est suæ potestatis, non potest alterum habere in potestate. Et sane ita est secundum verba legis Iuliæ. Sed tamen Paulus in Sententiis scribit (quæ tamen sententia non extat) verbis quidem legis prope esse, vt filiusfamilias pater non possit filiam occidere & adulterum, quoniam lex loquitur de patre, qui filiam habet in potestate: permittit tamen ei vt eam occidat. Ex his apparet nos existimare tractantem Papinianum de querela inofficiosi testamenti, seu de iniuria exheredationis, miscuisse huic tractatui etiam quamlibet iniuriam & agitasse simul, possitne filius inuito patre suam iniuriam persequi & contra, possitne pater filij nomine inuito filio? Puto etiam quod ex eod. libro refert Vlp. in *l. 4. de his quæ vt indig.* commodissime referri ad tractatum de querela inoffic. Illud est de legatario, qui vnum ex heredibus falso esse adscriptum dicit, nec obtinuit: non est ea lex de inofficioso, sed de falso, vel de herede testamentario, quem quis falso heredem esse dicit, & hac in re est differentia, vtrum quis dicat inofficiosum testamentum, an falsum. Si is, cui legatum relictum est, dicat totum testamentum esse falsum, & non obtineat, vel etiam si obtineat, à legato repellitur, *l. 3. ad l. Cornel. de fals.* Finge, non obtinuisse, & postea petere legatum, non obtinebit, quia impugnauit iudiciu defuncti, *l. 3 ad leg Corn. de fals.* Sed si dicat vnum ex heredibus falso scriptum, non statim repelletur à legato relicto ab illo herede, quem dixit esse falsum; non à legato relicto ab altero, quem non inquietauit. An vero idem dicemus de querela inofficiosi testamenti? licet agere querela pro parte, *l. circa, de inoffic. test.* Sic fiet pro parte testatus, pro parte intestatus, qui ab initio fieri non posset. Finge: Exheredatus egit aduersus vnum ex heredibus, & non obtinuit, an repelletur à legato? Sic sane, quia aduersus vnum heredem egit, & totum testamentum incusauit: neque enim potuit agere querela pro parte, quin diceret testatorem dementem fuisse videri. Hic enim est color querelæ. si abesset hic color, non esset locus querelæ, quæ est actio colorata. Asinius apud Quintilianum *Furiosum, non inofficiosum testamentum reprehendimus, l. 2. 5. l. mater, l. Titio, de inoff. test.* Qua de causa etiamsi egeris pro parte aduersus vnum heredem, tamen non dixeris pro parte dementem defunctum fuisse: atq; ita impugnas totum testamentum, ideoque cadis legato tibi relicto. Est etiam alia differentia, quam adnotauit Paul. in *l. 5. de his quæ vt ind.* exheredatus, qui agnouit legatum non potest agere de inofficioso testam. & qui agnouit legatum potest agere de falso testamento. Et hanc adfero differentiæ rationem: quia exheredatus, qui agnouit legatum, qui accepit legatum ab herede, accepit, sciens testamentum esse inofficiosum, quia non potuit ignorare se exheredatum esse, qui alium cernebat heredem exequentem partes heredis. Sciens igitur approbauit iudicium defuncti, & iniuriam ad animum non reuocauit. At potest quis ignorans testamentum esse falsum, accipere legatum, qui si postea cognouerit esse falsum, cur non licebit ei dicere falsum esse testamentum & legatum obtinere, qui si forte non obtinuerit, causa ei

quod fortasse ei persuasum fuit testamentum esse falsum, vel erat reuera falsum, sed non obtinuit. Contra, qui accepit legatum, prohibetur inofficiosum dicere, quia defuncti iudicium approbauit: in quo vel præteritus, vel exheredatus erat, quod non potuit ignorare, cum ab herede scripto legatum petiit, atque accepit.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. VI. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 50. De petitione hereditatis.

Hereditas etiam sine vllo corpore iuris intellectum habet, §. 1. Si defuncto monumentum, conditionis implendæ gratia, bonæ fidei possessor fecerit: potest dici, quia voluntas defuncti vel in hoc seruanda est: vtique si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator iusserit, non excedat eum, cui aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione, aut retenturum, aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto; quamuis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis.



LIBRI quinti quæstionum Papiniani magna pars fuit de querela, & petitione hereditatis, quæ datur ex causa inofficiosi testamenti. Liber sextus est de generali petitione hereditatis, & de speciali in rem actione; & quod primum ex illo libro se offert *in l. 50. de pet. hered.* docet quid hereditatis nomine contineatur. *Hereditas*, inquit, *etiam sine vllo corpore, iuris intellectum habet.* Sententia hæc est: Hereditatem cum dicimus, ius dicimus, non corpus, non pecuniam: hereditas est nomen iuris, non corporis, res incorporalis, non corporalis, *l. 1 §. quædam, de rer. diuis. l. 3. §. 1. de bon. poss. l. hereditatis, l. bonorum, l. pecuniæ, de verb. signifi.* Ergo hereditas res est, quæ sensibus nō percipitur, sed quæ intellectu abstrahitur, & apprehenditur. Corpora solis sensibus percipiuntur, aut non nisi sensibus. Et hoc est quod dicunt Philosophi: sensus cognitionem non ante sensum esse: neque enim rem corporalem nosti, nisi eam videris, vel attigeris. Secus in incorporalibus: nam ante sensum rem incorporalem nosti, etiamsi eam neque videris, nec attigeris. Ex eo sequuntur multa: hereditatem non posse vsucapi, quia res incorporalis non potest vsucapi: hereditatem non posse possideri pro diuiso, *l. 8. in fin. de rei vind.* quia pars pro diuiso est corporalis, rei autem incorporalis pars corporalis esse non potest: possideri quidem hereditas potest pro parte indiuisa: hæc enim pars non est, sed intelligitur, sed non potest etiam hereditas possideri pro parte diuisa. Sicut etiam *d. l. 8.* ait, quod notandum, rem mobilem non posse possideri pro diuiso: nam si rem mobilem diuidis, perdis, nauem diuidere, perdere est, vt dicebat Cascellius apud Macrobium 2. Saturnal. 6. Ideoque nec res mobilis corporalis, nec hereditas pro diuiso possideri potest. Ex eo etiam sequitur quod est in *l. cogi, §. inde quæritur, ad Trebell.* si quis rogatus sit restituere hereditatem deducto ære alieno, & legatis, & oneribus deductis, inanem esse eam deductionem, aut compleri eam non posse, quod non possit ex iure (id autem est hereditas) deduci quantitas. Et ex his etiam intelligitur, etiamsi in bonis, quæ relinquit defunctus, nulla sint corpora, nullæ pecuniæ, sed iura tantum, vt actiones, obli-

A gationes, nomina, hereditatem tamen esse. Si in bonis tantum sit vnum nomen, hereditas est, cuius tamen nullum subest corpus quod mihi possis demonstrare, nisi corpus chirographi quod per se nihil est. Nam non corpus chirographi spectamus, sed nomen & actionem. Et ita fit, vt actione, quæ proponitur hoc titulo, agatur non tantum aduersus eum, qui possidet corpus hereditatis, sed etiam aduersus eum, qui ius possidet. Sic hereditas petitur à debitore hereditario, vel ab eo, cui per causam hereditatis actio aliqua competit, *l. nec vllam, §. vlt. l. quod si, §. idem Iulianus, & l. idem Iulianus, h. tit.* Finge: is qui possidebat pro herede, fundum hereditarium, deiectus est vi de possessione fundi, an recte ab eo petit verus heres hereditatem? Sic sane: quin etiamsi non possideat fundum, cuius possessione detrusus est; habet ta- B men ius, id est, interdictum vnde vi recuperandæ possessionis causa, quod quidem actori, seu heredi vero conuentus petitione hereditatis cogetur cedere: hoc enim tātum intendit actor: nam hæc actio est mista, & intendit non tantum suam hereditatem esse, sed etiam sibi dari, aut fieri oportere. Mista igitur actio est tam in rem quam in personam. Breuiter quid est hereditas? est ius vniuersum successionis defuncti; vel, successio iuris vniuersi defuncti. Vt medicis infirma valetudo, & valetudinis infirmitas ægritudo est: ita nos dicimus ius vniuersum successionis, & successionem iuris vniuersi pro hereditate. Et ius vniuersi dicimus, quod nomen istud cōprehendat non lucra tantum, sed etiam damna: non tantum commoda, sed & onera. Et sunt pleræque damno- C sæ magis hereditates quam lucrosæ: est enim hereditas ius vniuersum quod sustinuit defunctus: & similiter recipit nomen istud quasi nomen iuris, accessiones & decessiones omnes: hereditas facile suscipit augmentum & deminutionem, neque ei, vt corpori certi fines circumscribuntur. Et quamuis in actione in rem speciali, quæ est de corporibus, non veniant fructus percepti ante litem contestatam, neque actionis iure, neque officio iudicis: fructus tamen percepti ante litem contestatam post mortem defuncti veniunt in petitionem hereditatis, *l. item veniunt. §. item non solum, h. tit.* quia formula petitionis hæc est, *si hereditatem Titianam meam esse paret.* Petitur ergo hereditas, porro augetur hereditas fructibus, verbis ergo formulæ prope est, vt videaris etiam petere D fructus, qui hereditati accesserunt post mortem defuncti. Iuris nomen latissime patet, quod facile augetur, vel deminuitur. & hereditas igitur. hereditas Rhetorib. est pecunia, nobis non est pecunia, sed ius, cum peculium, cum dotem, fructum dicimus, ius peculij, ius dotis, ius fruendi dicimus, non peculium, non dotem, non fructum simpliciter. quæ fere verba iuris in iure consistunt, id est, iuris intellectum habent. Proposita definitione hereditatis transit Papi. ad quæstionem huiusmodi. Quidam heredem scripsit sub conditione, si ei monumentum intra tres menses ædificaret: Bonæ fidei possessor, qui existimabat se esse heredem, eius conditionis non ignarus, eam impleuit, monumentum ædificauit, vt perueniret ad hereditatem: deinde euincitur ei heredi- E tas petitione hereditatis à vero herede, suam esse hereditatem asserente. In hoc iudicio bonæ fidei possessor iustos sumptus reputat actori, eosque sibi seruat beneficio retentionis, vel exceptione doli mali. Quæritur, an iustus sit sumptus, quem fecit monumenti causa? Ait iustum sumptum esse, non tantum, si sub ea conditione heredem scripserit, vt monumentum faceret, sed etiamsi pure eum scripserit, & damnauerit, vt monumentum faceret: nam vtroque casu seruanda est voluntas defuncti: & sane priore, quia ante conditionem impletam non potest adire hereditatem scriptus heres sub conditione: sed & posteriore etiam. Et hoc est, quod ait: *voluntas defuncti vel in hoc seruanda est,* id est, *etiam in hoc,* καὶ ἐν τούτῳ, vt in Basilicis, nam hoc vocabulum, *vel,* non est hoc loco particula disiūctiua. Sed exigitur, vt ait Papin.

ne probabilem modum excesserit extruendo monumento: qui constituitur arbitrio boni viri pro facultatum, & pro modo dignitatis defuncti. Vel exigitur ne excedat modum, quem ipse testator constituerit, si modo & ipse testator iustam rationem sumptuum seruauerit: nam si immodicum sumptum fieri iusserit, non erit seruanda eius voluntas. Et placet valde quod est in *l. 1. in fi. & l. 2. ad leg. Falcid. si cui sit legata pecunia ad monumentum faciendum, quandoque legatarium pati Falcidiam*: nam si legatum tantum sit pecuniæ, quantum sufficit ad speciem modicam monumenti, non patitur Falcidiam, legatum habet extra rationem Falcidiæ: sed si legata sit immodica pecunia ad monumentum faciendum, in eo quod abundat, legatarius patitur Falcidiam, nec permittitur illi totam pecuniam insumere in monumuentũ, ne plus impendat, quam ferat arbitrium boni viri: sunt enim leges quæ imminuunt istos sumptus, nec omnia volunt concedi defuncto, sed id tantum quod sufficit ad speciem modicam monumenti. reliquum igitur habebit inuitus legatarius, & ex eo patietur Falcidiam detrahi. Significat *d. lex 1. §. vlt.* necessariam quidem impensam esse funeris, & sepulturæ, & eam deduci in ratione Falcidiæ ponenda quasi æs alienum, tamen impensa monumenti non deducitur, quia non est necessaria, nisi scilicet eam testator fieri voluerit, ac tum etiam non est necessaria quatenus excedit modum. Ergo si hunc modum seruauit bonæ fidei possessor, qui ex voluntate defuncti monumentum fecit, sane modum heredi reputabit, qui sibi aufert hereditatem hoc iudicio. & ait, *eum retinere impensas ratione doli exceptionis.* vulgo legitur: *impensas ratione doli retenturum.* Florentiæ legitur: *impensas ratione doli exceptione, aut retenturum*: manifesto ita legendum est: *ratione doli exceptionis, par le moyen, retenturum.* Ita legitur in *l. vnum, § sed si vno, de leg. 2. l. 12. ad l. Falcid. l. 69. §. vlt. de leg. 2.* Ergo opposita exceptione doli mali retinebit possessor sumptum, vel etsi non sit vsus retentione, vel exceptione doli mali, licebit ei cui euincitur hereditas, agere cum herede actione negotiorum gestorum, quasi gesserit negotium hereditarium, quia necesse fuit heredi monumentum facere. Et hoc vt ostendat eleganter dicit; nulla quidem actione ciuili compelli heredem ad monumentum faciendum. ex præcepto testatoris non nascitur actio stricto iure, non potest compelli: non omnia præcepta defuncti pariunt obligationem, *l. Q. Mutius de ann. legat.* deficit ergo ordinaria actio: sed Principali vel Pontificali auctoritate potest compelli ad obsequium voluntatis supremæ: tenetur igitur heres: Et ille ergo bonæ fidei possessor aget recte negotiorum gestorum in his quæ ad sepulturæ religionem pertinebant. Solebat etiam extra ordinem, quia & ipse plerumque erat Pontifex Maximus. Hodie solent adiri Episcopi, maxime cum quid fieri pie iussit defunctus, ex *l. nulli*, & ex *l. 45. C. de Episc. & cler.* & quod dixit ad hæc, quæ pia sunt exequenda compelli heredem, non tantum Pontificali, sed & principali auctoritate, *vt l. ossa, de religios. & sumpt. fun.* ex eo possis defendere, quod cum hodie iudicet vice nomineq; principis, auctoritate Senatus compelli heredes exequi pia iussa defunctorũ. Et mihi contigit alias videre Pand. magni Ranconeti: is hoc loco, & ad verbum illud, *Principali auctoritate*, adnotauerat: M.D.xxx.6. Kal. Maias, hac do re ita Lutetiæ Senatum censuisse, cum ageretur de sacerdotis cuiusdam pia voluntate exequenda, cuius executionem ipse commiserat alteri sacerdoti: & cum is executor sacerdos, rem reuocaret ad suum iudicem, Senatus postulationi locum non dedit, sed remisit illum ad cognitores libellorum, *à la chambre des requestes*, ac si ea cognitio non esset tantum Pontificalis, sed principis, & consequenter Senatus. Ergo recte definit Papin. iustum esse, sumptum, quem fecit bonæ fidei possessor, ac recte reputari ei qui euicerit; & si fuerit omissa reputatio, adhuc bonæ fidei possessori integram esse negotiorum ge- A storum actionem. Nam etiamsi non fuerit heres obligatus summo iure, tamen compelli poterit Pontificali, vel Principali auctoritate. Vno casu etiam tenetur ciuili actione heres, qui monumentum facere iussus est, nec necesse est adire Principem, scilicet si coheredem habuerit: Potest enim à coherede compelli monumentum facere actione familiæ erciscundæ, & post diuisionem hereditatis actione præscriptis verbis, quoniam diuisio hereditatis est quasi permutatio, hac ratione scilicet, quia interest coheredis monumentum fieri, nam ius monumenti omnem heredem sequitur, nisi aliter cauerit defunctus, *l. his consequenter, §. sed & cum monumentum famil. ercisc.* sed si sit ex asse heres, non potest compelli ad monumentum faciendum, nisi extra ordinem, vel à Principe, vel à Pontifice, vel à Senatu, qui vice Principis est, & cuius ipse Princeps pars est, *l. quisquis, C. ad l. Iul. maiest.* B

Ad l. vlt. Si pars heredit. petatur.

Cum heredis ex parte instituti filius, qui patrem suum ignorabat viuo testatore decessisse, partem hereditatis, nomine patris, vt absentis, administrauerit: & pecunias distrahendis rebus acceperit: hereditas ab eo peti non potest, quia neque pro herede, neque pro possessore pretia possidet, sed vt filius patris negotium curauit. Negotiorum autem gestorum actio ceteris coheredibus, ad quos portio defuncti pertinet, dabitur. Illud enim vtique non est metuendum, ne etiam patris, à quo forte exheredatus est, teneatur heredibus quasi negotia hereditaria gesserit: cum id quod administrauit, non fuerit paternæ hereditatis. Nam etsi negotiorũ gestorũ actio sit ei cuius nomine perceptum est: ei cuius nomine restitui æquum est. Sed in proposito neque patris negotia fuerunt, qui esse desierat, neque paternæ successionis, quæ fuerunt alterius hereditatis. Quod si filius iste patri suo heres exstitit, & mouet controuersiam, quod pater eius postquam heres exstitit mortem obierit, ille tractatus incurrit, an ipse causam possessionis mutare videatur? Quoniam tamen qui negotia hereditaria gessit, & debitor esse cœpit, postea faciens controuersiam hereditatis, vt iuris possessor, conuenitur, idem etiam in hoc filio respondendum erit. C

D Sequitur de petitione hereditatis alia longe difficilior quæstio, *l. vlt. si pars hered.* Sciendum est, petitionem hereditatis dari tantum aduersus eum, qui pro herede, vel pro possessore possidet, non aduersus eum qui alio titulo possidet, veluti pro emptore, pro donato, *l. regulariter, de pet. hered. l. pen. C. in quib. caus. cess. lon. temp. præsc.* Et ratio regulæ est optima, quia is, qui alio titulo possidet rem hereditariam, veluti pro emptore, heredi non facit controuersiam hereditatis, sed eius rei tantum, quam possidet pro emptore. Nam etsi dicat se eam rem emisse, quæ est ex hereditate ad te pertinente, se habere in manu instrumentum emptionis, non ideo negat te esse heredem. denique non facit tibi controuersiam hereditatis, non contra vindicat hereditatem: & vindicatio omnis mutua est, vindicat actor, E & contra vindicat reus, aut non est lis de vindicatione, nisi vterque idem intendat, *§. 1. Inst. de act.* At qui pro herede possidet vel minimam rem, facit tibi controuersiam hereditatis, quia existimat se heredem esse, & contendit. Is quoque, qui pro possessore possidet, facit controuersiam hereditatis. Pro possessore possidet fur, aut prædo qui possessionis suæ nullam iustam causam allegare potest, qui interrogatus cur possideat, hoc solum respondet; quia possideo, qui interrogationem vertit in responsionem, atque ita si nullam afferat causam suæ possessionis, & tamen litiget mecum, qui me heredem esse aio, profecto videtur & hic mihi facere controuersiam hereditatis, dum suæ possessionis nullum mihi titulum profert, & præsumitur vt heres possidere, qui cur

possideat non dicit, nec possit dicere. Et inde factum est, vt detur tantum petitio hereditatis aduersus eum, qui pro herede possidet, vel pro possessore, id est, qui facit controuersiam hereditatis, quam non facit qui ex alio titulo possidet. Item sciendum est, petitionem hereditatis dari non tantum aduersus eum, qui pro herede vel pro possessore possidet, sed etiam, aduersus eum qui veluti possidet ius, *d. l. regulariter*, *& l. etiam.* Vt datur aduersus debitorē defuncti, sic datur aduersus debitorem hereditarium, hoc est, qui negotium hereditarium gessit iacente hereditate. hic nunquam fuit debitor defuncti: nam post eius mortem ad negotium hereditariū accessit, & debitor esse cœpit ex gestione: ab hoc peti potest hereditas quasi à iuris possessore. Omnis debitor iuris possessor est, id est, quicumque est in ære nostro, ius nostrum quodammodo possidet: à debitore heredis, veluti ab eo, qui negotium gessit heredis, post aditam hereditatem non potest peti hereditas, *l. quod si in diem*, *§. non solum, de pet. hered.* His cognitis ita ponamus speciem. Titius Valentiæ moriens multos sibi heredes instituit, & in his patrem tuum profectum in Asiam, & qui ibi decesserat viuo testatore: tu vero cum existimares patrem adhuc viuere, partem hereditatis, ex qua heres à Titio scriptus fuerat, administrasti, & rebus hereditariis quibusdam distractis pretia percepisti. Pone, distraxisse te fructus, vel alias res quæ mora peritureę erant: nam cæteræ res non possunt distrahi à gestore negotiorum: nam nec à procuratore totorum bonorum sine speciali mandato, *l. procurator, de procur.* Quæritur, an coheredes patris possint tecum agere petitione hereditatis, qui ex rebus hereditariis pecuniam confecisti, & apud te habes? Et ait Papin. non posse agere, quia non potes videri pro herede, aut pro possessore possidere, quia non tibi, sed patri possides, & contemplatione patris, quem superstitem arbitraris, & ita *l. etiam §. si quis, de pet. hered.* Hæc actio datur aduersus eum, qui sibi possidet, non qui alij, vt gestor, vt procurator voluntarius. Verum coheredibus patris erit in te actio negotiorum gestorum, quasi negotio hereditario gesto, quia scilicet, portio patris accreuit coheredibus eius. Dices: imo non accreuit, sed peruenit ad fiscum. Nam ponitur pater decessisse viuo testatore. Ergo portio illi adscripta fuit in causa caduci: quæ relicta deficiunt post testamentum viuo testatore, sunt in causa caduci, cadunt in fiscum, nec accrescunt heredibus, hoc, inquam, iure ante constitutionem Iustiniani, qui sustulit caduca, & ea quæ sunt in causa caduci, id est, ius omne fiscale, cui ex his causis locus erat ex l. Papia. sed hoc iure ea, quæ sunt in causa caduci, vt si vnus ex heredibus moriatur viuo testatore, portio eius cadit in fiscum, nec accrescit coheredi: & tamen hoc loco Papinian. ostendit, eam portionem patris accreuisse coheredibus: quid dicemus? Aut coheredes fuisse ex liberis, aut parentibus testatoris, in quibus seruabatur ius antiquum, non nouum, id est, leges caducarię: præferebantur enim fisco in his, quæ deficiebant post testamentum, quæ deferebantur fisco, *l. vnica, §. & cum lex, C. de cad. tol. & Vlpianus in fragm.* Vel dicemus coheredes fuisse inuicem substitutos, portionem patris coheredibus iure substitutionis reciprocæ obuenisse, quæ substitutio præfertur fisco *l. 5. de vulg. subst. d. l. vn. §. 1.* Vel quod magis est, quodque Græci sequuntur, in *l. vlt. & l. pen. hoc tit.* quæ est de re eadem fere, ponendum portionem hanc non esse in causa caduci, sed haberi pro non scripta, patrem decessisse ante testamentum: plane ergo viuo testatore mortuum fuisse heredem scriptum ex parte: ergo portionem ipsius esse pro non scripta. semper autem quæ pro non scriptis erant, accrescebant coheredibus, neque ad hęc admittebatur fiscus, sed ad caduca tantum, id est, quę deficiunt post testatoris mortem; vel quasi caduca, quæ deficiunt post testamentum. Patri meo post mortem meam ab alio herede scripto, mortuo patre he-

A rede scripto ex parte, vt dicam breuius. Nec mouemur verbis l. dum ait, patrem decessisse viuo testatore: nam & is sane decessit viuo testatore qui decessit ante testamentum. & hoc interpretamentum Græcorum extat in Basil. lib. 42. tit. 2. his verbis: *τοῦ πατρός μου μετὰ τὸ τελευτῆσαι, κληρονόμου μετά τινος, γραφέντος*: Cum quidam patrem meum qui iam vita excesserat, heredem instituisset. Ergo tu, qui eam partem quæ erat patri iam mortuo adscripta administrasti, negotium hereditatis gessisti, & consequenter negotium coheredum patris, qui postea adierunt: nam tu administrasti eam portionem, & distraxisti, antequam heredes adirent. hoc ponendum est cum hoc loco tum in *l. pen.* nam si post aditionem coheredum partem illam administrasti, non gessisti negotium hereditarium, id est, iacentis seu vacantis hereditatis, sed negotium heredum, & factus es ex ea causa non debitor hereditarius, sed heredum. Itaque nullo casu conueniri potes petitione hereditatis: nam à debitore heredis non potest peti hereditas, *d. l. quod si in diem §. non solum.* Et tamen in fine huius legis datur casus, quo à te petitur hereditas, quasi à iuris possessore: quæ sane non peteretur, si esses debitor heredum, non hereditatis, nec diceret lex passim, *te gessisse negotium hereditarium*: gerendo autem negotium hereditatis, antequam heredes adirent, tu tibi hereditatem obligasti, & tu vicissim te hereditati obligasti actione negotiorum gestorum, vt ait *l. nam & seruus, §. 1. de negot. gest.* nam etiamsi negotium illud gesseris homine patris tui vt absentis, non nomine totius hereditatis; tamen reipsa gessisti negotium totius hereditatis, & consequenter teneris eo nomine heredibus, qui post adierunt Titianam hereditatem; nec enim tam spectamus, cuius nomine negotium gesseris, quam cuius re ipsa gesseris: nam etiamsi primi negotium gesseris, cum existimares te agere secundi, inter se & primum est actio negotior. gestorum vltro citroque *l. 5. §. 1. & l. 6. §. item quæritur, & duab. seq. l. qui vtiliter, de negot. gest. l. in hoc iudicium, comm. diuid.* Atque ita in hac specie non teneris quidem coheredibus patris petitione hereditatis, quia tibi non possedisti, sed patri, sed teneris negotiorum gestorum; quia reuera negotium hereditarium gessisti distrahendo, vt scilicet reddas pretia, quæ accepisti, coheredibus, quibus portio illa accreuit: patris autem heredibus non teneris eadem actione, vel alia vlla. Finge te fuisse exheredatum à patre aliis heredibus scriptis, an quod partem hereditatis adscriptam patri administrasti, teneris paternis heredibus? Minime, quia quod administrasti est Titianæ hereditatis, non paternæ. & hoc est, quod proponit his verbis: Cum heredis, &c. Quod sequitur, est obscurum. Contra sententiam hanc, quæ dictat, te non teneri heredibus patris à quo fuisti exheredatus, eius negotij nomine, sed heredibus Titij negotior. gestor. actione, posset quis vti hoc argumento; cui respondet Papin. in sequentibus: *Actio negotiorum gestorum datur ei cuius nomine debitum exactum est, quamuis ei reuera nihil debitum fuerit, l. 6. §. item quæritur, & §. seq. de negot. gest.* Sed vt Latini & Græci supplent recte: *Exigitur, vt ratam exactionem habuerit*: nam ratihabitio constituit negotium eius; quod initio eius non fuit, licet sit gestum nomine eius. Porro filius nomine patris administrauit eam partem hereditatis, cum tamen non esset heres pater: erat enim ea portio pro non scripta, & pater pro non scripto, & distraxit res nomine patris. Ergo heredibus patris, inquies, danda est actio negotiorum gestorum, quia nomine patris tu illud negotium gessisti: nec refert, quod reuera non fuit eius negotium, sat est quod gessisti nomine patris. Papinian. respondet, nos in hanc rem abuti propositione, quæ sumpta est initio: neque enim species de qua hic tractatur siue propositio, vt solet loqui Iulianus, conuenit cum specie, & propositione superiori: quia negotium quod tu gessisti nunquam fuit patris, qui eo tempore quo gessisti desierat esse in rebus humanis,

quique illud ratum non habuit, quod omnino requirebatur: ratihabitio illud negotium non conciliauit, non fecit patris, qui desierat esse. ac propterea negotium illud non fuit hereditatis patris, sed hereditatis Titij, non fuit ergo heredum patris, nec susceptum est nomine heredum patris, nec gestum, vt non possit inde dari actio negotiorum gestorum heredibus patris: sed videtur esse alienum negotium, id est, hereditatis Titianæ: nam nomine patris gessisti, vt heredis Titij, qui tamen heres non erat: & ideo magis est, vt dicamus alienum esse nomen, alienam rem, alienum negotium, id est, hereditatis Titianæ. Ergo debere te pecuniam redactam restituere heredibus Titij, non heredibus patris. Et hoc est, quod voluit Papin. in seq. sed locus est valde deprauatus etiam in Pand. Florentinis: sic enim legitur: *nam etsi negotiorum gestorum actio sit ei, cuius nomine perceptum est, ei cuius nomine restitui æquum est.* & verior est vulgata scriptura, quam sequuntur Basilica: *heic* tamen legendum est, non, *hoc.* Ergo sententia hæc est: quamuis debitum exactum nomine Titij, Titius repetat actione negot. gestorum, quamuis ei non sit debitum, dummodo ratum habeat, tamen *hic*, ἐνταῦθα in specie proposita, quod nomine hereditatis non patris, sed alterius est perceptum, æquum est restitui hereditati. coheredibus ergo patris, non heredibus. Restat vnus casus tantum de filio eodem, qui in specie eadem cum pater decessisset viuo testatore, hoc ignorans pecuniam eius administrauit, de eodem inquam filio non exheredato, sed herede patris. Idem filius, qui id negotium gessit ignorans patrem decessisse, heres exstitit patri & quasi heres dicit ad se pertinere partem illam hereditatis Titianæ: Nam affirmat patrem decessisse post aditionem, *il met cela en fait*, non ante, atque ita adquisisse portionem illam hereditatis Titianæ. Facit igitur controuersiam hereditatis pro parte illa. Quæritur, an conueniri possit petitione hereditatis? Et ita videtur: possidet enim iam pro herede, aut si falsum titulum heredis sciens prætendit, id est, si falso sciens affirmat patrem decessisse post aditionem, possidet pro possessore. Sed contra non videtur teneri petitione hereditatis quia neque pro herede possidet, neque pro possessore: etiamsi enim assumat nomen heredis, & contendat eam partem ad se peruenisse, quod ex ea parte adierit hereditatem Titij: tamen non potest videri eam partem possedisse pro possessore, vel pro herede: nam regula iuris est, neminem sibi ipsi posse mutare causam possessionis *l. 3. §. illud, l. quod, l. cui bona, §. vlt. de adquir. possess. l. 2. §. 1. pro hered. l. non solum, §. quod vulgo, de vsucap.* causam possessionis, id est, titulum. Filius possedit alieno nomine, hoc est, patris: non potest igitur efficere, vt possideat suo nomine, qui alij, non potest efficere vt possideat sibi: non mutauit causam possessionis, ergo non tenetur petitione hereditatis, quia sibi non possidet. Sed longe aliter respondet Papinianus, & ab extraneo sumit argumentum ad filium. Finge: Quidam extraneus gessit negotium heredis, & debitor esse cœpit ex ea administratione, alij gessit, nunc facit controuersiam hereditatis, cum pecuniam possidet, vt heres, an teneatur etiam petitione hereditatis? Sic videtur, vt possessor iuris, id est, vt debitor hereditarius. Ergo & filius tenetur ea actione, hoc est verissimum, *d. l. quod si diem, §. non solum.* Neque obstat illa regula: neminem sibi possessionis causam mutare posse: quæ ita procedit, vt nemo solus sibi mutare possit titulum possessionis nulla extrinsecus accedente causa *l. cum nemo C. de adq. her.* Sed noua quædam extrinsecus accedente causa potest mutari causa possessionis; non potest sibi mutare, sed potest sibi mutari re ipsa, re existente quadam noua. Finge: Fur rem furtiuam possidet pro possessore: sed si rem dominus ei donauerit, incipiet possidere pro donato: mutauit causam possessionis, sed eam ipse non mutauit, sed dominus. In hac etiam specie dico accidere nouam causam

A extrinsecus, quæ mutat titulum, cognitio scilicet mortis patris: hęc efficit per seipsam, non sola destinatio filij, vt, qui possidebat patri, quem viuere putabat, nunc faciens controuersiam hereditatis possideat sibi. Cognitio erroris noua causa est, quæ patitur facile mutari titulum possessionis, & ita in *l. etiam, §. si quis absentis, de petit heredit.* Quidam possidebat nomine absentis hereditatem totam vel partem, & incertum erat, an absens ratū habiturus esset, nec ne: interim, is qui possidet absentis nomine hereditatem, non tenetur petitione hereditatis, quia non sibi possidet, sed alij. sed si postea ille ratam illam possessionem non habeat, tunc gestor ille videbitur suo nomine possidere pro possessore, quasi prædo, & tenebitur petitione hereditatis. Nam quod contigit,

B vt non habuerit ratum is, cuius nomine possidebat, hoc immutat titulum possessionis. Ratum non habere, est facere. non ipse sibi mutat, sed factum absentis, qui quod is gessit ratum non habet: & ita iusta aliqua causa accedente potes dicere non tam mutare sibi quem causam possessionis, quam ei mutari: & hoc facile tolerauit in vltima parte huius legis, idemque euenire in l. pen. cum multi sunt instituti heredes, & inter eos qui erant in Asia, qui ante testamentum relicto herede suo procuratore, & alio quodam: & hoc omne cum ignoraret procurator, partem hereditatis administrauit, ex qua fuerat scriptus: ait eum teneri coheredibus domini petitione hereditatis vt reddat eam pecuniam, videlicet, quod supplendum est, si is procurator, addendum

C est, faciat controuersiam hereditatis, veluti possessor iuris, id est, debitor hereditarius: nam gessit antequam adirent coheredes. hæc sunt quæ erant adnotanda ad hanc legem.

Ad l. si nauis. 62. de rei vindicatione.

Si nauis à mala fidei possessore petatur, & fructus æstimandi sunt, vt in taberna, & area quæ locari solet. non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non attigit, vsuras præstare non cogitur: nam & si maxime vectura, sicut vsura, non natura prouenit, sed iure percipitur: tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum nauis possessor petitori præstare non debet, cum pecunia periculo dantis fœneretur.

D §. 1. *Generaliter autem, cum de fructibus æstimandis quæritur, constat animaduerti debere, non an malæ fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset, quam sententiam Iulianus quoque probat.*

HÆc lex etiam est de petitione hereditatis, sicut duæ priores, & quæstio eius est de æstimandis fructibus à iudice in petitione hereditatis, & in actione in rem speciali. In hac quæstione, vt notatur in *l. fructus, hoc tit.* separandus est malę fidei possessor à bonę fidei possessore, & huius sententiæ verior summa hæc est. Post litem contestatam nullam esse inter bonæ fidei & malę fidei possessorem differentiam, scil. si quæratur de fructibus perceptis, aut percipiendis post litem contestatam: neque enim eos indistincte restituit: Sed diffe-

E rentia est inter eos quoties quæritur de fructibus perceptis, aut percipiendis ante litem contestatam: nam si conueniatur malę fidei possessor, ęstimantur fructus qui percepti sunt ante litem contestatam, atque etiam ij qui percipi debuerunt, idque indistincte & percipiendi, idque indistincte, siue titulum habuerit malæ fidei possessor, siue non: quam tamen distinctionem Accurs. conatus est introducere perperam, siue ex his locupletior factus sit, siue non. Bonę fidei vero possessor restituit fructus perceptos ante litem contestatam, nec tamen omnes, sed eos duntaxat ex quibus locupletior factus est, fructus percipiendi non ęstimantur, quia cum esset bonæ fidei possessor, existimatur rem suam neglexisse. Porro in fructibus numeramus mercedem locationum, vecturas

vecturas iumentorũ & nauiũ *l. mercedes, de petit. hered.* A Finge: Is, qui mala fide possidebat nauem alienam, nullũ quæstum fecit ex ea, nulli eam locauit, & nullam vecturam tulit. Ait Papin. hoc loco, in petitione hereditatis, & in speciali vindicatione malæ fidei possessorem damnari domino nauis, quod ex ea fructum non perceperit, quem dominus percepisset, si nauem possedisset. Damnari igitur fructuum percipiendorum nomine. Idem esse ait, si tabernam, vel aream alienam mala fide possederit (nam & hæc locari solent) si igitur aream non locarit, perinde domino tenetur, ac si eam locasset. Denique præstat domino mercedes locationum etsi locationes nullæ interuenerint. Solere tabernas, ergasteria locari nemo est qui nesciat. locari nemo nescit: Solere etiam areas, id est, plateas locari, eas domini locant B mercatoribus, vt in iis merces suas disponant. Itaque bonus paterfam. primo loco ponit areas & prata. & inde in *l. 7. de vsufruct.* ad fructuarium pertinere obuentiones ex areis. Et M. Tullius ad Varronem: *nos quantum ex areis habemus, &c.* nec pro areis est mutandum arcis. Areæ igitur locantur mercium disponendarum causa: quamuis alias non liceat fructuario ædificare in prædio fructuario. Sed casæ ædificium tolerabitur: nam ædificatur temporis causa tantum, non vt ibi perpetuo sit, & plerumque ductilis est. & sic *l. 3. in quibus caus. pign. vel hypot. & l. huius, qui pot. in pign.* ostenditur, area locata merces in ea positas tacite pignoratas esse pro mercede, sicut pro pensione ædium, res ab inquilino inuectæ & illatæ tacite pignori sunt, sicut & pro vectura C res inuectæ in nauem, *l. 5. ad exhib.* Ergo, quod primum velim vos ex hac lege annotare, hoc est: malæ fidei possessorem, qui nauem, tabernam, aream non locauit, nihilominus mercedes locationis domino præstare. Obiicit huic sententiæ Papinian. quod constat inter omnes, malæ fidei possessorem, qui sciens possidet hereditatem alienam, quique pecuniam depositam, & inuentam in hereditate non attingit, id est, non fœnori occupat, sed otiosam & sterilem habet, eum eius pecuniæ vsuras non pręstare domino, quamuis petitio hereditatis, qua conuenitur, sit bonæ fidei iudicium: nam & idem seruatur in aliis bonæ fidei iudiciis: otiosæ enim pecuniæ vsuræ non pręstantur, *l. qui semisses §. vlt. de vsur.* Ergo & malæ fidei possessor, qui non attrectauit pecuniam inuentam in hereditate eius vsuras non præstat: & hoc ita proponitur à Papiniano, & refertur ab Vlpiano, D in *l. item veniunt, de petit. hered. ex lib. 3. quæst.* Sed emendandum *ex sexto* per istam legem. & ait hoc loco Papinian. *pecuniam depositam* non intelligens pecuniam ex depositi contractu, sed depositam veluti præsidij causa, vt in *l. si chorus, de leg. 3.* Et eodem sensu *d. l. qui semisses, l. quamuis §. vlt. de pig. act.* pecunia deposita vel reposita, id est, præsidium. vsuræ sunt vice fructuum, vt ait *l. vsuræ, de vsur.* vsura est velut vsusfructus, *l. 3. de vsufr. ear. rer.* Hoc cum ita sit, sic arg. si malę fidei possessor, qui pecuniam non attigit, fructus, hoc est, vsuras pecuniæ non pręstat: cur tamen is, qui nauem non exercuit, fructus, id est, vecturas præstat? & vsuræ & vecturę vice fructuum sunt, aut sane fructus ciuiles, qui ex obligatione ciuili percipiuntur, vsurę ex stipulatione, vecturę ex locatione & conductione, *l. vsura, de* E *verb. sign.* Neque vsura, neque vectura natura prouenit vt ait Papin. neque enim sunt fructus naturales; quia nec fructum fert pecunia, neque nauis naturaliter. Neque ideo Aristot. dixit, vsuram non esse secundum naturam, quod efficiat, vt videatur pecunia fructum ferre: alioqui neque vectura videretur esse secundum naturam: sed ideo quia locatio proprie in nummos non cadit: inuentus est enim nummus vt eius beneficio contraheretur emptio & venditio, non vt ipse interueniat in venditione, est vt ille ait μεταβολῆς, Plato ἀνάγκης ἕνεκα, fœneratio est veluti locatio pecuniæ, vsura merces: nauis tamen recte cadit in venditionem & locationem, nec possis etiam dicere, vecturam, non esse secundum naturam, imo est: sed vsura non secundum naturam est: nam vtimur naui dum eam locamus, nummis abutimur, eos collocamus fœnori: vnde merito quæritur, cur malæ fidei possessor, qui pecuniam non exercuit, vsuras non pręstet, & tamen malę fidei possessor, qui vecturas non exercuit, vecturas pręstat? Huic obiectioni respondet Papinianus, & est valde præclara huius legis sententia, magnam rationem differentię esse inter vecturam & vsuram, inter collocationem pecuniæ & nauis: nam pecunia collocatur periculo dantis, non domini, nauis locatur periculo domini. non est igitur culpandus malę fidei possessor, qui noluit se coniicere in periculum pecuniæ fœnori occupatę, qui noluit adire istam aleam amittendæ eius pecunię, puta debitore pauperiore facto: verum culpandus, si quod potuit facere sine suo periculo, non fecerit, vt si nauem idonea tempestate non locauerit. Pecunia locatur periculo dantis, vt si tutor pecuniam pupilli locauerit, illud periculum ad tutorem pertinet, non ad pupillum. Idem est in curatore ciuitatis *l. vlt. §. pen. de administr. rer. ad ciuit. pertin.* quia debuit eam collocare melioribus nominibus, aut si forte elegit idonea nomina, debuit in tempore ea exigere, & appellare. Denique periculum nominum ad eum pertinet, qui ea contraxit, non ad dominum, etiamsi forte is cui pecuniam credidit fiat non soluendo. Is, qui credidit, domino tenetur, vt refundat eam pecuniam. Et hoc est, quod ait Papinianus, *cum pecunia periculo dantis fœneretur.* non est igitur incusandus malę fidei possessor, qui noluit pecuniam collocare, quia licebat ei periculum refugere: sed incusandus est, si nauem non locauerit idonea tempestate, nam potuit eam locare absque suo periculo, præstat enim dolum tantum, & culpam, non casum fortuitum, non naufragium. Igitur culpa vacat, si idonea tempestate nauem nauigatum miserit, nec si vi maiore perierit nauis, eum casum petitori pręstat. Sciendum, me nullo modo concedere, quod ad hanc legem adnotauit Accurs. malę fidei possessorem pecunię vsuras, quas percepit, non præstare domino: de vsuris percipiendis non tenetur domino, vt diximus; de cæteris fructibus tenetur, & dicit eadem ratione id fieri, quia eas collocauit suo periculo. Hoc non admitto: refragatur *l. 1. C. de pet. hered. l. 1. C. de his quæ vt indig.* & quod dicitur generaliter, omne lucrum esse auferendum malę fidei possessori, *l. 28. de pet. hered.* ergo & vsuræ sunt auferendæ, quas percepit. Nec moueor, *l. si vnus §. si vnus, pro soc.* quam adfert A. Socius pecuniam communem communi periculo collocauit. commune erit lucrum, communes vsuræ. Rursus finge: socius communem pecuniam suo nomine collocauit, & vsuras percepit, an eas communicabit? minime, quia non quæritur de aliena pecunia fœnori occupata, sed communi, cuius ipse periculum adire voluit: cum suum fecerit periculum solidum, æquum est ei relinqui vsuras. Non est ei inuidendum lucrum. & alia est causa alienæ pecunię, & longe alia communis. Vtitur etiam Accurs. *l. postulante §. vlt. ad Senatusc. Trebell.* Finge: heres rogatus restituere hereditatem sub conditione, ea pendente pecuniam hereditariam collocauit, & vsuras percepit. hæ vsurę non veniunt in restitutione fideicommissi, vt cuius periculum fuit, eius sit etiam lucrum. Et hic casus non est nostro similis: est enim de propria pecunia, non aliena. Interim hereditaria pecunia est heredis antequam venerit dies, vel conditio fideicommissi. Concludamus igitur: malæ fidei possessorem præstare vsuras, quas percepit, non etiam quas percipere potuit; de cęteris omnibus fructibus teneri etiamsi non perceperit, quos percepit, vel percipere potuit, quia potuit eos percipere citra eius periculum, non item fœnus. Ad hæc Papinian. addit generalem regulam in §. *vlt.* de fructibus æstimandis. Tota igitur quæstio est de officio iudicis. Æstimantur ergo fructus percipiendi, cum agitur

cum malæ fidei possessore, vel speciali in rem actione, vel petitione hereditatis: nihil refert, vtrique hæc lex communis est; & generaliter non tam spectandum esse ait, quos esset percepturus malæ fidei possessor, vt in eos condemnetur, etiamsi non perceperit, sed inspiciendum, quos percipere potuisset dominus, si eam rem possedisset. damnatur ergo malæ fidei possessor, non in eos quos ille percipere potuisset, sed quos dominus honeste. Et placet quod ait, *constat animaduerti debere:* quibus etiam verbis, ostenditur hic agi de officio iudicis. animaduerti scilicet ab ipso iudice æstimationem fructuũ. Sic in *l. cum te, si cert. petat. & in l. mora. fieri, de vsur.* cum quæritur, an mora facta sit, animaduerti debere ait, à iudice scilicet: nam iudex est iustus æstimator moræ: Iurisconsultus non potest æstimare, sed iudex est eius rei arbiter & disceptator, *d. l. mora.*

Ad l. si vrbana 55. de condict. indebiti.

Si vrbana prædia locauerit prædo: quod mercedis nomine ceperit ab eo, qui soluit, non repetetur: sed domino erit obligatus. Idemque iuris erit in vecturis nauium, quas ipse locauerit, aut exercuerit. Item mercedibus seruorum, quorum opera per ipsum fuerint locata. Nam si seruus non locatus mercedem vt domino, prædoni retulit, non fiet accipientis pecunia. Quod si vecturas nauium, quas dominus locauerat, item pensiones insularum acceperit, ob indebitum ei tenebitur, quia non est liberatus soluendo. Quod ergo dici solet, prædoni fructus posse condici: tunc locum habet cum domini fructus fuerunt.

QVæstio hæc coniungenda est cum superiore, nam vtraque est de fructibus, vtraque pertinet ad materiam de petitione hereditatis, de qua potissimum Papinianus eodem libro tractauit. Ex superioribus intelleximus, malæ fidei possessorem, qui rem alienam locauit, teneri domino petitione hereditatis, vt præstet mercedes locationum, quas percepit: nunc videamus, an idem etiã teneatur condictione indebiti ei, à quo mercedes accepit, quasi is non deberet malæ fidei possessori soluere, sed domino. Et hoc primum Papin. tractat in prædone, seu malæ fidei possessore, qui locauit vrbana prædia, sed & tractari quidem potest in eo, qui locauit, rustica prædia, & qui mercedes accepit: & ait, conductorem non posse condicere, quod soluit, quia ei debuit ex contractu locationis, non domino, & pecuniam accipientis fecit, & liberatus est. cui ex solutione contigit liberatio, is non habet condictionem indebiti: nam quicunque liberatur, rectè soluit: condictio indebiti parata est tantum soluenti perperam. non tenetur igitur prædo condictione indebiti conductori à quo mercedem accepit, sed domino tantum vt mercedem quam accepit, reddat; & tenetur petitione hereditatis, quæ mixta est actio, & continet personales præstationes: vel si non sit controuersia de hereditate, tenetur condictione sine causa, quod ex re aliena pecuniam sine causa acceperit, vel ex iniusta causa. dixi conductorem, cui prædo locauit, quique prædoni mercedem retulit, mercedem fecisse accipientis prædonis. dices, mercedes sunt loco fructuum, malæ fidei possessor siue prædo fructus suos non facit, nec mercedes igitur. Est vera propositio, verissima assumptio, rectissima conclusio. Nos dicimus, pecuniam factam prædonis, quam soluit conductor, quæ loco fructus est: prædo igitur facit fructus suos, sic respondendum: per seipsum non facit fructus suos, etiamsi ipse eos percipiat, sed per alium potest facere fructus suos, vt per conductorem, qui bonæ fidei possessor fuit, vel etiam per creditorem suum, qui bona fide pignus accepit, *l. si pignore, §. si prædo, de pign. act.* Cuius species est relatu dignissima. Prædo rem alienam creditori suo pignori dedit: soluto debito agit pigneratitia, vt sibi reddatur pignus: an in hanc actionem venient etiam fructus? an pigneratitia agere potest de reddendis fructibus quos percepit creditor, vel imputabit in sortem, vel vsuras? cum non fuisset contracta ἀντίχρησις. Et ait, eum etiam acturum pigneratitia actione de fructibus. Atqui fructus suos non facit prædo, sed vindicantur à domino, si extent, vel consumpti condicuntur condictione sine causa, vel iniusta causa: cur ergo ei detur actio de fructibus, quos suos non facit? Imo vero in hac specie suos facit, quia prodest ei, quod creditor bonæ fidei possessor fuerit: quę verba sunt obscura. Sed res ita se habet; si prædo fructus decerpat, & colat, ipse fructus suos non facit, dominus prædij eos vindicabit quasi suos. At creditor, qui bonæ fidei possessor fuit, videtur eos fecisse suos, ac perinde per eum etiam prædo cui restituitur res pignerata cum fructibus à creditore perceptis: nec est nouum vt quod quis per se non habet, per alium habeat, *l. Aristo, quæ res pig. dar. l. cum hered. de adq. hered.* Per conductorem igitur & creditorem, qui bona fide possedit, etiam prædo fructus suos facit, nec domino obligatur eorum nomine rei vindicatione, aut cum eo dominus agere non poterit, rei vindicatione, sed aget petitione hereditatis, vel condictione sine causa cum prædone. Hoc cum docuisset Pap. de pensionibus prædiorum vrbanorum subiicit, idem esse in vecturis nauium, si prædo nauem alienam locauerit, aut exercuerit, & vecturas acceperit. Aliud est locare nauem, aliud exercere. Nam exercet nauem etiam, qui non locat, sed qui mandat magistro, qui quasi institor est, curam totius nauis. ea lege, vt ad se pensionem & reditus perueniant, quo nomine est actio mandati exercitori in magistrum, *l. 1. §. magistrum l. si eum, qui, de exercit. act.* Quocirca non rectè condicit magister nauis vecturas, quas retulit exercitori, quandoquidem referre obligatus erat iudicio mandati; sed exercitor eas vecturas, quas accepit, cogitur reddere domino nauis. Idem omnino seruari ait Pap. in mercedibus seruorum, si prædo serui alieni operas locauerit, & mercedes acceperit: nec enim eas condicet, qui prędoni soluit, sed dominus rectè aget cum prædone, & intendet eas sibi dari oportere. Et hoc est quod continetur prima parte huius legis. Secunda pars huius legis non est de prædone, qui domum vel nauem, vel operas serui locauit, sed de seruo ipso, quem mala fide prædo possidebat, qui seipsum locauit, hoc est, operas suas, & mercedem prædoni vt domino suo retulit. hoc casu Papinian. ait, eam mercedem non fieri accipientis, prædonis scilicet: & nihil addit præterea. Papinian. putabat posse satis intelligi ab omnibus quod prætermittebat. Neque tamen id videtur Accursius intellexisse: vult enim domino serui dari eius pecuniæ vindicationem, si extet, vel si sit consumpta, condictionem sine causa, vel ex iniusta causa, cum tamen tota hæc lex sit de condictione indebiti, vt titulus indicat, & omnino sunt tres casus in hac lege. Primo casu prædo non tenetur condictione indebiti, duobus aliis tenetur: & debuit Accursius dicere: & ideo is, qui mercedem soluit seruo, qui suas operas locauerat, quam deinde prædoni seruus retulit, aduersus prædonem habet condictionem indebiti, qui ratum habuit, quod seruus fecit, id est, qui relictam pecuniam accepit, qui scilicet conductor non ei debuit mercedem, sed domino serui: & consequenter, non est liberatus soluendo mercedem seruo: cui soluenti non contingit liberatio, ei datur condictio indebiti: non liberabitur is, cui seruus conduxit operas suas, si seruo soluerit mercedem sine voluntate domini, quamuis seruus eam non sibi retinuit, sed possessori retulit, quia tenetur adhuc vero domino ex locato: merito igitur condicet, & repetet tanquam solutum per errorem. Obiicitur *l. 1. §. si rem à seruo, depos.* Res à seruo apud me deposita est, ego eam reddidi Titio, quem putabam dominum serui, cum non esset, vel eam reddidi seruo, vt perferret ad Titium, an sum liberatus, an domino est integra aduersus me actio depositi? quod negat *d. l. 1. §. si rẽ,* & ait domino cõpetere

aduersus Titium, cui res restituta est, actionẽ ad exhibendum, & rei vindicationem si exhibuerit: Verum longe alia est ratio depositi, alia locati & cond. Nam depositarius dolum præstat, non culpam. Et hoc casu depositarius vacat dolo, error est non dolus: at conductor præstat etiam culpam, §. *pen. Institut. de loc. & cond.* Nam conductor debet esse curiosus & diligens, & inquirere, quis sit verus dominus serui, qui seipsum locauit, & in culpa est si eam diligentiam non adhibuerit, si cuilibet soluerit: si persuadenti se esse dominum serui. Tertius casus huius legis est de vero domino, qui domum aut nauem locauit, aut aliam rem. Primus casus fuit de prædone, qui seipsum locauit, tertius est de domino, qui locauit rem suam. Finge: dominus rem suam locauit, sed postea prędo mercedes exegit, dominus contraxit locationem: prædo nactus possessionem eius rei, mercedes accepit: hoc casu etiam prædo tenetur condictione indebiti ei, qui soluit per errorem, quia soluendo non est liberatus, cum pecuniam non fecerit accipientis, alias non liberatur nisi fecerit & perfecte, *l. cum quis*, §. *qui hominem de solut.* Denique non se liberat, merito igitur condicit quasi indebitum quod prædoni soluit. Primum sic dico, non se liberauit à domino eodemque locatore qui per errorem prædoni soluit. Cōtra dices (quod obiicit Accursius) imo ignorantia proficere ei debet ad liberationem, vt in *l. eius, qui in prouincia, de reb. credit. l. inter. §. 1. mand.* quod negandum est: nam non proficit ad liberationem: alioqui omnes liberarentur prætextu ignorantiæ: neque enim quælibet ignorantia est iusta & probabilis, & iusta tantum ignorantia parit liberationem, vt si præcesserit mandatum & solueris, tardius tamen extincto mandato morte mea, ignorans, me esse mortuum; hoc casu ipso iure liberaberis, quod antecesserit mandatum. Sed nullo præcedente mandato, si quis soluerit falso procuratori, vel ei cui falso existimat se soluere voluntate creditoris, non liberatur, *l. qui hominem § si nullo, de solut.* Repetamus quod ante diximus, non liberatur à locatione, qui prædoni soluit per errorem; sic est, sed si postea prædo quod percepit, restituat domino & locatori, ipso iure contingit liberatio, *l. sed etsi lege, §. certe, de petit. hereditat.* (ex Iuliano 4. D. sed legendum 54. id ex *l. qui hominem §. si nullo, de solut.*) & ita etiam in *l. si quid possessor. §. vlt. de petit. hereditat.* in quo refertur eadem Iuliani sententia, legendum est 54. His autem tribus casibus propositis Papinianus concludit ita, & hanc conclusionem posses facere quartam partem huius legis, id quod vulgo dicitur, fructus prædoni condici posse, condictione scilicet indebiti, de qua tota lex est, qui ei soluti sunt. vulgaris est hæc sententia. Sed concludit Papinianus hanc sententiam esse intelligendam de fructibus, qui domini fuerunt, id est, de fructibus, qui domino debiti fuerunt, vt secundo casu & tertio. Secundo, quia seruus ipse locationem contraxerat: tertio quia dominus ipse contraxerat His igitur duobus casibus fructus prædoni solutos, quasi indebitos condici posse. Id autem intelligendum non est de fructibus qui fuerunt prædoni debiti, vt primo casu cum prędo locationem contraxit, hi non condicuntur prædoni ab eo, qui soluit, quique liberatus est soluendo. Et perperam Accurs. hanc generalem conclusionem refert tantum ad secundũ casum, non etiam ad tertium: nam vtroque casu fructus domino debiti fuerunt, & ei qui soluit prædoni est condictio indebiti. Deinde etiam male Accursius vulgarem illam sententiam accipit de condictione fructuum à prædone perceptorum, & consumptorum, quæ datur domino: hæc vero condictio est condictio sine causa vel iniusta causa, quod constat ex *l. 3. C. de cond. ex leg.* non est cōdictio furtiua, vt hic Accursius, quia non omnis malę fidei possessor fur est, aut inuasor, licet prædo appelletur passim, nam prædo non semper nobis inuasor est sed quilibet improbus & inuerecundus possessor, vt à Gręcis dicitur ἀναίσχυντος νομεὺς, qui sciẽs insidet rei alie-

A næ. Item non est condictio incerti illa generalis, nam fructus percepti maxime certi sunt, & incerti condictio non datur nisi de futuris fructibus, qui maxime incerti sunt, non de pręsentibus, *l. vbi autem §. illud, de verb. oblig.* Ergo vulgaris illa sententia accipienda est de condictione indebiti, quæ non domino, sed ei, qui soluit datur, siue extantes, siue consumpti sunt. Et omnino sententia hæc est: fructus solutos prædoni quasi indebitos condici posse ab eo, qui soluit; quam tamen sic accipiendam esse ait Papin. si fructus domino fuerint debiti, vt secundo & tertio casu, non etiam si prædoni, vt primo casu.

Ad l. vulgo 2. de vsuris.

B *Vulgo receptum est, vt quamuis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa præstetur: cuius opinionis ratio redditur, quoniam quale est cum petitur, tale dari debet, ac propterea postea captos fructus, partumque editum restitui oportet.*

EA mens Papiniani est, vt ostendat, non tantum in actione in rem, sed etiam in personam, officio iudicis post litem contestatam omnem causam præstari. Causa est omne quod actor habiturus fuisset, si tempore litis contestatæ ei reus satisfecisset, *l. præterea, de rei vind. l. cum fundus, in princ. de reb. cred.* In omnibus igitur his iudiciis, vel in rem, vel in personam præstãtur fructus percepti post litis contestationem: imo & percipiendi, quos scilicet actor percepturus fuisset, si ei rem de qua agitur C possidere licuisset. Et quamuis Papinianus dicat, fructus postea captos restitui, non ideo sequitur captos tantum restitui. non possunt auctores exprimere omnia: ideoque addendum est, etiam capiendos fructus restitui, alioqui ex *l. si fundum, C. de rei vindic.* qua plerique abutuntur, tu colligeres, malæ fidei possessorem non reddere rationem fructuum percipiendorum, non præstare fructus percipiendos, quòd dicat præstare eum fructus perceptos, sed non adiicit taxationem, fructus perceptos tantum. constat malæ fidei possessorem semper præstare fructus percipiendos, vel ante vel post litem contestatam: & hoc est proprium in malæ fidei possessore, vt patiatur rationem fructuum, quos percipere debuit ante litem contestatam, non item in bonæ fidei possessore. Nam post litem contestatam nulla est inter bonæ fidei, & malæ fidei posses- D sorem differentia. Et hoc est quod dicitur, *Omnes possessores post litem contestatam esse pares, ess prædones, præstare scilicet fructus perceptos & percipiendos*: quo tamen dicto non debemus vti ad omnia: nam falleret nos sæpenumero. neque enim per omnia verum est, post litem contestatam omnes possessores esse pares, quod potest demonstrari duobus exemplis. Finge: Homo de quo lis est contestata, postea mortuus est, an eius hominis nomine damnabitur bonæ fidei possessor? minime; Bonæ fidei possessor fatum, seu mortalitatis casum non præstat post litem contestatam, malæ fidei possessor præstat, *l. illud, de petit. hered. l vtique, de rei vind.* Item quod post litem contestatam bonæ fidei possessor adquirit per seruum, qui petitus est, ex re sua, id non venit in restitutionem, *l præterea,* E *de rei vind.* quod tamen restitueret malæ fidei possessor, vt etiam per eum hominem parta ex re sua post litem cōtestatam, *l. 1. C. de rei vindic.* Sed quod attinet ad fructuum rationem, vel etiam vsurarum, verum est, post litem contestatam omnes possessores esse pares, & sufferre æstimationem non tantum captorum, sed & capiendorum fructuum, & non fructuum tantum, sed etiam omnis causæ: nam & præstare debent partus editos vt hæc lex ait, & *l. partum, hoc tit.* comparantur partus cum fructibus. Fuit hæc vetusta quæstio, an partus esset fructibus annumerandus: sed obtinuit non esse. homo non est in fructu, cuius causa natura omnes fructus profert. Præstantur etiam post litem contestatam omnia commoda, emolumenta, & vt vno verbo absoluamus, omne id quod in-

tereſt actoris, etiam in ſpecie *l. nummis, de in lit. iur.* quam citat Accurſius, quia etiam cauſæ nomine continetur id, quod intereſt, *l. pecuniam, de compenſ.* nihil non comprehendit cauſa. Ergo intelligimus, quid ſit quod ait Papinianus indiſtincte, ſiue agatur in rem, ſiue in perſonam, cauſam præſtari poſt litem conteſtatam: addendum eſt etiam, officio iudicis: nec enim petitur cauſa, ſed venit officio iudicis. Sed nondum intelligemus, quæ ſit vis huius ſententiæ, & prius inſpiciendum eſt. Quo iure id ſit introductum, conſtat cauſam præſtari officio iudicis in actionibus in rem, *d. l. præterea.* Sed notandum id originem ſumere ex 12. tabul. quæ in vindiciis, id eſt, in actionibus in rem fructus æſtimant duplione, ſi poſſeſſor rei alienæ victus fuerit. Volunt enim duplos fructus præſtari ex tempore litis conteſtatæ his verbis: *Si vindiciam falſam tulit, eius rei ſiue litis arbitros tres dato, eorum arbitrij fructus duplione damnum decidito.* Et inde Paulus 5. Sent. ex die accepti iudicij, id eſt, ex tempore litis conteſtatæ duplos fructus præſtari: & D. Ambroſius in Epiſt. 24. *Cum aduerterem*, inquit, *eum, ſi viciſſet, acturum de duplis fructibus*, & ita in *l. 1. C. Theodoſ. de vſur. rei iu. l. 1. C. Theod. de fruct. & ſumpt. lit.* & hi ſunt, qui in his libris duobus locis dicuntur maiores fructus, id eſt, dupli qui in rei æſtimatione in reſtitutionem veniunt, *l. reſcriptum* §. 1. *de diſt. pign. l. 6.* §. *vlt. mand.* Inde intelligitur quod ait *l. Iulianus* §. *quantum, ad exhib.* in actione ad exhibendum, quæ ſcilicet datur propter vindicationem: (nam vindicaturus deſiderat rem ſibi exhiberi) in ea, inquã, actione ſicut in actione in rem venire fructus poſt litem conteſtatam, & æſtimari ſecundum leges 12. tabul. ſcilicet æſtimari duplione. Igitur loquitur l. 12. tabul. de fructibus tantum, ſed porrigitur ab Interpretibus etiam ad partus, & commoda & ad omnem cauſam, *l. Iulian.* §. *idem, de rei vind.* Igitur ex mente 12. tabul. omnis cauſa eſt duplanda poſt litem conteſtatam: hodie non duplatur. Ergo ſi quis quærat, quo iure poſt litem conteſtatam cauſa præſtetur in actione in rem, dicemus id fieri ex 12. tabul. non idem dicam in actione in perſonam. Nam neque 12. tabulis neque alia lege idem eſt introductum in actione in perſonam, ſed prudenter ait Pap. vulgo id receptum eſt, id eſt, hoc iure vtimur, *l. cum fundus in princ. de re. cred.* & ex opinione ſcilicet: nam & opinionem hanc appellat Pap. ex opinione, inquam Sabinianorum, vt oſtendit *l. videamus* §. *ſi actionem, hoc tit.* Nam Proculiani nec poſt litem conteſtatam in actionibus in perſonam admittebant haberi rationem cauſæ, quæ rem ſequeretur, de qua erat actio: ſed obtinuit opinio Sabinianorum cuius, vt heic ait Pap. ratio eſt ſumpta ex æquitate, vt ait *d.* §. *ſi action.* quod æquum ſit tale quidque dari, quale fuit cum peteretur, id eſt, cum lis conteſtaretur: Præſtanda igitur omnis ea cauſa, etiamſi ſit actio in perſonam, non in rem. & lex ea loquitur tantum de actione in rem. Et ita in *l. 8. de re iud.* oſtenditur, in actione ex ſtipulatu, quæ eſt in perſonam & valde ſtricta actio, hac nulla magis ſtricta, fructuum rationem haberi à tempore litis conteſtatæ. Et ſic in *l. 3.* §. *in his, hoc tit.* In his etiam iudiciis, quæ neque ſunt arbitraria, neque bonæ fidei poſt litem conteſtatam omnem cauſam eſſe præſtandam in eum diem quo ſententia dicitur, quibus verbis ſignificat, non tantum in actionibus arbitrariis, vel bonæ fidei, ſed etiam in actionibus maxime ſtrictis, poſt litem conteſtatam omnem cauſam præſtari. Ad quam ſententiam notandum, etiam in bonæ fidei iudiciis pleraque præſtari ante litem conteſtatã. Certum eſt indiſtincte in omnibus iudiciis cauſam præſtari poſt litem conteſtatã: ſed ſi quæratur an ante litem conteſtatam, tum ſeparanda nobis ſunt iudicia alia ab aliis. In actionibus bonę fidei fructus omnimodo præſtantur, etiamſi mora non interuenerit, nec lis ſit conteſtata, *l. videamus* §. *pen. h. t.* Actio enim ex empto vendito non tantum rem præſtat, ſed & fructus captos poſt venditionem etiam ante moram. In iudicio pro ſocio

A cio communicantur etiam fructus. In iudicio communi diuidundo diuiduntur etiam fructus. In iudicio dotis reſtituuntur etiam fructus percepti ante nuptias: Nam percepti in matrimonio cedunt lucro mariti pro oneribus matrimonij. Et generaliter, in actionibus bonæ fidei fructus omnino ſunt præſtandi, id eſt, ſiue mora interuenerit, ſiue non, ſiue lis conteſtata fuerit, ſiue non. Et hoc diſtant fructus ab vſuris quæ in bonæ fidei iudiciis non præſtantur niſi ex mora, niſi mora damnum intulerit, *l. mora*, §. *in bonæ fidei, hoc tit.* Habuimus vnam differentiam in *l. ſi nauis*, quod vſuras non pręſtat debitor qui pecuniam non exercuit, nauta fructus pręſtat, id eſt, vecturas, qui nauem non exercuit. Addamus hinc differẽtiam iſtam, & vtramq; ad *l. vſuras, hoc tit.* dum ait

B vſuras vicem fructuum obtinere: nam his duobus caſibus ſeparandę vſuræ à fructibus. Notandum etiam actiones legatorum & fideicommiſſorum ſemper comparari iudiciis bonæ fidei, ſed non omnia quæ illis inſunt. An dices fructus legatorum vel fideicommiſſorum præſtari ex die mortis ante moram? minime: ſed vt vſuræ legatorum & fideicommiſſorum, ita & fructus præſtantur tantum ex mora, ſi qua anteceſſerit litis conteſtationem, *l. 3.* §. 1. *hoc tit. l. vlt. C. de vſur. & fruct leg.* Illa igitur differentia inter vſuras & fructus, locum tantum habet in bonæ fidei iudiciis, non in actione ex teſtamento, vel in perſecutione fideicommiſſi: nam ex mora tantum præſtandorum legatorum debentur vſuræ & fructus. Dices, cur in actione bonæ fidei veniunt fructus percepti ante litem conteſtatam? hoc fit poteſtate huius iudicij, &

C formulæ ipſius prætoris: nam ita agitur his: *quod ex bona fide dari oportet*, & vt Scæuola dicebat, *bonæ fidei nomen latiſſime manat*, id eſt, complectitur fructus, & omnem cauſam & vſuras. Igitur, quas æquum eſt præſtari poſt litem conteſtatam, non ante, veniunt in hæc iudicia vt damnum ſarciant quod fecit actor, non etiam vt eum lucro afficiant. Et ex ratione formulæ ſumitur etiam, quod proditum eſt, *in l. illud, de petit. hered.* in petitionem hereditatis, venire fructus etiam perceptos ante litem conteſtatam, & percipiendos ſi ſit malæ fidei poſſeſſor, & perceptos, ſi ſit bonæ fidei, modo ex his factus ſit locupletior. Igitur in petitione hereditatis venire fructus ante litem conteſtatam, quia petitionis hereditatis hæc eſt formula; *Si hereditatem Titianam meam eſſe paret.* Et

D hereditatis incremento fructus accedunt, ſicut de equitio dicitur in *l. 39. hoc tit.* quæ oſtendit, multum intereſſe an equi legentur an equitium. Nam equis legatis fœtus hi tantum debentur qui ſunt nati poſt moram: legato equitio debentur fœtus etiam, qui ſunt editi ante moram, quia equitium eſt nomen iuris vniuerſi, quod continet etiam fœtus, ſiue fructus. Hereditas eſt nomen iuris quod comprehendit etiam fructus, id eſt, qui petit hereditatem, & fructus petit; non veniunt fructus in petitionem hereditatis officio iudicis, ſed vi & poteſtate ipſius iudicij ſiue formulæ. At in actione ſpeciali in rem vtimur verbo rei, *hanc rem meam eſſe aio.* quod quidem nomen nudum corpus ſignificat. & ideo in actione in rem non veniunt fructus percepti ante litem conteſtatã, non veniunt poteſtate actionis, quia rei nomine non in-

E telliguntur fructus, niſi adhuc pendeant, & cohæreant rei: nam pendentes ſunt pars corporis, ſed qui re ſeparati ſunt, iam non ſunt pars eius rei, nec nomine rei comprehenduntur, aut rei petitione: non veniunt igitur *l. 2. C. de pet. hered.* non veniunt etiam officio iudicis antecedentes fructus, id eſt, qui capti ſunt ante litem conteſtatam, ſed ſequentes tantum, *l. ſi fundus*, §. *interdum, de pignor* Notanda eſt maxime illa differentia inter petitionem hereditatis, & actionem in rem. Ratio differentiæ, vt dixi, eſt ſumenda ex formula. qui hereditatem petit, fructus petit, non etiam qui rem petit. Et inde obſeruanda eſt ratio *l. heres*, §. *vlt. de pet. hered. & l. neque, hoc tit. l. eum qui, de his quib. vt ind.* quibus locis tractatur hac de re, an fructuum vſuræ debeantur: (venditorum

scilicet fructuum à possessore:) & veniant in petitionem hereditatis? Et ita distinguit: aut pretia ex venditione fructuum redacta sunt post litem contestatam, & vsuræ non debentur, quia scilicet ea pretia rerum, quæ distractæ sunt à possessore post litem contestatam, sicut fructus percepti post litem contestatam, petita non videntur: qui petit hereditatem, non petit etiam fructus, qui percipiuntur post litem contestatam: sic nec intelligitur petita pecunia redacta post litem contestatam ex venditione rerum hereditariarum. sed veniunt officio iudicis nō quasi petita: eius autem quod venit officio iudicis nulla potest esse accessio, id est, accessionis nulla est accessio: quod venit officio iudicis accessio est iudicij, quia non continetur formula huius accessionis. Igitur vsuræ non debētur. Alia est ratio fructuum, seu pecuniarum redactarum ante litem contestatam: Nam hi fructus petiti intelliguntur, non veniunt officio iudicis, & huic petitioni facile accedunt vsurę officio iudicis. Hoc ita fit in petitione hereditatis, quæ ante constitutionem Iustiniani multa habebat ex bonæ fidei iudiciis: hodie omnino est bonæ fidei. Neque hodie seruatur in condictione fructuum. Finge, malę fidei possessor percepit fructus ex re aliena, antequam moueretur controuersia: eos distraxit & consumpsit. Possunt condici fructus consumpti à malæ fidei possessore condictione ex iniusta causa, aut sine causa: an venient vsuræ? Minime: accessionem enim vsurarum non admittet strictum condictionis iudicium quam admittet petitio hereditatis, *d. l. neque*. Extremum hoc erit, vt admoneamus, in actione in personam non venire fructus perceptos ante litem contestatam, nisi nominatim petantur, *l. partum, hoc tit.* Ante litem contestatā in actionem in personam non veniunt fructus, non causæ, nisi sint bonæ fidei: Nam bonæ fidei nomen quo vtimur in formula, complectitur omnem causam. Et quandoque etiam quamuis sit stricta actio ratione formulæ, veniunt fructus capti ante litem contestatam, vt in actione Fabiana, vel Caluisiana, Pauliana, Quod metus causa, in interdicto vnde vi, in interdicto fraudatorio, in interdicto quod vi aut clam: in his iudiciis, etiam fructus restituuntur officio iudicis, qui ad reum peruenerunt, vel peruenire potuerunt ante litem contestatam, si mala fides in eo argui possit, quoniam Prætor, qui dat ea iudicia, vtitur pleniore verbo, scilicet restituendi, quod habet pleniorem significationem. Restituere est in integrum restituere, perinde atque si quod fuit nunquam fuisset: restituit igitur & fructus, hoc facit formula. sicut Iurisconsulti veteres fuerunt obseruatores formularum, ita & nos esse debemus, quia ex his pleræque controuersiæ dirimuntur.

Ad l. 14. de Publiciana in rem act.

Papinianus lib. 6. Quæstionum scribit: Si quis prohibuit vel denuntiauit ex causa venditionis rem tradi, quæ ipsius voluntate à procuratore fuerat distracta: & is nihilominus tradiderit, emptorem tuebitur prætor, siue possideat, siue rem petat. Sed quod iudicio empti procurator emptori præstiterit, contrario iudicio mandati consequetur. Potest enim fieri vt emptori res auferatur ab eo, qui venire mandauit, quia per ignorantiam non est vsus exceptione, quam debuit opponere: veluti, si non auctor meus ex voluntate tua vendidit.

PErtinet etiam ad tractatum de rei vindicatione id, quod ex eodem Papiniani lib. refert Vlpian. in *l. Papinian. De Publ. in rem act.* Pertinet enim ad vindicationem, non quidem directam, & ciuilem, quæ domino datur, sed ad vtilem & Pretoriam, quæ datur bonæ fidei possessori ex iusta causa possessionis, non etiam per continuationem possessionis dominio adepto, si forte ante impletam vsucapionem possessionem amiserit, & res ab extraneo possideri cœperit: quę actio appellatur Publiciana à Publicio Prætore, qui eam primus introduxit,

A quod scilicet ęquius sit eum, qui bona fide nactus est possessionem, rem habere, quam extraneum, qui eam tenet sine causa. Ergo actio Publiciana est prodita præcipue aduersus extraneum possessorem. Actio Public. est proprie efficax tātum aduersus extran. possessorem, qui sine causa rem tenet, cuius possessionem amisit bonæ fidei possessor. Aduersus dominum actio Publiciana est inefficax: quia æquius est dominum rem suam potius habere, quam bonæ fidei possessorem, & alium quemquam. Et hoc est quod dicitur, actioni Publicianæ obstare exceptionem dominij iusti, hanc scilicet, si non ea res possessoris sit vnde petitur, *l. pen. & vlt. hoc tit. l. mandatum, mand.* Sunt tamen casus octo, quibus actio Publiciana datur vtiliter aduersus dominum possidētem rem suam, quibus domino potior est bonæ fidei possessor, vel donatarius. Quinque casus refert Accursius in *l. vlt. de Public. in rem act.* Sextus est in *d. l. mandatum.* Septimus in *l. si is cuius, ex quib. caus. mai.* Octauus est in *d. l. Papinianus.* Hunc solum tractabimus, quia hic solus refertur ex libro sexto Papiniani. Ponamus speciem huius legis. Mandaui tibi, vt rem meam Titio venderes: vendidisti, & precium accepisti, rem vero nondum tradidisti: Ego prohibeo vel denuntio ne tradas: (facit differentiam inter prohibitionem & denuntiationem. Denuntiatio fit ante traditionem: prohibitio initio traditionis:) At tu contra quam prohibuissem, vel denuntiassem, nihilominus tradidisti. Inde quæritur, si Titius eius rei possessionem amiserit, & ea res forte ad me peruenerit, an possit Titius vtiliter, id est, efficaciter mecum agere actione Publiciana, quamuis sim dominus rei eius? Et Papinianus dicebat vtilem esse actionem. Nam si ego ei opponam exceptionem dominij, *si non ea res mea est*; Titius replicabit hoc modo, quę formula ponitur in hac *l. si non auctor meus, eam rem ex tua voluntate vendiderit.* Hæc erat formula replicationis, quia non est ęquum, vt Titio auferam rem, quam procurator meus ei vendidit mandatu meo, licet non tradiderit mandatu meo: quia omnimodo obligatus erat tradere, id est, implere venditionem factam mandatu meo. Et similiter, si Titius possessionem eius rei non amiserit, & ego vindicem, Pretor tuebitur eum, nec potero ei rem auferre per vindicationem, quia tuebitur se Titius exceptione rei venditæ & traditę, cuius formulam exposuimus initio: scilicet si Titius pretium soluerit, antequam vetarem ei rem tradi: nam si vetuerim antequam pretium soluisset, postea vindicanti mihi eam rem, exceptio non obstabit, *l. 1. §. 1. de except. rei vend.* secundum quam legem recte Accursius in hac *l.* quod non exprimitur, supplendum censet, *vt tu procurator meus vendideris, & pretium acceperis, deinde vetuerim rem tradere.* Et ita in *l. si à Titio, de rei vind.* in qua ponitur alius casus, quo actio Publiciana datur bonæ fidei emptori aduersus dominum: ponitur eum pretium soluisse, quod poni volumus etiam in hac l. Ergo vt diximus, si Titio res vendita sit mea voluntate, & post tradita non mea voluntate, cum iam is soluisset pretium, mihi vindicanti Titius obiiciet exceptionem rei venditæ & traditæ sibi. Fieri tamen potest, vt non obiiciat per ignorantiam, per errorem. Exceptiones sunt facti, vt nos loquimur, id est, non insunt iudiciis arbitrariis, vel strictis ipso iure, vt possint suppleri officio iudicis: obiiciendę & allegandæ sunt: denique facti sunt, non iuris, nec positæ in arbitrio iudicantium, sed partium. Si exceptionem quam habes, non opponis, sequetur condemnatio; excipienda sunt bonæ fidei iudicia, quibus exceptiones insunt, & etiam non oppositæ supplentur officio iudicis. Summa vis est, vt dicebat Scæuola, iudiciorum bonæ fidei. Et inde obseruandum, non esse verum, quod plerique putant, actiones arbitrarias imitari actiones bonæ fidei. Actio in rem est arbitraria siue sit ciuilis, siue honoraria, id est, Publiciana, & tamen omissa exceptio non suppletur officio iudicis, sed pro omissa est, eritque id tibi fraudi qui exceptionem quæ

tibi competebat omisisti: quæ tamen tibi fraudi non est in bonæ fidei iudicio. Et ideo in actione in rem, quæ arbitraria est, non veniunt fructus capti ante litem contestatam, qui tamen veniunt in iudicio bonæ fidei. Non igitur actio arbitraria imitatur actionem bonæ fidei. & vero media est inter actionem strictam & bonæ fidei, sed magis accedit ad strictam. Si ergo Titius non vtatur exceptione rei venditæ & traditæ, condemnabitur, sed condemnatus habebit regressum vt Græci ἀναφορὰν, aduersus procuratorem meum, qui ei vendidit, habebit, inquam regressum actione ex empto quod ego ei rem abstulerim, seu euicerim. Rursus id à me procurator recipiet quod soluerit Titio euictionis nomine actione mandati, quia non potui efficere prohibitione, vel denuntiatione mea, quo minus rem traderet, quam vendiderat, & cuius pretium acceperat: inanis est igitur prohibitio mea, quia intempestiua, post solutum pretium, videlicet, quæ est sententia *l. Papinianus.*

Ad l. 47. de manum. test.

Cum ex falsis codicillis per errorem libertas, licet non debita, præstita tamen ab herede fuisset, viginti solidos à singulis hominibus inferendos esse heredi, Princeps constituit.

§. 1. *Sed si conditionis implendæ gratia seruum institutus manumiserit, ac postea filius de inofficioso agendo tenuerit, vel testamentum falsum fuerit pronuntiatum, consequens erit, idem in hac specie fieri, quod in falsis codicillis constitutum est.*

IDem Papinianus eodem libro, quod tractat *l. 47. de manum. testam.* potest etiam referri ad vindicationem, puta, ad petitionem hereditatis de inofficioso vel falso testamento. Finge: Heres ex falsis codicillis cum per errorem existimaret esse veros, seruo libertatem præstitit, postea cognouit esse falsos: cognouit errorem suum: an potest reuocari libertas? Minime: nam iure data est à domino, seruo suo scilicet; sed æquum est ei subueniri, ne damnum serui faciat temere & inconsulto manumissi, ita scilicet vt cogatur seruus manumissus ei præstare æstimationem sui, id est, viginti aureos, ex Constitutione Adriani non fauore libertatis: neque enim vllo modo poterat reuocari: sed in gratiam dominorum qui errore decepti seruos manumiserunt, *l. 2. C. de fideicomm. libert. l. pen. in fine, de iure patronat.* Adrianus definit æstimationem serui; voluit enim pro capite singulorum qui manumissi essent solui vicenos aureos. Hæc fuit æstimatio vulgaris seruorum, & alij quidem aliis pretiosiores erant, sed æstimatio vulgaris erat viginti aureorum. *l. si fundum §. si libertas de leg. 1. l. 4. C. de seru. fugit.* Ergo cum heres per errorem ex falsis codicillis præstitit libertatem beneficio constitutionis Diui Adriani, seruus manumissus cogetur ei soluere & dependere pro pretio sui viginti aureos. Hoc cum ita esset constitutum ab Adriano, à Iurisconsultis porrectum est etiam ad sequentem speciem. Finge: Heres institutus est sub conditione, si seruum suum proprium manumiserit, conditionis implendæ causa manumisit seruum suum proprium, non hereditarium: deinde testamentum rescissum est querela inofficiosi, & euicta hereditas heredi scripto, vel etiam testamentum falsum esse pronuntiatum est. non reuocabitur libertas quæ iure data est à domino: sed æquum est, ne frustra heres seruum suum perdat sine emolumento aliquo, vt serui pretium à manumisso recipiat, id est 20. aureos *l. si sub cond. de inoffic. testam.* Et hi sunt duo casus qui notantur in hac lege. His tria obstant. Primum *l. 31. si mulier, de minor.* cuius species est. Heres scriptus adiuit hereditatem, & seruo hereditario præstitit libertatem fideicommissariam; postea restitutus est in integrum beneficio ætatis abstinendi causa; ad quem transeunt bona? Ad proximũ

A successorem, non iure legitimo: nam qui se abstinuit, heres quidem manet iure ciuili: sed iure prætorio transeunt ad proximum successorem data possessione, quia Prætor, qui dat facultatem abstinendi, non habet eum pro herede, etiam si heres sit iure ciuili. Si igitur proximus successor, ad quem per abstentionem bona heredis scripti perueniunt, desideret à seruo manumisso sibi pretium præstari 20. aureorum, si velit retinere libertatem. an cogetur seruus eos præstare? minime. Cur hic aliter definitur, quia hic seruus de quo agitur in *l. si mulier,* iure optimo libertatem consequutus est, id est, ex testamento iusto, id est, solemni, & vero, & non deserto, quandoquidem heres adiuit, nec abstentione desiit esse heres, nec etiam rescisso testamento pro libertate quam

B quis optimo iure habet, est æquum inferre æstimationem sui. At in specie legis 47. seruus quidem libertatem habet iure, quia est manumissus à domino, sed non optimo iure: vno casu per causam falsorum codicillorum qui imposuerunt heredi: altero casu per falsi testamenti vel inofficiosi causam. Secundo obstat *lex vlt. C. de petit. heredit.* ex qua hoc eliciunt contra *l. 47.* ex testamento quod falsum pronuntiatum est non competere libertatem, & tamen in specie huius legis videtur competere libertas ex falso testamento, vel ex codicillis falsis. Et plenior sententia leg. vltimæ est. Duo sunt qui certant de hereditate, legitimus & scriptus: in testamento relictæ sunt libertates duæ fideicommissariæ, vel directæ, an in suspenso etiam erunt libertates quamdiu lis pendebit de hereditate? non est æquum diu moram fieri liber-

C tatib. & vero Iustinianus huic rei ita prospexit, vt velit libertates manere in suspenso annum duntaxat: si diutius moram trahat lis, nec constare possit à quo debeant serui manumitti, competet libertas post annum ipso iure, nec reuocabitur libertas, etiamsi iudicetur contra heredem scriptum: Sed vt exprimit Iustin. si iudicetur testamentum falsum, atque ita vincatur scriptus, non intelligentur serui ipso iure peruenisse ad libertatem: atque ita apparet ex testamento quod falsum pronuntiatum est, libertates non competere. Respondeo sic, non iure competere, id est, non videri esse liberos; non conseruari præstitas libertates nego. Postremo, quod valde obstat, nec tamen obiicitur, est *l. Papinianus, §. vlt. de inoffic. testam.* secundum quam est accipienda *l. 4. eod. tit. & l. vxorem, in fi. de manum. testam.* Finge: Testamentum

D inofficiosum pronuntiatum est, in quo serui quidam erant manumissi: vel etiam idem testamentum, iniustum pronuntiatum: vtraque sententia totum testamentum infirmatur. Ergo & legata, & libertates. Sed ex Nouella Iustiniani, non infirmatur ex causa inofficiosi totum testamentum, sed heredis institutio sola, cętera firma manent. Ante Nouellam Iustin. querela inofficiosi omnia rescindebat: querela iniusti sane si is qui agit obtinuerit declarat omnia esse nulla ipso iure ab initio. libertates igitur sunt nullæ testamento pręstitæ, vel directo, vel per fideicommissum, si testamentum pronuntietur inofficiosum, vel iniustum, & reuocantur quasi non iure datę in testamento iniusto, vel quasi rescisso querela inofficiosi. Reuocantur, inquam, nisi quinquennium mo-

E rati sint in libertate, antequam moueretur querela inofficiosi, vel iniusti: quo casu retinent libertatem, modo victori referant pretium sui, id est 20. aureos. Quæro cur hoc casu exigis, vt quinquennium morati sint in libertate, & prioribus casibus id non exigis? Breuiter sic est respõdendũ: prioribus casibus iusta fuit, & vtilis manumissio, quę non indigebat cõfirmatione quinquennij. Nam heres manumisit seruũ suum, & effectũ habuit manumissio statim. At in casu *d. l. Pap. & d. l. vxorẽ,* vel nõ valuit ab initio manumissio ex iniusto testamento, vel ex post facto rescissa est per querelam inofficiosi: reuocabitur ergo, nisi accedat cõfirmatio quinquẽnij: ęgre in seruitutẽ reuocantur qui in libertate fuere quinquennio. Nam & de statu defunctorum post quinquennium non quęritur.

Ad l. 8. vt in poſſ. legat.

NOn poſſum referre ad vindicationem *l. ſi legatorum* 8. *D. vt in poſſ. legat.* cuius ſententia eſt: Legatum relictum eſt ſub conditione. pendente ea caueri debet legatario, ſi hoc deſideret, de ſoluendo legato, vbi conditio extiterit. à quo? an ab herede ſcripto, vel ab herede heredis, vel à fideicommiſſario Trebelliano, cui heres reſtituit hereditatem, *l. 1. §. non ſolum, vt legat. nom.* nam alia ſunt onera creditorum, alia legatariorum vel fideicommiſſariorum. Onera creditorum diuiduntur inter heredem & fideicommiſſarium pro dodrante & quadrante: onera autem legatariorum aut fideicommiſſariorum non diuiduntur, ſed ſolida tranſeunt in fideicommiſſarium Trebellianum *l. 1. §. ſi is qui, ad Trebell.* Merito igitur ab eo exigitur cautio legatorum, & ſi eam non præſtiterit, ex ordine legatarius mittitur in poſſeſſionem rerum hereditariarum omnium, quæ in cauſa hereditatis manſerunt, vel etiam, quæ dolo fideicommiſſarij in cauſa hereditatis eſſe deſierunt: nam & hæc finguntur manſiſſe, *l. is cui, §. qui in poſſeſſionem, hoc tit.* & hoc eſt quod ait Papin. in hac lege.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. VII. Quæſtionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 5. De vſufructu.

Vſusfructus & ab initio pro parte indiuiſa, vel diuiſa conſtitui, & legitimo tempore ſimiliter amitti, eademque ratione per legem Falcidiam minui poteſt. Reo quoque promittendi defuncto, in partes hereditarias vſusfructus obligatio diuiditur. Et ſi ex communi prædio debeatur; vno ex ſociis defendente, pro parte defendentis fiet reſtitutio.



IN hac l. hoc vnum agit Papinian, vt oſtendat vſumfructum ſeruitutem eſſe diuiduam: cæteræ ſeruitutes ſunt indiuiduæ. Ratio differentiæ conſtabit ex definitione vſusfructus: quid eſt vſusfructus? *ius vtendi fruendi, quod homini competit in re aliena, quamdiu is homo, eaque res ſalua permanet.* Recte, *fruendi*: nam ſi vtendi tantum, vſus eſt, non vſusfructus: vſus eſt indiuiduus, vſusfructus diuiduus. Recte etiam, *quod homini competit in re aliena*: nam per vſumfructum res aliena ſeruit homini, *l. dominus, in princ. hoc tit.* Alia eſt ſeruitus quam homo homini debet, aut ſeruit ſeruus libero ſcilicet. alia eſt ſeruitus, quam prædium prædio debet, veluti iter, actus, via, ius ſtillicidij immittendi, ius altius non tollendi. Alia autem eſt ſeruitus quam prædium, aut qua alia res homini debet, & ex hoc genere eſt vſusfructus. Vſusfructus igitur eſt ſeruitus hominis, vt loquitur *l. 15. de ſeruit.* id eſt, ſeruitus ex re aliena debita homini, id eſt, perſonæ: Homini igitur libero: nam ſeruus eſt quidem homo, (ſeruus homo, vt dicitur mulier ancilla Saluſtio) ſed perſonam non habet, eſt ἀπρόσωπος, Theoph. *Inſtitut. quibus mod. toll. obl.* Aliud eſt homo, aliud perſona. Perſona eſt ciuile nomen, homo naturale. Recte etiam in definitione, *quamdiu is homo, eaque res ſalua permanet*: nam vt eleganter eſt ſcriptum in *l. pen. C. de vſufruct.* cum anima, & cum rei ſubſtantia vſusfructus exſpirat:

A cum anima, id eſt, cum vita hominis: neque enim vſusfructus tranſmittitur ad heredem, *l. 3. quan. di. leg. ced.* Quod autem eſt præcipuum verbum in definitione? eſt verbum *fruendi*, quo maxime hæc ſeruitus ab aliis ſeiungitur, quoq; vis eius propria maxime demonſtratur: Nam vſusfructus potiſſimum ex fruendo conſiſtit, *l. 1. in princ. eod.* Frui autem eſt fructus percipere, quæ res diuiſionem recipit: poſſum enim partim fructus capere, partim non capere. Hinc fit, vt cum aliæ ſeruitutes ſint indiuiduæ, hæc vna ſit diuidua, quæ vſusfructus dicitur. Aliæ ſeruitutes, ſiue ſint hominum, ſiue prædiorum, ſunt indiuiduæ omnes. Cur? quia in vtendo conſiſtunt, & vſus ſui natura indiuiduus eſt: neque enim poſſum vllius rei parte vti, quin re tota vtar, & vt dicebat Pom-
B pon. vſus ita connexus eſt, vt qui eum partiatur, naturam eius corrumpat: dum hanc l. vna vobiſcum ſtudeo, non pro parte vtor hoc libro, ſed toto libro: & fructus poſſum capere pro parte, *l. 17. via, de ſeruit. l. 19. vſus pars, de vſu & hab. l. 5. ſi vt certo §. vlt. commod.* Frui pro parte poſſumus, vti pro parte non poſſumus. Nam ſi vel minimam rem attigero vtendi cauſa, totius rei vſum vſurpare videor. Breuiter, cæteræ ſeruitutes in vtendo conſiſtunt, vſusfructus in fruendo: ex quo ſequitur, cæteras ſeruitutes diuiſionem, vel, vt loquitur lex, *Quadringenta ad l. Falc.* & Tertullianus, diuiduitatem non recipere, vſumfructum vero diuiduitatem recipere. Et hoc Papinian. in *h. l. 5.* quinque argumentis docet. Primum eſt huiuſmodi. vſusfructus poteſt conſtitui, hoc eſt, cedi pro parte diuiſa, & pro parte indiuiſa. Indi-
C uiſa, vt ex omnibus fructibus, qui in illo fundo naſcuntur tertiam partem capias: pro diuiſa vt omnes fructus partis tertię fundi capias. pars diuiſa eſt certa, & ſenſibus percipi poteſt, & totum potius, quam pars eſt. Diuiſio ex vno toto conficit plura. Pars autem indiuiſa eſt diffuſa per totum fundum, & incerta, quę intelligitur tantum, cerni autem, tangi, vel demonſtrari non poteſt. Quum dicis, hæc pars mea eſt, hæc pars tertia vel dimidia, partem diuiſam dicis: demonſtras enim eam: cum autem dicis partem ſimpliciter, pars tertia mea eſt, partem indiuiſam dicis. Aliæ ſeruitutes poſſunt quidem conſtitui pro parte diuiſa, puta, vt ad hanc partem fundi mihi ire agere liceat, *l. 6. de ſeruitut.* Pro parte autem indiuiſa ſeruitutes alteri conſtitui non poſſunt, *l. pro*
D *parte, de ſeruit.* puta, vt ad tertiam fundi partem mihi ire agere liceat, non demonſtratam, quia ſcilicet non poſſum illa parte ire, quam non video, quamque monſtrare nemo mihi poteſt: & ſi alia parte iero, non ea iero, quæ conſtituta eſt. Vnde conſtat, ad partem indiuiſam non poſſe conſtitui alias ſeruitutes; ad partem diuiſam poſſe, quæ totum eſt potius quam pars. Secundum argumentum, quo vtitur, hoc eſt. Eodem quoque modo vſumfructum amitti non vtendo, non tantum pro parte diuiſa, ſed & pro indiuiſa: vt ſi is qui totius fundi vſumfructum habet, legitimo tempore, id eſt, ſecundum ius antiquum per biennium, vel ſecundum ius nouum per decennium inter præſentes, aut vicennium inter abſentes, non perceperit niſi fructus dimidiam partem, alte-
E rius dimidiæ partis vſumfructum amiſit pro indiuiſo. Cæteræ ſeruitutes non vtendo intereunt legitimo tempore quod iam ſupra definiui, ſed pereunt in ſolidum, non amittuntur pro parte indiuiſa, *d. l. pro parte, de ſeruit.* Sequitur tertium argumentum. Vſusfructus minuitur per legem Falcidiam pro parte, id eſt, pro quadrante Falcidiano, ſi ſit exhauſta legatis hereditas. etiam ex legato vſusfructus heres retinet quartam Falcidiam: ſic igitur retinebit quartam partem vſusfructus ſingulis annis. Nam in vſufructu fructus ſpectamus potiſſimum, veluti corpora quædam, non ius vtendi fruendi, qui fructus diuiſionem recipiunt, atque adeo deminutionem legis Falcidiæ. Vſusfructus minuitur per legem Falcidiam, *l. 1. §. ſi vſusfruct. & l. ſed & vſusf. ad leg. Falcid.* & hoc eſt quod ait in princ. huius legis. Breuiter hoc ait:

vsumfructum pro parte constitui posse, & amitti, & minui: at aliæ seruitutes non minuuntur per legem Falcidiam, sed præstantur in solidum legatariis sine vlla deminutione, vt via, iter, actus, hęc solida præstantur: succurritur tamen heredi hoc remedio, *vt fiat æstimatio legatæ seruitutis, quanti sit seruitus viæ, itineris, actus, &c.* & facta æstimatione, vt heres opposita exceptione doli mali, non aliter pręstet seruitutem, quam si legatarius inferat quadrantem æstimationis: atque ita non fraudatur heres Falcidia. Cæterum seruitus integra ceditur, quia res est incorporalis, *l. 8. si is qui, §. vlt. ad l. Falc. l. 5. pure §. 1. de doli except.* Quod Papin. hoc eodem libro scripsit de aliis seruitutibus in *l. 7. ad leg. Falc.*

Ad l. 7. ad l. Falcid.

Lege Falcidia interueniente, legata seruitus quoniam diuidi non potest, non aliter in solidum restituetur, nisi partis offeratur æstimatio.

CONtulit Papin. hoc lib. vsumfructum cum cæteris seruitutibus, & quæcunque scribit in ea lege 5. de vsufructu, ea existimandum est, locum non habere in cæteris seruitutibus, scribuntur enim de vsufructu, vt intelligatur non idem seruari in cæteris seruitutibus, quod idem subiecerat in *l. 7. ad l. Falc.* quæ cum d. l. 5. est omnino coniungenda. Quartum argumentum est huiusmodi. Si is, qui stipulanti promiserat vsumfructũ, decesserit duobus aut pluribus heredibus relictis, obligatio inter coheredes diuiditur pro portionibus hereditariis ex 12. tab. vt scilicet singuli heredes pro portione sua præstent vsumfructum stipulatori: ex quo apparet vsumfructum esse diuiduum. At si is qui promisit aliam seruitutem, decesserit pluribus heredibus relictis, ea obligatio non diuiditur ex 12. tab. sed singuli heredes tenentur in solidum, quia nec possunt partem præstare, *l. 2. de verb. obl. l. heredes 25. §. an ea stipulatio 9. famil. ercisc.* Quintum argumentum quo vtitur Pap. tale est. Si ex fundo communi duorum debeatur vsusfructus, & vnus tantum ex his conueniatur, an condemnabitur in solidum? minime: vno ex sociis conuento condemnatio fiet pro parte tantum, quia æquum non est, eum pro parte socij condemnari; quoniam res diuisionem recipit: sed si ageretur de alia seruitute, cuius causa, vel natura est indiuidua, etiamsi conueniretur vnus tantum ex sociis, & rem defenderet, damnaretur in solidum & restitueret seruitutem in solidum, *l. 4. loci §. si fundus, l. 6. sed etsi forte, §. si ædes, si serui. vind.* & hoc est quod sequitur in hac l. In summa, quæ de vsufructu scribit Papin. in hac lege, ea vult, locum non habere in cæteris seruitutibus. Ea igitur scribit ad differentiam cæterarum seruitutum. Qui dicit vsumfructum esse diuiduum & indiuiduum, cæteras seruitutes indiuiduas, multa dicit & infinita, non has tantum differentias notat, quas hic Papinian. nam ex hoc principio pendent plurima.

Ad l. 4. de seruitut.

Seruitutes ipso quidem iure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia, quamdiu volam, constitui possunt: sed tamen, si hæc adiiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita seruitutem vindicanti, idque, & Sabinum respondisse Cassius retulit, & sibi placere.

§. 1. Modum adiici seruitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur, veluti vt equo duntaxat, vel vt certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur.

§. 2. Interualla dierum & horarum, non ad temporis causam, sed ad modum pertinent iure constituta seruitutis.

A DIximus heri vsumfructum legitimo tempore non vtendo amitti pro parte diuisa vel indiuisa, quod etiam ostenditur in *l. placet, quibus mod. vsusfr. amitt.* quæ & certæ partis, & pro indiuiso ait vsumfr. non amitti: rursus quæ notata est differentia ad *d. l. 5.* ea est inter vsumfructum & cæteras seruitutes omnes, siue personales, siue prædiales: quæ vero notabitur ad l. 4. erit tantum inter vsumfructum & seruitutes prædiales. Nam seruitutes personales eodem iure sunt, quo dicimus esse vsumfructum, differentia est huiusmodi, vsusfructus ex die, vel ad diem constitui potest *l. 4. de vsufr. l. & puto. §. vsusfr. fam. ercisc. l. vnica §. item si ex die, quando dies vsusf. ced.* Ergo potest etiam constitui vsusfructus ex conditione, vel ad conditionem, & finietur, ac extinguetur die, vel conditione: vt si ad conditionem
B sit concessus vsusfructus serui, quandiu scilicet non manumittatur, manumisso seruo extinguitur vsusfructus, *l. interdum, quib. mo. vsusf. amit.* Seruitutes autem prædiales neque ex die, vel ad diem, neque ex conditione, vel ad conditionem constitui possunt iure ciuili. Ex die, puta, cedo tibi iter ex Cal. Ianu. Ad diem, cedo tibi iter ad Cal. Mart. vtrumque dicitur fieri ad diem: nam & quod fit ex die, fit in diem, *l. quoties §. vlt. de her. inst.* Sub conditione autem hoc modo: Cedo tibi iter, si nauis ex Asia venerit. ad conditionem, cedo tibi iter, quandiu viuam, vel quandiu volam, & vtrumque dicitur fieri sub conditione: nam, & quod fit ad conditionem, dicitur fieri sub conditione, *l. pater §. vlt. de cond. & demonstr.* & his omnibus modis seruitus ipso iure
C inutiliter constituitur in prædio vrbano, vel rustico. Proinde seruitutibus prædiorum neque dies, neque conditio adiici potest. Notandum interim est, conditionem illam, *quandiu volam*, multũ distare à conditione, *si volam*, nam sub conditione si volã non recte constituitur vsusfr. neq; enim intelligitur constitutus, quando est in potestate domini, an sit constitutus, *l. sub hac, de obl. & act.* Sub conditione, *quandiu volã*, recte cõstituitur vsusfr. & nihil refert vtrũ dixeris, quandiu volam, an quandiu nolã. Nam vtriusque conditionis eadem vis, ac potestas est. Videntur hæc contraria, sed vnum idemque tempus vtraque oratio demonstrat. His positis, quæ sunt certissima, videamus, quæ sit differentiæ ratio inter vsumfructum & seruitutes prædiorum. Vsuifructui recte adiicitur dies, vel conditio, non etiam seruituti prædiali. Seruitus est
D qualitas prædij, ex qua prædium, vel dicitur dominans, cui adquisita est seruitus, vel seruiens, cui imposita. seruitus, est habitus prædij, *l. qui fundum, quemadm. seruit. amitt.* Celsus in ea lege ostendit, seruitutem itineris retineri non tantum per dominum fundi, sed & per possessorem bonæ aut malæ fidei, si vsus fit itinere quod fundo debetur: retineri, id est, non perire non vtendo: Pereunt enim seruitutes non vtendo legitimo tempore, sed non pereunt, si quis vsus sit, licet sit prædo. Et addit Celsus rationem: fundus enim qualiter se habens, ita cum in suo habitu possessus est, ius non perit, id est, seruitus non perit non vtendo, si vel aliquis possederit fundum cum qualitate sua, id est, si vsus fit aliqua qualitate, causa, & habitu fundi. Et eadem loquendi formula
E idem Celsus vtitur in *l. quid aliud, de ver. signif.* Quid aliud sunt iura prædiorum quam qualiter se habentia, vt bonitas, salubritas, amplitudo? Sciendum est iura prædiorum alia dici stricte seruitutes: & quum seruitutes absolute dicimus, prædiales intelligimus: sed *d. l. quid aliud*, ostendit, iura prædiorum latius accipi pro omnibus qualitatibus prædiorum, & in ea significatione iura prædiorum definit Celsus, vt si morbos definires, corpora male affecta ex adiuncto & subiecto. & subiicit exempla, vt salubritas, bonitas, amplitudo, quæ etiam qualitas est, non quantitas. fundum cum dicis esse tot iugerum, non quantitatem, sed qualitatem dicis, ac si de pinguedine diceres: ex *d. l. qui fundum* intelligimus, seruitutem esse habitum prædij, hoc est, qualitatem inhærentem

inhærentem prędio, quasi habitum. Esse igitur firmam, constantem, perpetuam: vt in definitione Iustitiæ *Constans, & perpetua voluntas*, id est, habitus voluntatis par sibi semper, qui nec die finiri potest, neque pendere ex die, sed est perpetuus, & secundum hæc, seruitus existit statim, & vbi existit semel, die non finitur, non mutatur, non euellitur, etiam si ita conuenerit. Denique conuentio sola non mutat habitum prædij. At vsusfructus est etiam qualitas. fateor, nam ex ea fructuarius dicitur, id est, qualitas ex qua qualis dicitur, is scilicet ex cuius persona constitutus est vsusf. atque ita secernitur à proprietario. Et cum dicimus non esse vsumfructum itineris, sicut non esse aquæ haustum, aquæ ductum, ex quo seruitutis seruitus esse non potest, *l. 1. de vsuf. leg. l. 33. §. vlt. de seruit. rustic.* hoc dicitur, quod qualitas qualitatis esse non potest, accidens accidentis. Ergo facile concedo, vsumfructum esse qualitatem in homine, cui cohæret, & cum quo extinguitur, sed dispositionem esse, διάθεσιν, non habitum: qualitatem igitur infirmam & instabilem pro voluntate hominis, id est, fructuarij, & secundum quod conuetum fuerit inter contrahentes. Papinian. cum ait constitui, quod est, adquiri & imponi vni scilicet prædio, imponi, & adquiri alteri: nam promitti potest seruitus prædialis ex die, & conditione, *l. existimo, de verb. oblig.* vt si stipulanti promittam me daturum iter Cal. prox. vel etiam si nauis ex Asia venerit, stipulatio valet. Aliud est constituere, aliud promittere: constituta vindicantur, promissa non vindicantur, sed agitur in personam vt præstentur. Item constituta seruitus pro parte retineri potest fundo communicato alteri, *l. vt pomum §. 1. hoc tit.* promissa seruitus pro parte adquiri non potest, & ideo stipulatio seruitutis fundo communicato corrumpitur, quia pro parte non potest constitui *l. pro parte, hoc tit.* Atque ita promitti quidem potest ex die vel conditione, sed addamus, non posse etiam promitti vtiliter ad diem, vel conditionem, vt scilicet finiatur die vel conditione; vt incipiat quidem recte, sed vt finiatur non recte: & generaliter nulla obligatio contrahi potest ad diem vel ad conditionem, vt scilicet permaneat ad eum vsque diem tantum, vel ad eam conditionem: nam semel nata obligatio, tempore, vel conditione non finitur, *l. obligationum, §. 1. & §. conditio, de oblig. & act. l. eum, qui, §. qui ita stipulatur, de verb. obl. §. at si ita, Inst. eod. l. nemo potest, de leg. 1.* sed explicanda est ratio. Placet valde ratio *d. l. obligationum, §. 1.* Nam quod semel deberi cœpit, certis modis deberi desinit, cui simile est quod est scriptum *l. ex stipulatione, C. de senten. & interloc.* Obligatio contracta ex stipulatione certo tantum iure tollitur, id est, certis modis, non qualibet pactione nuda: nam omnium rerum, vel simplicium, vel compositarum, certi sunt modi, quibus vel fiunt, vel desinunt esse: neque enim temere, & vno modo creantur omnia, neque eodem modo tolluntur, sed certis præscriptisque modis. Sic in obligationibus & omnibus, quæ artis vel iuris sunt, certi sunt modi, quibus ea, tolluntur, vel inducuntur. Certi sunt modi contrahendæ obligationis, veluti contractus iurisgentium, aut iuris ciuilis qui quidem sunt certi, vel etiam pactiones legitimæ, id est, iure ciuili comprobatæ. certi quaque modi tollendę obligationis, veluti solutio, & cætera quæ pro solutione sunt, vt compensatio, in solutum datio rei alterius, quam quæ in obligationem venit, & nouatio, & acceptilatio, & dissensus, qui interuenit re integra, quando consensu nudo contracta est obligatio. Ad summam, hi tantum sunt modi tollendę obligationis, qui continentur tit. *Inst. quib. mo. tol. obl.* hi tantum sunt modi tollendæ seruitutis, qui continentur tit. *quib. mod. seru. amit.* hi tantum sunt modi tollendæ patriæ potestatis vel dominicæ, qui continentur tit. quibus modis ius pot. solu. nec licet nobis alios addere: Sicut nec enumerationi actionum bonæ fidei alias addere, enumerationi stipulationum inutilium alias addere. Denique

A certi sunt tantum modi tollendæ obligationis. Cic. pro Cecinna: *Si maiores nostri per has rationes liberari nos voluerunt, certe intelligimus alio modo nos liberari noluisse.* An pactione nuda tolletur obligatio? Minime: an tempore vel conditione? minime, etiamsi conuenerit, vt duraret obligatio ad diem vel conditionem. Ergo post diem, vel eam conditionem eadem obligatio manet, & ex ea agi potest ipso iure. verum ex æquitate actio eliditur exceptione pacti, vel doli mali, quod dolo faciat, qui facit contra fidem pacti. Et ita obligatio & actio, quæ ipso iure non tollitur tempore, vel conditione, id est, iure ciuili, prætorio tollitur: id est, prætoria exceptione pacti, vel doli. Tollendæ obligationis iure ciuili sunt certi modi, ex iure prætorio incerti, & infiniti: nam quotiescumque æquitas desiderat tolli obligationem aliquã

B dat prætor exceptionem. In remediis prętoriis tollendæ obligationis, factum versatur, id est, exceptio, quandoquidem si omittatur exceptio, obligatio non tollitur. si vis tollere obligationem remedio prætoris, necesse est, te obiicere exceptionem. Et hoc est, quod dicitur, in remediis prætoriis, quibus tollitur obligatio, factum, in ciuilibus ius versari, vt solutione & cæteris modis obligatio tollitur: etiamsi non obiicias, ea interuenisse creditur, *l. si vnus, §. pactus, de pact.* Quod igitur ipso iure non fit, sæpe fit per exceptionem. Et ita in specie huius legis: *ipso quidem iure*, vt ait, *seruitutes neque ex tempore, neque ad tempus constitui possunt*, sed si quis eas vindicet non habita ratione temporis vel conditionis, quia facit contra placitum, licet non contra ius: huic inquam vindicanti contra placita obstabit exceptio pacti, vel doli mali, quæ semper concurrit cum exceptione pacti. Ex-

C ceptio doli generalis est: pacti, specialis; & honestior est pacti, quia in factum concipitur, non in dolum, id est, doli mentionem non facit: turpis est quodammodo exceptio doli, quanquam nullæ exceptiones iure turpes & infames sunt. Ergo generaliter Papinian. concludit, nullam ex tempore constitui seruitutem prædiorum alienorum, sed constitutam retineri exceptione. Et hoc ait placere Sabinianis, quo satis demonstratur, dissensisse Proculianos: Sabinianos spectasse æquitatem. Procul. asseruisse ius summum, nec dedisse exceptionem: nec vlla res inter eos peperit maiorem dissensionem, quam quod alij æquitatem spectarent, alij ius strictum. Non constabat igitur inter omnes, an reme-

D dio exceptionis vtilis esset adiectio temporis, vel conditionis in imponenda seruitute: sed, vt postea subiicit, constabat inter omnes, modum recte adiici seruitutibus, quod cum ait, diem aut conditionem adiici posse non constabat. nam quod ait, vtiliter adiici tuitione prætoris siue beneficio exceptionis pacti, aut doli, hoc soli Sabiniani probauere: at modum posse adiici constabat inter omnes. Separat igitur modum à conditione. conditio retardat vsum seruitutis, aut etiam finit: modus non retardat, non finit vsum seruitutis, sed incommodiorem eum reddit. Et vtitur Papinianus exemplo seruitutis actus. Actus est ius agendi iumentum, vel vehiculum per fundum alienum. In hac seruitute constituenda potest adiici modus, *l. 11. quemadmod. seruit.*

E *amit.* quo scilicet genere vehiculi agat, aut ipse agatur, & quo non; num hoc vehiculo vtatur, ne alio forte quam rheda, vel vt equo dumtaxat, id est, vt vehiculo iungat equum, non aliud animal: vt equo tantum vtatur ad vehendum sub iugo: vel etiam, vt certum pondus, certum onus tantum vehatur, *d. l. 11.* vel vt grex ille, traducatur qui erit constitutus actu, grex equorum forte, non ouium, vel carbo portetur, non alia materia. Sic modus recte adiicitur seruitutibus, quia neque finit, neque moratur vsum seruitutis. Modus etiam adiicitur seruitutibus, si vsus seruitutis secernatur temporibus, vt puta si id agatur constituto itinere, vt eat tantum ab hora octaua ad decimam, vt die non noctu, vt alternis mensibus, vel diebus. his conuentionibus fit incommodior

vsus seruitutis, sed non ei affertur mora aut finis. Et hoc est, quod ait, interualla dierum & horarum non pertinere ad tempus, sed ad modum constitutę seruitutis. Qui præscribit horas vel dies vt vtatur seruitute is cui cessa est, modum præscribit constitutæ seruituti, non etiam illam tempore circumscribit; *l. iter, comm. præd. l. si prius, de aq. & aqua plu.*

Ad l. 36. de seruit. vrb.

Binas quis ædes habebat vna contignatione tectas, vtrasque diuersis legauit. dixi, quia magis placeat tignum posse duorum esse, ita vt certæ partes cuiusque sint contignationis, ex regione cuiusque domini fore tigna: nec vllam inuicem habituros actionem, ius non esse immissum habere, nec interest, pure vtrisque, an sub conditione alteri ædes legatæ sint.

QVæstio huius legis hæc est: Qui habebat binas ædes vna contignatione tectas, vnam legauit Primo, alteram Secundo. Contignatio est lignorum contextura comparata ædium operiendarum causa. Tignum vno ductu, igitur vnum vtrasque tegebat ędes, denique diuisæ erant ædes parietibus, non etiam tignis. Quęritur; an possint Primus & Secundus inuicem agere actione negatoria, ius non esse tigni immittendi: nam cum eadem sint tigna vtrarumque ædium, videntur ex ædibus Primi immitti in ædes Secundi, vel ex ædibus Secundi in ædes Primi? Sed Papinianus ait, nullam eos inuicem habituros actionem negatoriam, ius non esse tigna immissa habere, quia scilicet, nec intelligitur sua tigna immissa habere Primus in ædes Secundi, nec Secundus item sua in ædes Primi: sed intelliguntur cuiusque propria esse tigna, quibus ædes sibi legatæ conteguntur pro regione contignationis: non videntur tigna immissa in ædes nostras, quæ nostra sunt, sed quæ aliena, & alienorum duntaxat nomine, quæ immittuntur in ædes nostras, competit actio negatoria. Denique non competit hæc actio, ius non esse immittendi, cum nihil sit immissum. Contignatio diuiditur regionibus, est regio, quæ pertinet ad ædes Primi, est regio, quæ pertinet ad ædes Secundi, & pro regione contignationis tigna propria sunt. Sunt igitur communia pro diuiso. si contignatio diuidatur regionibus, & tigna igitur, nec teguntur ædes Primi tigno alieno, sed suo, & contra: denique tigna sunt communia pro diuiso, id est, pro regione contignationis: nec intelligitur quicquam esse immissum ex ædibus alienis in alias. Et ita arbor posita in confinio duorum fundorum, si ex vtraque parte radices egerit, est communis pro regione fundi cuiusque. pro diuiso igitur, *l. arbor, comm. diuid. l. 8. de adq. rer. dom.* Lapis quoque, qui in confinio nascitur & extenditur per fundos duorum, est communis pro regione finium fundi vtriusque, ergo communis pro diuiso. Nec obstat *l. si plures, §. vlt. arb. furt. cæs.* dum ait: si radicibus arbor vicini alatur agro, arborem eius esse, in cuius fundo origo est, arborem origini cedere, non alimento. Hæc sententia vera est, sed non est intelligenda de arbore posita in confinio: nam arbor posita in confinio vtriusque est, si ex vtriusque agri alimento alatur, & est communis pro diuiso, id est, pro regione fundi cuiusque. Dices, ergo lapis potest esse communis pro diuiso, tignum commune pro diuiso. Atqui ex *l. 8. in fine, de rei vind.* constat, rem mobilem non posse possideri iure dominij pro diuiso, sed immobilem tantum. Neque est constituenda differentia inter dominium & possessionem: nam si res mobilis non potest possideri pro diuiso, nec etiam esse iure dominij pro diuiso, quod etiam constat naturali ratione: nam diuisio rei mobilis fieri non potest sine eius corruptione, vt tignum, nauis, equus, homo: nam si equum, nauem, bouem diuidas, diuisione desinit esse nauis, homo, equus, tignum: quod de qualibet re

A mobili dici potest. Si rem mobilem diuidis, perdis: pars nauis, non est nauis, pars bouis non est bos, & tamen pars fundi est fundus. Verum ex his, quæ diximus ante apparet, & tignum, & arborem, & nauem esse nostram pro diuiso, id est, pro regione prædiorum. Respondeo, rem immobilem esse non mobilem, arborem, vel lapidem, qui cohæret solo, tignum quod iunctum est ædibus. Quę religiosis adhærent religiosa sunt, *l. 43. de rei vind.* quæ immobilibus adhęrent, sunt quoque immobilia, nihil igitur vetat habere ea pro diuiso: sed si lapis eximatur, qui est in confinio, vel si arbor eruatur, aut succidatur, aut si nauis excidatur, vel si tignum ędibus soluatur, tunc fit res communis pro indiuiso, quæ antea erat communis pro diuiso, quia confunduntur partes, quæ antea ex regione prædiorum discernebantur, B *l. arbor, com. diuid. l. pen. pro soc.* Et secundum has leges, *l. 8. de adq. rer. dom.* est emendanda. *Si*, inquit, *lapis in confinio nascatur, & sint prædia communia pro indiuiso, tunc lapis erit communis pro indiuiso, cum terra exemptus erit.* male, *si sint prædia communia pro indiuiso.* nam si prædia affinia sint communia pro indiuiso, etiam lapis, qui est in confinio, quamuis non sit terra exemptus, erit communis pro indiuiso. Et ideo legendum est: si sint prædia communia pro diuiso. Ergo in specie huius l. tigna sunt communia inter Primum & Secundum pro diuiso: id est, pro regione contignationis: neque videtur quicquam alter immissum habere in ædes alterius: & proinde cessat actio negatoria, ius non esse tigni immittendi. Et in fine ait; C *nihil interesse pure vtrisque legatæ sint ædes, an vni pure, alteri sub conditione.* hoc ait, vt demonstret, quod sicut re coniuncti sunt, quibus eadem res legatur, licet vni pure, alteri sub conditione, *l. idem, §. vlt. de vsuf. accres.* ita quod ad contignationem attinet, quæ vna eademque est, qua binæ ædes contignantur, & coniunctæ sunt, habent tigna communia pro diuiso ij, quibus binæ ædes legatæ sunt, licet vni sint legatæ pure, alteri sub conditione. Et hoc est, quod Papin. voluit in hac l. In l. seq. ait Iulianus idem esse, & si duobus ædes quis cesserit; cedere est dominorum *l. vlt. in fi. com. præd.* Idem igitur est, si quis legauerit binas ædes, quæ erant vna contignatione tectæ, siue cesserit, veluti vendiderit. Idem iuris est in vltimis voluntatibus & contractibus.

D

Ad l. 34. De seru. rust. præd.

Vnus ex sociis fundi communis permittendo ius esse ire agere, nihil agit. Et ideo si duo prædia, quæ mutuo seruiebant inter eosdem fuerint communicata, quoniam seruitutes pro parte retineri placet ab altero, seruitus alteri remitti non potest: quamuis enim vnusquisque sociorum solus sit, cui seruitus debetur: tamen quoniam non personæ, sed prædia debent, neque adquiri libertas, neque remitti seruitus per partem poterit.

§. 1. *Si fons exaruerit, ex quo ductum aquæ habeo, isque post constitutum tempus ad suas venas redierit: an aquæ ductus amissus erit, quæritur?*

E PEndet quæstio huius legis ex eo, quod dicitur, seruitutem prædialem non posse adquiri, vel imponi pro parte indiuisa: non posse etiam remitti aut adimi, *l. pro parte, de seruit.* quamuis ad certam fundi partem constitui possit & remitti, l. 6. Aliud est in vsufructu, cuius differentiæ rationem exposuimus in *l. 5. de vs. fr.* Secundum hanc sententiam Papin. ostendit, quod si duo sint domini fundi pro indiuiso, vnus non potest fundo imponere seruitutem pro parte sua: & consequenter ait, vnum ex sociis non posse etiam remittere seruitutem debitam fundo communi pro parte sua, quæ indiuisa est, & ita argumentatur, si non potest imponere, nec ei fundo adquisitam seruitutem remittere. rectissime, quia eadem est ratio & causa imponendę & remittendæ ser-

uitutis, & eadem causa obligandi & liberandi, *l. 83. §. sacram, de verb. obligat.* Eadem facultas contrariorum, scilicet genere, non specie: nam specie contrariorum contraria est facultas Sic igitur argumentatur: si potest condemnare, ergo & absoluere; si obligare, ergo & liberare; si imponere, & remittere; vel si non potest imponere seruitutem, ergo nec remittere. Placet tamen seruitutem, quæ ab initio recte imposita est, posse retineri pro parte indiuisa, *l. vt pomum* §. 1. *de seruit. l. si quis ædes.* §. 1. *tit. prac.* & principium iuris hoc est, seruitutem non posse constitui pro parte indiuisa, retineri posse; quia facilior est retentio, quam adquisitio, facilior etiam quam actio, *l. 1. de pign.* Retentio fit beneficio exceptionis, cætera procedunt ipso iure, & suo marte (vt ita dixerim) sine opera, sine facto nostro, nec diuisionem recipiunt. Explicemus quod dixi, seruitutem posse retineri pro parte indiuisa. Finge: fundum meũ, cui tuus seruiebat, tibi communicaui: retineo seruitutem pro parte, atque ita proprius tuus fundus communi meo & tuo seruiet. Et similiter, si fundum meum, qui tuo seruit, tibi communicauero, tu retines seruitutem pro parte, atque ita fundus communis meus & tuus, seruit proprio tuo: & in summa per hanc rationem, qua seruitus pro parte retineri potest, fit, vt proprius seruiat communi, vel communis proprio, *l. si communi, in fi. hoc tit.* Per eandem rationem, id est, quod seruitus retinetur pro parte, fit etiam absque dubio vt fundus communis inter nos seruiat fundo communi inter nos & alium: & contra, vt fundus communis inter nos & alium, seruiat fundo communi inter nos tantum. & per hanc rationem fit, vt fundus communis inter nos seruiat fundo communi inter nos, quod notandum. Fundum communem deinceps accipias pro fundo communi inter nos, non inter nos & alium. Quæro ita accipiendo fundum communem, an communis communi seruire possit? Et est vnus casus in *dic. l. si quis ædes*, §. 1. quo fundus communis communi seruit. Est & alius in *hac l.* in qua fundus communis communi seruit propter illam regulam, quæ vult, seruitutem pro parte retineri posse. Denique quoquo modo accipias, commune communi seruire potest, propter illam rationem. Sed obstat vehementer, *l. si comm. in princ. hoc. tit.* Communi fundo meo & tuo seruit fundus Sempronianus: fundum Sempronianum in commune redimimus, atque ita incipit esse fundus communis inter nos dominans & seruiens. Confunditur seruitus adquisitione dominij fundi Semproniani, quia par vtriusque domini ius in vtroque fundo esse incipit. Commune igitur non potest seruire communi: quod pugnat cum hac *l. & d. l. si quis ædes.* §. 1. in quo laborat maxime Accurs. Sed mihi videntur distinguendi hi tres casus: Casus *leg. si quis ædes* §. 1. & casus *l. vnus.* in quo idem obtinet quod in casu *d. l. si quis ædes.* Tertius casus *l. si communis*, qui est longe dissimilis ab illis duobus. Primus hic est, communicas mihi fundum seruientem, communico tibi fundum dominantem: communis fundus communi seruiet: quia seruitutem retineo, quam mihi debuisti ante: retineo pro parte tua, *d. l. si quis ædes.* Secundus casus qui est *l. vnus*: Meus fundus tuo seruit, & tuus meo. communicas mihi tuum, communico etiam tibi meum: non fit confusio seruitutis omni modo: nam & hoc casu fundus communis communi seruit. Nam seruitutem, quam ante mihi debuisti, retineo pro parte tua; & similiter seruitutem, quam tibi antea debui, tu retines pro parte mea. Denique hoc casu vtraque ex parte retinetur seruitus pro parte quantumuis indiuisa: an poterit remitti alteri ab altero? Minime, siue retineatur solida seruitus, siue pro parte tantum. non potest adquiri seruitus pro parte, nec libertas etiam. Quia ergo non est confusa seruitus, sed retinetur per partes, non poterit alteri ab altero remitti, id est, non poterit remissione tolli, quæ penitus non est sublata confusione. Dices: videtur posse remitti alteri ab altero, quia iam non debe-

Quæst. Papin.

A tur vtrique, sed vni soli ex sociis, cur & ei soli non remittetur? Respondet Papinianus, non personæ, sed prædio deberi seruitutem: non esse seruitutem personalem, sed prædialem, & quoties dico, mihi deberi seruitutem, intelligo propter prædium meum: quod euidentius apparebit, si persona alienet prædium: neque enim amplius pers[...]æ debebitur: non potest seruitus remitti pro parte, quin remittatur tota. Ergo ex *l. vnus, & d. l. si quis ædes*, quamquam sint diuersi casus, colligitur, fundum communem communi seruire posse. Dissimilis est tertius casus *l. si communi.* Casus hic est: Communi fundo meo & tuo seruit Sempronianus: eum in commune acquisiuimus: communis communi non seruiet. Qua ratione communis communi non seruiet, duobus B superioribus casibus seruit? propter retentionem partis: hic casu tertio non suppetit retentio partis. nec igitur potest communis communi seruire. Cedo, cur non suppetat retentio partis? quia non possum pro parte tua retinere seruitutem, quam mihi ante non debuisti, vel non potes tu pro parte mea retinere seruitutem, quam tibi ante non debui. Quid est retinere? est ex eo, quod solidum mihi ante debuisti propter fundum tuum, partem retinere pro indiuiso. Atqui fundus meus, vel tuus non fuit, qui seruiebat, sed Sempronij, qui desiit seruire abalienato fundo. necessaria est igitur adquisitio in communi fundo, nec suppetit retentio partis: proprius proprio non seruit: & ideo si dominus fundi seruientis adquirat dominantem in solidum, vel contra dominus fundi dominantis adquirat fundum seruientem C in solidum, perimitur seruitus, quia nec potest conseruari pro parte, nec pro solido, quia res sua non potest rei suæ seruire, nec pro parte, quia non suppetit retentio partis.

Ad §. vltim.

Ex priore quæstione *l. vnus, de seruit. rust. præd.* intelleximus, vnum ex dominis rei communis seruitutem debitam fundo remittere non posse, solidam certe non posse inuito socio, sed neque pro parte indiuisa, quæ ei competit, licet socio ea seruitus non competat pro parte sua. Ergo nec remitti seruitutem pro parte, id est, libertatem adquiri pro parte non posse ei, qui solus D seruitutem debet, licet solus eam non debeat pro parte sua. seruitutis & libertatis adquisitionem indiuiduam esse, retentionem diuiduam, quia & personalis magis est, quam realis, & personalis potius, quam realis, & facti magis quam iuris. Sequitur alia quæstio in §. *vlt.* Constat seruitutes admitti non vtendo biennio, secundum ius antiquum: ex constit. Iustiniani decennio aut vicennio. Finge: fons, ex quo ducebam aquam iure seruitutis, exaruit, atque ita per biennium vsus non sum ea seruitute: post fons ad suas venas prodiit, & ex eodem fonte fluere cœpit aqua: quæritur, an mihi liceat aqua vti, an aquæductus videtur amissus non vtendo? non videtur, quia neque per culpam, neque per negligentiam meam videtur factum vt non vterer aqua: hac seruitute fonte profluente cum vti licet, si non vterer E fonte torrido, non sum culpandus si non vtar, quo vti non possum. Nescimus quid ad hanc quæstionem responderit Papinianus: Nam hic tantum proponitur quæstio, non definitur, sed definitur rescripto Octauij Augusti in *l. seq. ex Pauli libris*, his verbis. *Et Atticilinus ait, &c.* quo loco Cæsarem accipio pro Augusto, vt Alphenus Iurisconsultus in *l. Cæsar, de Publican.* Cæsar, hoc est, Augustus, quem constat censoria potestate lustrum condidisse, publica locasse, senatum recensuisse, &c. Fuit autem Alphenus sub Augusto ex sutore Iurisconsultus, & Atticilinus eadem ætate, cum laudetur à Fufidio *l. 5. de au. & arg. leg.* & consulat etiam Proculum qui fuit eadem ætate, vt constat ex *l. Atticilinus, de pact. dot.* & Statilius Taurus ad quem rescripsisse dicitur Cæ-

K ij

ſar hac de re, is eſt, qui Conſul fuit cum Auguſto, qui triumphauit. Et Tertull. mœnia Carthaginis conſtruxiſſe ſcribit libro de Pallio. Definitio igitur quæſtionis eſt, non vtendo quidem amiſſam ſeruitutem eſſe tempore legitimo, ſed ex æquitate eam renouari, & reſtitui fonte reuerſo: & ita ſi fundus, per quem via aut iter aut actus debetur, inundatione fluminis occupatus ſit, & poſt biennium reſtitutus in priſtinum ſtatum, ſane reſtituetur etiam & renouabitur ſeruitus, quæ videtur ſummo iure non vtendo periiſſe, *l. ſi locus, quem. ſer. amitt.* Idemque erit, ſi quis per vim tanto tempore prohibitus ſit vti ſeruitute, quanto ſeruitus amittitur: Nam & huic ſeruitutem reſtitui æquum eſt, *l. 1. §. ſi propter, de itin. act. priu.* Obiicitur huic definitioni *l. 1. §. vlt. C. de ann. except.* quæ adeo mouit Accurſium, vt cenſuerit hac in re ſeparandas eſſe res corporales à ſeruitutibus, quo nihil opus eſt. ex ea lege colligunt, non vtendo non amitti ſeruitutem, quando per eum, cui ſeruitus debetur, non ſtat, quo minus vtatur. Male: nam ſententia *d. l. 1. §. vlt.* eſt, præſcriptionem temporis, qua excluditur actio non nocere actori, quo agere cũ effectu non potuit, id eſt, actori non computari tempus quo agere non potuit: exempli gratia, ſi vt quaſi filiofamilias ſit adquiſita actio temporalis, ei non currit tempus, quo fuit in poteſtate patris, nam eo tempore inuito patre non poteſt agere. Igitur ex eo die actionis tẽpus currit, quo factus eſt ſui iuris, anterius tempus non currit, quo non potuit agere, quia lex impedit exercitationem actionis ſoli filiofam. exceptis quibuſdam caſibus: non tantum ſerui, ſed nec filiifam. cauſas orare poſſunt, inuito patre ſcilicet, niſi de peculio. Et hoc etiam congruit cum *l. vlt. §. pen. quis ord. in poſſ. ſeru.* quæ loquitur etiam de filiisfamil. qui non poſſunt petere bonor. poſſeſſ. ſibi delatam inuito patre, aut ſi petant, fruſtra petunt, niſi pater ratum habeat. Quamobrem filiofamil. non cedit tempus petendæ bonorum poſſeſſionis, quamdiu eſt in poteſtate patris: & ita creditoribus hereditariis, quibus competit actio temporaria, non cedit tempus, quo heres conficit inuentarium. Nam Iuſtin. conſtitutio vetat eo tempore agi aduerſus heredem, quo iure vtimur, à creditoribus, vel legatariis. An igitur intercidit interim actio tempore, quæ creditoribus competit? Minime: non currit creditoribus tempus, quo eos agere lex vetat, *l. vlt. §. donec, C. de iur. delib.* Reſp. præſcriptio eius temporis non obeſt actori, quo agere cum effectu non potuit, quia lex impedit: ſecus ſi alia cauſa impedierit actionem, vel vſum ſeruitutis, ſi natura rei ſcil. non lex, quæ hac de re certa fuerit, ſed defectus aquæ quo fons exaruerit: non ideo minus peribit aquæductus, quia lex non inhibuit vti.

Ad l. pen. com. præd.

Si precario vicinus in tuo maceriam duxerit, interdicto quod precario habet, agi non poterit, nec materia poſita, donatio ſeruitutis perfecta intelligitur: nec vtiliter intendetur, ius ſibi eſſe inuito te ædificatum habere, cum ædificium ſoli conditionem ſecutum inutilem faciat intentionem. Cæterum ſi in ſuo materiam precario qui ſeruitutem tibi debuit, duxerit: nec libertas vſucapietur, & interdicto, quod precario habet, vtiliter cum eo agetur. Quod ſi donationis cauſa promiſeris: & interdicto agere non poteris, & ſeruitus donatione tollitur.

DVæ proponuntur ſpecies in *hac l.* Finge: Vicinus tibi debet iter, tu ei conceſſiſti precario, non abſolute, non perfectæ donationis cauſa, vt in tuo maceriem duceret, id eſt, ædificaret, quam Græci τειχίον, & male maceriem definiunt eſſe congeſtum lapidum cum cæmento. Imò eſt paries ex puris cæmentis, ſine arenato & calce: duxit maceriem, an ages precario interdicto, vt demoliatur maceries? Precarium eſt quod datur vtendum ea lege, vt reuocetur cum libuerit concedenti: & hoc diſtat à commodato: nam commodatum datur etiã vtendum, ſed non reuocatur ſtatim ac libet commodatario, ſed vbi is cui commodata res eſt, vſum expleuit, cuius cauſa commodatum eſt contractum. Precarium reuocatur, quando libet interdicto de precario. Tu igitur, qui conceſſiſti vicino precario, vt in tuo maceriem poneret, an potes cum eo agere, quum libuerit, vt maceriem demoliatur? Minime, cum poſſis eam demoliri quæ eſt poſita in tuo ſolo. Ceſſit enim maceria ſolo ſecundum eam regulam, ſuperficies ſolo cedit, ſuperiora inferioribus, *l. hoc quod dictum, de ſeruit. vrb.* Subiicit Papinian. *maceria poſita in tuo non videri perfectam donationem ſeruitutis*: qui locus malę interpretatur vulgo: Nam donationem accipiunt pro ceſſione ſeruitutis, cum donatio hic ſit remiſſio ſeruitutis, non ceſſio, ſiue conſtitutio ſeruitutis: & tota lege ſane donatio ſeruitutis eſt remiſſio, condonatio ſeruitutis quæ fit precario, donatio ſeruitutis imperfecta eſt donatio, dicitur quidem precarium donationi ſimile, *l. 1. de precar.* ſed hoc diſtat inter precarium & donationem, quod illud reuocari poſſit, hæc non poſſit. Ergo dum ait, maceria poſita in tuo, & te vicinus precario rogauit, non videri perfectam donationem ſeruitutis, hoc ait; non videri remiſſam ſeruitutem itineris, quam tibi debuit vicinus, quia ſeruitus precario non remittitur perfecte, atquę adeo non vſucapis ſeruitutem, aut vicinus libertatem, etiamſi tanto tempore maceriem in tuo habuerit, quanto vſucapitur libertas, & ſimiliter maceria poſita in tuo non videtur contraria ſeruitus impoſita, vt vicinus in tuo ędificatum habeat, quia precario ſeruitus non imponitur perfecte, nec eius generis poteſt eſſe vlla ſeruitus, vt in tuo ædificatum habeam, quod non poſſum in tuo, quod meum ſit. ædificatum habere poſſum habet in tuo immiſſum, quod ſit meum, quia quod in te immiſi, illud eſt meum, *d. l. hoc quod dictum.* non eſt meum quod ædificatum habeo in tuo. Altera ſpecies hęc eſt. Vicinus tibi prębuit iter, tu precario ei etiam conceſſiſti, vt in tuo maceriem duceret, quæ iter impediret: hoc etiam caſu vicinus non vſucapiet libertatem, nec liberat ſuum fundum ſeruitute itineris, etiamſi tanto tempore maceriem precario ædificatam in ſuo habuerit, quanto libertas vſucapitur, *l. ſi ædes, de ſeruit. ruſt. præd.* Sed an interdicto precario poterit cum eo agi vt maceriem tollat? ſic ſane. Modo precarium interdictum dicitur, modo interdictum quod precario conceſſit, *l. illud, §. pen. de pet. hered.* Hoc loco dicitur interdictum, quod precario habet, à primis verbis edicti, *l. 2. de precar.* quia igitur precario tantum illud conceſſiſti, non amittes iter vt ſuperiori caſu: ſed ſi vt in tuo, non ages interdicto precario, cum ipſe poſſis diruere maceriem, quæ in tuo eſt, & tua: at poſteriore caſu recte ages precario, quum voles, vt vicinus diruat maceriem, eſt enim precarium imperfecta donatio: nam ſi donationis perfectæ cauſa tibi conceſſero maceriem ducere, quæ iter impediat, ceſſat interdictum de precario, quia donatio perfecta contracta eſt, & ſeruitus tollitur donatione, id eſt remiſſione, vt *l. ſi ſtillicidij, quem. ſer. amit.* Ergo vt in fine donatio ſeruitutis eſt remiſſio, ſic & initio. Et tollenda eſt Gloſſa, quæ donationem aliter accipit: & hinc apparet euidenter, aliud eſſe donationem, aliud precarium. Eſt ſimile quidem donationi precarium, ſed non donatio, vt ſimile commodato, ſed non vere commodatum.

Ad l. 13. alienationes & l. 31. ſi ſeruus. famil. erciſcun.

L. 13. Alienationes enim poſt iudicium acceptum interdictæ ſunt duntaxat voluntariæ, non quæ vetuſtiorem cauſam & originem iuris habent.

L. 31. Si ſeruus pignori obligatus luatur ab vno ex heredibus, quamuis poſtea decedat, officium tamen arbitri durat, ſufficit enim communis cauſa, quæ præceſſit, quæque hodie duraret ſi res non intercidiſſet.

MAteria harum legum repetenda est ex l. 12. quæ præcedit. Res quæ sub conditione legata est, interim quamdiu pendet conditio est heredum, qui hereditatem adierunt seruus quoque manumissus sub cõditione, id est, statuliber, interim est heredum, *l. 11. de leg. 2. l. 9. §. certe, de pec. l. edictum, §. vlt. de quæst. l. 1. §. serui, ad Senatusc. Syll.* Sunt igitur illæ res heredum interim, & consequenter veniunt in iudicium familiæ ercíscundæ. Sed pendente iudicio si existat conditio legati, vel libertatis, ea res, siue homo subducentur iudicio, res transibit in legatarium, seruus liber fiet, ipso iure eximetur communione, nec veniet in diuisionem inter coheredes: atque ita fit, vt post litem contestatam, post acceptum iudicium famil. ercisc. res hereditaria alienetur: & eodem modo B vsucapio rei hereditariæ cœpta ab extraneo ante litem contestatam, si impleatur pendente iudicio familiæ ercíscundæ, huic iudicio subducitur, quia desinit esse hereditaria, & communis inter coheredes, quod ostenditur in *l. seq.* Vsucapio est alienationis species: quod apparet ex l. Iulia, quæ vetat fundum dotalẽ alienari: Nam ea pertinet etiam ad vsucapionem, *l. si fundum, de fun. dot.* & lex, quæ vetat alienari, vetat & vsucapi. eo igitur modo etiam fit, vt post litem contestatam de diuidenda hereditate, res hereditaria alienetur. Obstare huic definitioni videtur, quod dicitur: post litem contestatam iudicio familiæ ercisc. vel iudicio communi diuidundo interdictas esse alienationes, *l. 1. C. comm. diuid.* Sunt interdictę lege, ipso iure: non Prætor sed lex eas interdicit, quæ non vult rem hereditariam alienari, posteaquam C inter coheredes agi cœptum est de familia ercíscũda. Sed ea lex est accipienda tantum, vel ea interdictio, de alienationibus voluntariis: neque enim licet coheredibus, vel sociis vltro quicquam iudicio diuisionis subtrahere. Ante litem contestatam, potest quilibet coheredum, vel sociorum partem suam pro indiuiso alienare, *l. portionem, C. de donat. l. ante, C. de iure dot.* & vt ostenditur in *l. falso, C. de comm. rer. al.* etiam potest coheres vel socius, qui partem suam vendit ante iudicium diuisionis, pręferre extraneum emptorem coheredi vel socio, quia iure nostro coheres aut socius, non habet ius προτιμήσεως, vt si velit eodem pretio emere socius, vel coheres, cogatur ei potius vendere, quam alteri: habuit quidem olim ius προτιμήσεως, imo & propinquus, sed sublatum est, *d. l. falso, & l. dudum, C. de contr. empt.* At nouissime D productum est ius προτιμήσεως, constitutione Frederici, qua vtuntur etiam quidam in Gallia: Nam & propinquo licet vti iure προτιμήσεως, atque ab extraneo emptore reuocare ac retrahere rem, quam emit oblato aut obsignato eodem pretio. Habent etiam ius προτιμήσεως domini ἐμφυτεύσεως, & domini beneficiorum siue feudorum: sed iure ciuili ius προτιμήσεως non approbatur, quanquam aliquando obtinuerit, vt dicit *d. l. dudum.* & obtinet etiam in auctionibus: nam pluribus licitantibus propinquis & extraneis, propinquo potius addicetur res, quam extraneo, nisi extraneus plus liceatur, id est, adiiciat. Liceri est adiicere pretium, & addicere, id est, *estrousser*: sed quoties omnes idem pretium adiiciunt, creditor, cui vt satisfiat fit auctio, præferetur cognato, & cognatus extraneo: & inter E creditores, perferetur is, cui plus debetur, *l. cum bona, in fi. de priu. cred. & l. Imperator, de pact.* Ergo, vt ad rem redeam, ante litem contestatam coheres, vel socius quilibet, partem suam alienare potest, nec est coheredi saluum ius προτιμήσεως: post litem contestatam nullus potest alienare sua sponte. Nam necessariæ alienationes admittuntur, quæ vetustiorem causam & originem iuris necessariam habent; vt in superioribus casibus, si conditio statulibertatis post litem contestatam existat, vel conditio legati, vel si vsucapio post litem contestatam impleatur, quæ ante incœpta fuit. His omnibus casibus licita est alienatio, & antiquior est origo alienationis lite contestata. Et hoc est, quod ait Papinianus in *l. 13.* Multa in hanc rem peccat Accursius. Primum statuit hanc esse differentiam inter iudicium famil. ercisc. & iudicium communi diuidundo: quod in iudicio famil. ercisc. non tantum post litem contestatam, sed etiam post controuersiam motam sint interdictæ alienationes voluntariæ: in iudicio communi diuidundo post litem contestatam tantum. Sumit hanc differentiam ex *l. 1. in C. com. diuid.* quod dicat, socium post litem contestatam inuito socio rem alienare non posse, & tractat de iudicio communi diuidundo: ergo tantum interdicta est alienatio in iudicio familiæ ercíscundæ post litem contestatam. Eodem argumento vti licebit in iudicio familiæ ercíscundæ ex hac l. quæ ait, post acceptum iudicium familiæ ercíscundæ interdictam esse alienationem: nam post acceptum iudicium, & post litem contestatam, idẽ est semper. Vbi interim notandum est, aliud esse iudicium accipere, aliud iudicem accipere. Iudicium accipit reus lite contestata, actor dictat iudicem accipit reus, actor aduersus reum, *l. 9. §. quem igitur, de tut. & rat. distrah. & l. 30. mand. l. 1. C. de in lit. iur.* Rursus existimat Accursius, in iudicio familię ercíscundæ etiam post controuersiam motam interdictam esse alienationem Monetur, *l. Diuus, de pet. hered.* quæ ait possessorem alienæ hereditatis post controuersiam motam, si vel in ius vocatus sit tantum, vel si porrectus sit libellus aduersus eũ antequam hereditas petatur, nihil ex ea hereditate deminuere posse, nihil detrahere, nihil distrahere, nihil alienare. Post controuersiam motam ait, prohibendum esse possessorem quicquam alienare ex ea hereditate, etiamsi lis non sit contestata. Respond. *l. Diuus,* loquitur de petitione hereditatis, non de iudicio familiæ ercíscũdæ; & propterea ait, prohibendum esse possessorem à Prętore, non prohiberi lege, sed prohibendum esse à Prætore, causa cognita, quia de vniuerso iure hereditatis mouetur controuersia: alter enim negat alterum esse heredem. Controuersia de familia ercíscunda non est de vniuerso iure hereditatis: imo alter alterum fatetur esse coheredem; sed est de diuidendis rebus hereditariis, quæ diuisionem recipiunt, de communione dissoluenda, dirimenda, nec est causa interdictæ alienationis, si coheres velit suam partem alienare ante litem contestatam. Post litem contestatam, id est, cœpto iudicio familiæ ercíscũdæ est causa, ne quid diuisioni subtrahatur. Esset absurdum prouocare coheredem ad diuisionem. & interim res diuisioni subducere. Prouocat autem ad diuisionem alter alterum iudicio familiæ ercíscundæ: nam est actio duplex, in qua vterque est reus, & actor. Petitio hereditatis non est actio duplex, & interdictio hæc ex lege est. Permaneamus igitur in verbis legis, & dicamus interdictam tantum esse alienationem post litem contestatam iudicio familiæ ercíscundæ, & iudicio communi diuidundo sine discrimine. Male etiam Accursius, interdictam esse alienationem partis coheredibus, vel sociis ante litem contestatam, si fiat iudicij mutandi causa, vt acturo iudicio famil. ercíscundæ, vel communi diuidundo opponatur durior aduersarius, in quem sit alienata pars: nam ex hac causa iure non inuenies interdictam esse alienationem, quod fiat iudicij mutandi causa: imo vero alienatio valet. Sed is qui alienauit vt duriorem aduersarium opponeret, tenetur in id, quod interest duriorem aduersarium non habuisse ex edicto de alienatione iudicij mutandi causa facta. Cęterum alienatio valet, nec fit irrita: nam & alienatio rei litigiosæ valet ipso iure, *l. 17. & seq. de rei vind.* Sed emptori rem litigiosam persequenti obstat exceptio litigiosi: atque ita per exceptionem redditur inutilis, quæ valet ipso iure: ac propterea tam venditor, quem emptor rei litigiosæ fisco tenentur pœnæ nomine, si emptor sciens rem litigiosam emerit, *l. 1. de iure fisci, l. 2. de litig. l. vlt. C. eod. tit.* Punitur, qui vendidit rem litigiosam, vel qui emit: non fit igitur irrita venditio, non fit irrita ipso iure, nec aliter quam per exceptionem, quæ dicitur exceptio litigiosi: & non ideo post litem contestatam iudicio famil. ercíscun. interdicta

est alienatio, quod familia sit litigiosa: (neque enim est litigiosa,) sed quod sumpto arbitro famil. erciscundæ causa, non debeat vlla res arbitro subduci, sed omnia in medium proferri, quę hereditaria sunt, ac postea diuidi: Malę etiam Accursius in *l. ante C. de iu. dot.* post litem contestatam familiæ erciscundę nomine, vel communi diuidundo posse alienari partem dotis causa, quod ducit ex *l. vlt. C. de litig.* quæ loquitur de re litigiosa, non de re, de qua diuidunda agitur, quæ certè non est litigiosa: inter partes enim conuenit de dominio eius rei, & alter alterum fatetur sibi in ea esse socium. Itaque non oportet rem litigiosam permiscere rei, de qua non est lis, sed de diuisione eius. Et quod ait *d. lex. vlt.* hoc est impune alienari rem litigiosam dotis causa, sponsaliorum causa, transactionis causa, diuisionis causa, has causas excepit tantum ex quibus si fiat alienatio rei litigiosæ pœna in fiscum non committitur. Sic igitur concludamus: impunita est alienatio rei litigiosæ dotis causa. At alienatio rei, de qua diuidunda agitur, est impunita qualibet ex causa, quia ipso iure nulla est: nam si quid agens nihil ago, non punior; id tantum pœna plectitur, quod affectum habuit, & lex, quę vetat alienari rem litigiosam est imperfecta. Imperfecta lex est, quę vetat quid fieri, sed factum non rescindit, verum pœnam iniunxit ei, qui fecit, vt lex Cincia, de donis & muneribus, quæ modum imposuit donationibus: prohibebat scilicet donare vltra certam quantitatem, & si plus donatum esset, non rescindebat, vt scribit Vlp. *tit.* 1. §. *quæ prohibet*: sed donatarium coërcebat. Imperfecta fuit lex Furia testamentaria, quę prohibuit capere legatum supra mille asses, & ei, qui ceperit, indixit pœnam quadrupli, nec legatum reuocauit. Sic etiam lex, quæ vetat rei litigiosæ alienationem, alienationem non rescindit, sed punit tum venditorem, tum emptorem. Perfecta lex est, quæ rescindit, quod fieri vetat; & ideo perfecta est lex, quæ interdicit alienationem partis post litem contestatam: ideoque qui alienat, nihil agit, & consequenter non punitur. Postremo malè Accursius in *l. 1. C. comm. diuid.* ait, post litem contestatam communi diuidundo, vel familiæ erciscundæ, non posse etiam partem pignori obligari, & tamen rem litigiosam posse pignori obligari. placet, quod separat rem litigiosam à re, de qua diuidenda agitur, quod supra non fecit; ego volui antea separare accuratissime, quia quæstio diuisionis alia est, alia proprietatis, & res litigiosa dicitur tantum, si de proprietate eius sit lis, alio dicente, se esse dominum, & alio negante. Verum falsum est, quod ait, rem de qua diuidenda agitur, non posse pignori obligari: hoc enim ratione vacat, quia pignus non mutat dominium, pignus rem non subducit iudicio: nam & res pigneratæ veniunt in iudicium familię erciscundæ. Causa interdictionis est, ne quid diuisioni subducatur. Pignus rem diuisioni non subducit: ergo pignus non interdicitur. Falsum etiam quod ait, Rem litigiosam posse pignerari, neque enim potest vtiliter: nam creditori, cui pignerata est res litigiosa, agenti hypothecaria obstat exceptio litigiosi, *l. 1. §. vlt. quæ res pign.* Et alia est sententia Nouell. de litig. quam adducit Accursius: non hoc vult, rem litigiosam posse pignerari, sed rem litigiosam non esse eam, de cuius hypotheca, seu pigneratione lis est, sitne posita hypothecæ, an non: sed rem litigiosam esse, eam de cuius dominio lis est.

Quod est in *l. 31. hoc tit.* est facillimum: non solui iudicium familię erciscūdæ interitu rei hereditarię. Finge: seruus hereditarius pignori obligatus erat. vnus ex heredibus sua pecunia luit, deinde actum est familiæ erciscundæ iudicio, eoque pendente homo decessit, an soluitur iudicium familiæ erciscundæ? & ait, durare officium arbitri, propter præstationes, scilice, quæ eum hominem respiciunt: nam veniunt in hoc iudicium præstationes earum rerum, quæ in rebus humanis esse desierunt, *l. 14. sed & eius, hoc tit. l. 18. in fine, l. 25. §. idem iur. hoc tit.* nam iudex familiæ erciscundæ, quod propter eum hominem luendum coheres de suo soluit, curabit vt coheres partem recipiat pro rata, κατ' ἀναλογίαν, vt est in Basil. nam etsi diuisione communio sit sublata, præcessit tamen, & duraret etiam hodie, nisi res interiisset. Et ita etiam actio communi diuidundo non soluitur interitu rei communis: nam supersunt aliquæ præstationes, quæ spectant ad rem illam, *l. 9. l. 11. tit. seq.* ac similiter iudicium rei vindicationis non tollitur rei interitu, etiamsi res, de qua agitur, sine dolo, & sine culpa possessoris interierit: nam superest adhuc lis propter partus, vel fructus, vel stipulationem de euictione, vt sciatur, an commissa sit ea stipulatio nec ne, *l. vtique, de rei vindic.*

Ad l. Sabinus. 28. Comm. diuidundo.

Sabinus in re communi neminem dominorum iure facere quicquam inuito altero posse: vnde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius à socio, ne quid faciat, potest, vt tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc prætermisit: & ideo per communi diuidundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid absente socio, ad læsionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.

EX Pap. hodie explicabitur hæc regula Sabini hac lege. Vnus ex sociis in re communi nihil facere potest inuito socio. secundum hanc regulam, vt scriptum est in *l. parietem, de seruit. vrb.* non potest vnus ex sociis parietem, qui naturali ratione communis est, reficere ac demoliri inuito socio, quia non solus dominus est: paries est communis naturali ratione, si ædificatus sit in loco communi, vt puteus est communis, si putei solum sit commune, vt puta si sit in confinio *l. 4. §. 1. h. tit.* Et naturalis ratio est, quia semper superficies qualiscumque sequitur ius & conditionem soli, *l. pen. comm. præd. l. pen. §. sed si, vti possid.* Integerinus paries est, qui duo ædificia disterminat, vt Glossæ antiquæ interpretantur. Et hic vel est communis inter vicinos, vel proprius alterius horum. Communem reficiendi aut demoliendi ius non est alterutri vicinorum inuito altero: imo nec agere ita potest, sicut agitur de seruitutibus, ius sibi esse reficiendi, vel demoliendi parietem communem inuito socio, & est propria vis *l. parietem*, nullam esse positam actionem talem sicut solet concipi de seruitutibus, quia non solus dominus est. Secundum eandem regulam vnus ex sociis de communi seruo quæstionem habere non potest, nisi communis negotij causa inuito socio altero, *l. causa, hoc tit.* propter quam puto statim subiectam fuisse hanc regulam. Item secundum hanc regulam, vnus ex sociis in loco communi ædificare non potest inuito altero, *l. an vnus, si seruit. vindic. l. 27. sed si inter §. vlt. de seruit. vrb.* vnus ex sociis in communem locum purum inferre mortuum inuito altero, & locum religiosum facere non potest, *l. 2. §. an & socius, de religio. l. 6. §. si quis, hoc tit.* Vnus ex sociis non potest imponere seruitutem fundo communi, *l. 2. de seruit.* solidam scilicet. Sed nec etiam pro parte sua, quia seruitus indiuidua est. Ergo omnibus modis vera est definitio Sabini. Ex ea Papinianus colligit: si quid vicinus faciat in fundo communi inuito socio, socio ius esse prohibendi, quia Sabinus ait inuito socio: & inuitus est proprie, qui prohibet alteri: igitur socio est ius prohibendi per Prętorem extra ordinem, vel per arbitrum communi diuidundo: nam agendo de communione tollenda hoc consequitur, ne socius faciat, quod conatur facere, *l. 3. §. plane, de noui. op. nuntiat.* Si quid socius ædificet, vel moliatur, an etiam est ius prohibendi per operis noui nuntiationem? Minime: quia nec aduersus socium agere potest, ius ei non esse ædificandi, licet non possit ædificare in loco communi inuito socio, *l. 26. in re communi, de seruitut. vrban.* Fateor, non licere socio ædificare inuito socio in loco communi, sed

non licet etiam socio, quo inuito ædificatur, ita agere, vt agitur de seruitute, ius illi non esse ædificandi, quia quodammodo videtur asserere seruitutem; & fieri non potest, vt res nostra, vel pro parte, vel in solidum, nobis seruiat. & consequenter non licebit etiã socio nuntiare opus nouum: nã & eadẽ ratione vsufructuarius non nuntiat nouũ opus proprietario ędificanti, quia nec agere potest, ius nõ esse domino ædificare se inuito, *l. 2. de no. op. nunt.* Ergo socio ius est prohibendi tantum per prætorem, vel arbitrum communi diuidundo, non per actionem confessoriam, aut negatoriam, qualis competit de seruitutibus, non per noui operis nuntiationem. Ius faciendi non est socio, igitur ius prohibendi est. Id Papinianus verum esse demonstrat pulchra ratione, quæ aptari potest multis negotiis, quia in re pari melior & potentior est causa prohibentis. Alia est regula, in re pari meliorem esse causam possessoris, id est, si in hac re neque ego ius habeo, neque tu, sumus pares: ego tamen, qui possideo, sum potior te. Sed alia est regula, in re pari, &c. Par est causa vtriusque socij in re communi: vterque dominus. In re autem pari, si vel vnus intercedat, prohibeat, contradicat, cæteris impedimento est: aut enim omnes consentire debent, quando omnium par est causa, aut iniuria fit quidquid fit, & potior est qui prohibet, quam qui facit, quia socio magis est ius prohibendi, quam faciendi, nec videbatur esse ius prohibendi, sed magis est ius prohibendi quam faciendi sine altero, quia is qui conatur agere, magis quodammodo ius alienum sibi pręripit, si quasi solus sit dominus, ad suum arbitrium re vti velit, *l. an vnus, si seruit. vindic.* Est ea ratio valde notanda; inuitus vt dixi, est, qui prohibet. Inuitus est etiam is qui abest, & per absentiam prohibere non potest, nam & hic prohibere intelligitur qui abest, quique ignorat quid faciat socius, vel qui scit, nec tamen per absentiam prohibere potest. Quæro an etiam inuitus sit is, qui præsens est, & tacet, dum socius in re communi facit aliquid? nam hic neque nolle omnino videtur, neque velle: præsentem & tacentem non posse dicere nolle, & velle. Et notanda est differentia inter eum, qui præsens est, & tacet, & prohibentem vel absentem. Quod si prohibente vel absente socio, socius aliquid fecerit in læsionem socij, id tollere cogitur per prætorem, vel per actionem communi diuidundo, & interdum etiam per interdictum vti possidetis, si ex re afferat vel adroget sibi possessionem totius rei communis, vt in specie *l. pen. §. si vicinus, vti possid.* Si vicinus in pariete communi imponat tectoria, incrustationes ac picturas, non tantum pro parte sua, sed etiam ex parte vicini: nam hoc genere inquietat vicinum, & sibi quodammodo defendit possessionem totius parietis, atque ideo vti potest interdicto vti possidetis, ne vim faciat possidenti, & vt abradat picturas, & tollat tectoria ex parte vicini, ne ex eis in futurum argumentum sumat possessionis, & dominij consequenter. Quod si præsente & tacente socio, socius aliquid fecerit in re communi, non cogitur tollere quod fecit, sed damnum sarcire actione communi diuidundo, si quo affectus sit socius, quo non consentiente fecit. Præsentem esse & tacere est medium quiddam inter consensum & dissensum: ideoque quasi consenserit denegatur ei actio communi diuidundo per quam sarciatur damnum quod patitur: nec quasi dissenserit, agit vt opus tollatur. In summa taciturnitas præsentis est media inter consensum & dissensum: taciturnitas autem absentis omnimodo dissensum imitatur hac in re: nam sunt pleræque causæ, in quibus taciturnitas consensum imitatur, nec possis certi quicquam definire in hac quæstione; Qui tacet, consentiat ne, an non? Nam pro subiecta materia alias dissentire, alias consentire dicitur. Absens comparatur contradicenti, prohibenti. Notandum quod ait hæc *l. damnum sarciri*, quod scilicet, fecit socius. Et paulo post, *pro damno*, & in extremo, *ad læsionem eius*; Nam vt cogatur tollere quod fecit, vel præ-

A stare damnum, sane necesse est, vt intersit socij, vt læsus & damnum passus sit: nam si eius nihil intersit, nulla competit actio, nulla datur actio; nisi eius interest cui datur. atque ita, etiam si socius aliquid fecerit inscio socio, aut non consentiente in re communi, id permanebit, neque eo nomine conuenietur, si alterius non intersit. Recte igitur tribus locis ait, damnum datum, læsionem: Finge, vnum ex sociis refecisse parietem communem, vel diruisse reficiendi causa, quia vitium faciebat, & cuius labes grauius damnum rei communi allatura fuisset, finge refectionem necessariam aut demolitionem. Sane tantum abest, vt de eo possit queri alter socius, cuius commodo hæc res cessit, vt teneatur præstare partem impensæ actione pro socio, vel communi diuid. cum vsuris centesimis, si cessauerit in inferenda impensæ parte intra quatuor menses: nam si traxerit solutionem, quoad exierint quatuor menses, ex oratione D. Marci rei communis dominus fit in solidum ipso iure is, qui refecit rem communem, qui impensam eam necessariam fecerit, *l. si ædibus, de dam. inf. l. cum duobus, §. item respondit, pro socio, l. 4. C. de ædif. priu.* Imo vero, si sit necessaria refectio, vel demolitio parietis communis, vel alterius rei communis, in ipso initio reficiendi, si non patiatur socius reficere, potest eo nomine cum socio experiri communi diuidundo, vel pro socio, vel interdicto vti possid. Quia, qui me impedit reficere rem communem, quum est opus & expedit, & rem possidere impedit, tenetur interdicto vti possidetis, quæ est sententia legis *si ædes hoc tit.* in qua notandum maxime quod dicitur, *quum est opus*; nam necessariam refectionem socius non potest impedire, nec est, quod exspectet alter eius consensum, quando est necessaria refectio, quanquam verum est, eum non posse ita agere, quamuis necessaria sit refectio, vel demolitio, ius sibi esse reficere (facessant hæ formulę) ac si ageret de seruitutibus, sed agit pro socio, communi diuid. vel interdicto vti possidetis, cùm nobis res communis non seruiat, *d. l. an vnus, si seru. vind. & l. in re communi, de seru. vrb.* Nihil esset addendum, nisi nos Accurs. cogeret, qui putat vitiari hanc regulam Sabini in quibusdam casibus: primum in casu *l. quidam, §. vlt. de seruit. vrb.* quo dicitur, posse socium parietem communem incrustare inuito socio: facit igitur aliquid in re communi inuito socio. Primum fateor voluptariam esse impensam, non necessariam, non vtilem; & eius non esse repetitionem: nam ea ornamenta ponit in parte sua, quæ res non offendit vicinum: deinde non tam id videtur facere in re communi, quam ad rem communem quod licet, vt ait M. Tullius in Top. ad parietem communem licet adiicere parietem directum, solidum, vel fornicatum, quod adiiciendum est ex *l. fistulam, §. pen. de seruit. vrb. pr.* Paries directus adiunctus ad communem, est, qui ita suspenditur, & retinetur vt sublato communi maneat, nec refectionem communis parietis impediat. Dicitur ergo recte, fieri ad communem, non in communi, & iure igitur etiam non exquisito consensu socij. Vitiari secundo putat Accurs. reg. Sabini, si id faciat socius in re communi, cuius causa res communis parata est, vt si inhabitet ædes communes, si immittat onus in parietem communem: nam parietes destinantur oneri ferendo: vel si inferat mortuum in commune sepulchrum. Hæc omnia licent sociis etiam non explorata sociorum voluntate, *l. 6. §. si quis, hoc tit.* Sed non videtur hæc exceptio recte accommodari ad hanc regulam, quia ab initio, vt id liceret, conuenit inter socios, quando eius rei causa rem communem parauerunt, nec si contradicat socius, ideo non seruabitur conuentio facta in comparanda re communi. Tertio putat vitiari regulam istam, si reficiatur res communis. Hoc non est admittendum indistincte, sed addendum est, si reficiatur necessario. Quarto eandem vitiari ait, fauore necessitatis publicæ & religionis: & hoc facile ad-

mitterem in caſu *legis ſunt perſonæ, de relig.* (in aliis enim caſibus non admitto) in qua ſocius in locum communem purum poteſt inferre mortuum aliquem ex ſuis, forte, ſi non habeat, vbi inferat, ne corpus inſepultum maneat, propter publicam vtilitatem, & compellet ſocium interdicto de mortuo inferendo, vt ſinat inferri mortuum, nec tamen erit locus religioſus, nec iuſtum ſepulchrum, quia diſſentit ſocius. Poſtremo ait, vitiari regulam, ſi res quædam ſit communis inter donatorem & donatarium, ex *l. ſancimus*, §. *non autem*, *C. de donat.* ex eo §. nunquam id colliges, ſi res ſit communis inter donatorem & donatarium, alterum in ea re quicquam facere poſſe inuito altero. Sed ſententia hæc eſt. Finge: Donatio quam in te contuli, pro parte vtilis eſt, pro parte inutilis vt ante Imp. proponit caſum ſimilem. quo caſu res donata ſit communis inter donatarium & donatorem, quia pro parte tantum donatio conſiſtit, verum mox eſt diuidenda deſiderante alterutro, ſi commode poſſit diuidi, vel ei, cui maior pars competit, licet offerre æſtimationem reliquæ partis, quam ſi offerat, alter cogitur accipere: atque ita is totam rem poſſidebit ſublata communione per oblationem æſtimationis minoris partis. vel ſi nolit offerre is, cui maior pars competit, licebit ei, cui minor pars competit, alteri offerre æſtimationem ſuæ partis, atque ita totam rem poſſidere. Is, cui offertur, accipit quidem inuitus, ſed oblatio hæc nihil facit in re communi: itaque non eſt quod eximas hanc ſpeciem à regula Sabini.

A

B

Ad l. ex mille 64. de euict.

Ex mille iugeribus traditis ducenta flumen abſtulit, ſi poſtea pro indiuiſo ducenta euincantur, duplæ ſtipulatio pro parte quinta, non quarta, præſtabitur. nam quod periit, damnum emptori non venditori attulit. Si totus fundus, quem flumen deminuerat, euictus ſit, iure non deminuetur euictionis obligatio, non magis, quam ſi incuria fundus aut ſeruus traditus, deterior factus ſit. nam & è contrario non augetur quantitas euictionis, ſi res melior fuerit effecta.

§. 1. ¶ *Quod ſi modo terræ integro, qui fuerat traditus, ducenta iugera per alluuionem acceſſerunt: ac poſtea pro indiuiſo pars quinta totius euicta ſit, perinde pars quinta præſtabitur, ac ſi ſola ducenta de illis mille iugeribus quæ tradita ſunt, fuiſſent euicta: quia alluuionis periculum non præſtat venditor.*

§. 2. ¶ *Quæſitum eſt: ſi mille iugeribus traditis, periiſſent ducenta, mox alluuio per aliam partem fundi ducenta attuliſſet, ac poſtea pro indiuiſo quinta pars euicta eſſet, pro qua parte auctor teneretur? dixi, conſequens eſſe ſuperioribus, vt neque pars quinta mille iugerum, neque quarta debeatur euictionis nomine, ſed perinde teneatur auctor, ac ſi de octingentis illis reſiduis ſola centum ſexaginta fuiſſent euicta: nam reliqua quadraginta, quæ vniuerſo fundo deceſſerunt pro rata nouæ regionis eſſe intelligenda.*

§. 3. ¶ *Cæterum cum pro diuiſo pars reliqua fundi euincitur tametſi certus numerus iugerum traditus ſit, tamen non pro modo, ſed pro bonitate regionis, præſtatur euictio.*

§. 4. ¶ *Qui vnum iugerum pro indiuiſo ſolum habuit, tradidit: ſecundum omnium ſententias non totum dominium transtulit, ſed partem dimidiam iugeri, quemadmodum, ſi locum certum, aut fundum ſimiliter tradidiſſet.*

Sciendum eſt, euictionis nomine venditorem ſolere promittere emptori duplam, quanti res veniit, vt ſi decem veniit, promittit 20. & tota re euicta præſtantur 20. parte autem euicta, ſi quidem ſingulis partibus condictum ſit pretium, eius partis, quæ euicta eſt pretium duplatur & præſtatur ex cauſa euictionis, *l. ſi fundo tradito, hoc tit.* Quod ſi ſingulis partibus dictum non ſit pretium, ſed auerſione, id eſt, confuſe vno pretio fundus venierit, parte vna fundi euicta, quid fiet? quanti ea pars æſtimabitur? neque enim ei parti dictum eſt pretium, & non omnes partes fundi dignitate ſunt pares, eſt vna vilior & pretioſior altera, & propter vnam partem ſæpe totus fundus emitur. In hac quæſtione acumina valent Iureconſultorum, ſi quæ ſunt, & ſeparanda eſt ſtatim pars pro diuiſo à parte pro indiuiſo. Si euincatur pars pro diuiſo, id eſt, certa pars circumſcripta ſuis finibus, non fiet æſtimatio, non præſtabitur euictio pro modo eius partis, pro modo iugerum quibus ea pars conſtat, licet in emptione modus dictus ſit: ſed præſtabitur euictio pro qualitate eius partis, hoc eſt, pro bonitate & prauitate eius. Finge, fundus venierat decem: ea pars, quæ euicta eſt, digna fuit octo venditionis tempore, præſtabuntur 16. euictionis nomine ex ſtipulatione duplæ: vel contra, ea pars fuit digna duobus tantum. præſtabuntur quatuor ex ſtipulatione duplæ, quod oſtenditur in *l. 1. & l. bonitatis, hoc tit. l. pen. de ædil. ed. & in* §. *pen. huius legis.* Et hoc expeditum eſt, ſi tanti emiſti fundum, quanti dignus erat: nam ſi emiſti minoris, (quod Ioannes annotauit) vt ſi fundum dignum 20. emiſti 10. (quæ fraus non eſt illicita) & euincatur pars tertia pro diuiſo quæ eſt digna octo, non præſtabuntur, octo, nec ea pars æſtimabitur octo, quia non tanti empta intelligitur, ſed æſtimabitur quatuor dimidio minoris, ſicut res tota veniit dimidio minoris: & è contrario, ſi pluris emiſti, vt ſi fundum dignum decem, emiſti viginti, & euincatur pars tertia, quæ digna eſt octo, quanti æſtimabitur? Sexdecim, id eſt, dimidio pluris, quia tanti empta intelligitur, ſicut res tota empta eſt dimidio

C

pluris: atque ita ineunda eſt bonitatis ſeu qualitatis ratio. Nunc tractemus de parte pro indiuiſo. Si pars pro indiuiſo euincatur, æſtimatio fiet pro quantitate eius partis, id eſt, pro modo iugerum, *l. 1 hoc tit.* Vt ſi fundus mille iugerum veniit quingentis, & euincantur ducenta pro indiuiſo, id eſt, quinta pars mille iugerum: pro indiuiſo æſtimabitur quinta pars pretij, & præſtabuntur 200. ex ſtipulatione duplæ: nam quinta pars pretij eſt 100. Pars ergo pro indiuiſo æſtimabitur ex quantitate, ex modo: nec enim ex qualitate poteſt æſtimari, cum eius partis nullum certum corpus ſubſit, nulla qualitas. Pars eſt quota vt aiunt, non qualis: pars eſt ſine qualitatibus. His cognitis, finge: Quidam vendidit & tradidit fundum mille iugerum, & ſtipulanti promiſit duplam euictionis nomine: fundus minor factus eſt eluuione, quia flumen abſtulit ducenta iugera. Eluuio minuit fundum, alluuio auget: flumen igitur abſtulit 200. iugera, poſt euictus eſt fundus totus, reſidua igitur octingenta iugera. Iure, inquit Papinianus, vt in *l. vbicunque, de fideiuſſ. l. fundum Cornel. de nouat.* iure, id eſt ipſo iure ſtricto: iure, inquã, præſtabitur euictio pro mille, quamuis euicta ſint octingenta tantum, atque ita perinde præſtabitur euictio duplex totius pretij mille iugerum, atque ſi flumen nihil abſtuliſſet, ſed manſiſſet ſemper integer fundus non immutato modo qui fuit venditionis tẽpore, atque ita diminutio illa fundi, ſiue periculum eluuionis, non pertinet ad emptorem, qui agit de euictione, perinde atque ſi mille eſſent euicta in duplum, ſed ad venditorem. Idemque erit, ſi fundus incuria deterior factus ſit. Differentiam facit inter fundum minorem & deteriorem, *vt* §. *cum autem, Inſtitut. de empt.* minor ſi fundus, ſi minuatur modus terræ: deterior, ſi integro modo terræ terra vratur, vel alio modo corrumpatur, vtrumq; periculum reſpicit venditorem, non emptorem toto fundo euicto, quod ita proponit in §. 1. *his verbis: Si totus fundus, &c.* Id probat Papinianus à contrario ſecundum id, quod dicitur, eandem eſſe rationem contrariorum, eandem eſſe augmenti, & diminutionis, ſi fundus venditus melior fiat, aut peior, & totus poſtea euincatur, venditor non tenetur niſi pro mille, id eſt, in duplum pretij fundi mille iugerum qui fundum addixit, etiamſi fundo acceſſerint alia mille iugera, & euincantur

D

E

bis

A bis mille iugera. Eius incrementi non habebitur ratio in cauſa euictionis, ergo nec diminutionis. Sed etſi ſuperſint tantum octingenta, quæ euincantur, æſtimatio fiet mille iugerum, id eſt, pro mille iugeribus æſtimabitur in duplum. Huic ſententiæ obiicitur *l. 70. hoc tit.* quæ ait, ſi minor fiat fundus, vt ſi flumen ei aliquid auferat, damnum eſſe emptoris: minui igitur emptori quantitatem euictionis. Item obſtat *l. ſi cum venditor*, §. *vlt. hoc tit.* quæ ait, ſi deterior fiat fundus, minui quantitatem euictionis, ſi melior, augeri: atque ita in cauſa euictionis ſpectandum, quanti res ſit euictionis tempore, non & quanta fuerit venditionis tempore, & qualis. Et in *l. Titius*, §. *vlt. & l. id quod, de act. emp.* ſi ſeruus venditus apud emptorem deterior factus ſit, minui præſtationem B euictionis: ſin autem melior ſit cum euincitur, ſi didicerit artem aliquam, augeri ęſtimationem euictionis. Æſtimationem igitur non reduci ad tempus venditionis, ſed ſumi ex tempore euictionis; quod eſt contra hunc §. 1. huius leg. Fatentur omnes interpretes, & rectiſſime, conſtituendam eſſe in hac re differentiam inter actionem ex ſtipulatu, & actionem ex empto. Illæ leges ſunt de actione ex empto, *l. 70. & l. Titius, & l. id quod, de act. empt. Et l. ſi cum venditor*, §. *vlt.* eſt de actione præſcriptis verbis, quæ ex permutatione datur, ſiue ex diuiſione. quid eſt diuiſio? diſtributio partium, quæ fit permutatis partibus, eſt igitur de actione præſcriptis verbis, quæ datur ex permutatione, vel diuiſione, quæ comparata eſt ad exemplum actionis ex empto, & eſt bonæ fidei, ſicut actio ex empto. Illæ igitur leges ſunt de actione ex C empto, vel quaſi: hæc lex de actione ex ſtipulatu, vel quaſi. hæc actio competit in ſolidum, ſicut ſtipulatio concepta eſt in ſolidum, & in duplum ſtricto iure, quod omnes ſtipulationes ſequuntur, tota re euicta, ſiue minor ſit res, ſiue maior, quum euicta eſt, & ſiue deterior, ſiue melior: Eadem enim res eſt, quæ fuit ante, etiamſi aucta ſit. vel diminuta: alioqui nos non eſſemus iidem, propterea quod quotidie, vt Philoſophi dicunt, & refertur in *l. proponebatur, de iud.* atomi, quibus corpora noſtra conſtant, decedunt à nobis, & alij in eorum locum accedunt, ergo idem eſt fundus, qui venditus eſt, licet deminutus ſit, & ſit modo octingentorum tantum iugerum, non mille, & perinde atque ſi eſſet integer, & ita euictus agetur in duplum pretij ſine deminutione, id D eſt, pro mille iugeribus: hoc eſt ius ſtrictum ſtipulationis. Actio ex empto, vel actio præſcriptis verbis ex permutatione, eſt bonæ fidei, in qua etiamſi tota res euicta ſit, vltra pretium id tantum venit, quod æquum & bonum eſt, id eſt, quod reuera emptoris intereſt; ſi minor ſit fundus quum euincitur, minor erit æſtimatio eius quod intereſt: ſi maior ſit fundus, maior erit æſtimatio eius quod intereſt: & ita in hoc tractatu de euictione ſæpe quamuis id auctores non exprimant, diſtinguenda eſt actio ex ſtipulatu ab actione ex empto, etiamſi vtraque detur euictionis nomine; non enim vtraque eodem iure eſt, quia vna eſt bonæ fidei, altera ſtricta: quod oſtendam aliis duobus exemplis. Fundo vendito & euicta parte fundi pro diuiſo, in actione ex ſtipulatu fit eius boni- E tatis æſtimatio, quando parti non eſt dictum pretium, quæ fuit venditionis tempore, *l. bonitatis, h. tit.* in actione ex empto fit, quæ fuit euictionis tempore. Item domo vendita & euicto tigno, non eſt actio ex ſtipulatu de euictione, quia neque domus euicta eſt, neque pars domus: tignum non eſt pars domus, imo nec venditum videtur tignum, *l. naue, h. tit.* Eſt tamen actio ex empto in id, quod intereſt, *l. eum qui, de vſucap.* Et ſimiliter vendita ancilla & euicto partu non eſt de euictione actio ex ſtipulatu, quia non eſt venditus partus, *l. ſi prægnans, hoc tit.* eſt tamen actio ex empto, quod noſtra interſit partum ſequi matrem, *l. venditor, h. tit.* Atque ita ſæpe nobis eſt accurate ſeparanda actio ex ſtipulatu ab actione ex empto. Nunc conſtituamus aliam ſpeciem, in qua non euincitur totus fundus, vt ſuperiori ſpecie poſuimus, ſed pars fundi pro indiuiſo poſt eluuionem fluminis. Finge: Quidam vendidit fundum mille iugerum, & promiſit duplam. flumen abſtulit ducenta iugera, deinde euincuntur ducenta iugera pro indiuiſo, id eſt, quinta pars mille iugerum, non euincitur totus fundus, id eſt, octingenta, quibus nunc conſtat fundus, ſed pars quinta tantum, id eſt, ducenta. Hoc caſu non eſt differentia inter actiones, ſed ſiue agatur ex empto, ſiue ex ſtipulatu ob euictionem, periculum eluuionis reſpicit emptorem, & præſtatur euictio pro parte quinta tantum mille iugerum, id eſt, pro ducentis, quæ euicta ſunt. Sed videbatur eſſe præſtanda euictio pro parte quarta mille iugerum, id eſt, pro ducentis quinquaginta, hoc argumento quod intellexit Accurſius initio gloſſæ tertiæ, & notandum eſt maxime argumentum. Sic argumentor: ſi euicto toto fundo, cuius modus nunc eſt octingentorum iugerum, quoniam flumen abſtulit ducenta, euictio præſtabitur pro modo fundi, qui olim fuit, id eſt, pro mille, vt in §. 1. & euicta igitur parte quarta fundi, qui nunc eſt octingentorum, euictio præſtabitur pro quarta parte fundi, quæ olim fuit, id eſt, pro ducentis quinquaginta, ſeruata ſcilicet eadem ratione in parte, quę ſeruatur in toto. Quod tamen Papinianus non admittit hac ratione, quia quinquaginta illa, quæ ſuperadiicis, id eſt, quartam partem ducentorum, flumen abſtulit, quæ res cedit damno emptoris non venditoris, cum pars euincitur, non totum. Non ita recte argumentaris: ſi euictis ducentis iugeribus pro ducentis tantum præſtatur euictio, & euicto igitur fundo toto, qui nunc eſt octingentorum, pro octingentis tantum præſtabitur euictio. Falſa eſt collectio, & omnino ea ſententia Papiniani res ita procedit. Toto fundo euicto, periculum eluuionis reſpicit emptorem. Et nihil reſtat quam vt exponamus rationem differentiæ. Quæſo repetamus eam ſpeciem quæ proponitur initio l. ex mille iugeribus venditis & traditis præſtita cautione duplæ, ducenta flumen abſtulit, poſt euicta ſunt ducenta pro indiuiſo. Quæritur pro qua parte ſit commiſſa ſtipulatio duplæ, pro quinta, an pro quarta? & Papinianus ait, pro quinta eſſe cõmiſſa, nõ pro quarta. Vbi dubitatur quam quintam, aut quam quartam intelligat Papinianus; an quintam reſiduorum octingentorum, id eſt, centum ſexaginta, & quartam etiam reſiduorum octingentorum, id eſt, ducenta? quod ſtare non poteſt; an quintam mille iugerum, id eſt, ducenta, & quartam octingentorum, id eſt, totidem? quod eſſet perabſurdum: vel contra, an quintam octingentorum 150. & quartam mille iugerum, id eſt, 250. quod etiam ſtare non poteſt; an igitur quintam mille iugerum, id eſt, ducenta, & quartam etiam mille iugerum, id eſt, ducenta & quinquaginta? Et hoc eſt verius; nam & ita capitur quinta & quarta in §. *quæſitum, in hac l. &* in §. *quod ſi modo*, in illo loco: *Pars quinta præſtabitur.* Hoc igitur Papinianus ait: non præſtari ſtipulationem duplæ in ſpecie propoſita pro quarta parte mille iugerũ, id eſt, pro ducentis quinquaginta, ſed pro quinta, hoc eſt, pro ducentis, quæ etiam ſola euicta ſunt; & ideo ſi fundus mille iugerum venierit 50. aureis, euicta parte quinta, id eſt, ducentis, poſt eluuionem ducentorum, non præſtabuntur 25. emptori actione ex ſtipulatu, ſed 20. tantum. Simpla quintæ partis pretij eſt decem: ſimpla quartæ partis eſt 12. cum dimidio. Duplanda autem eſt ſimpla quintæ, non quartæ. atque ita fit, vt præſtentur tantum viginti, non viginti quinque. Et ſimiliter, ſi fundus venierit decem, non præſtabuntur quinque, ſed quatuor tantum. Simpla quintæ partis, eſt duo: ſimpla quartæ, duo & ſemis, & duplanda eſt, vt dixi ſecundum reſponſum Papiniani, ſimpla quintæ, non ſimpla quartæ. Ratio autem decidendi, cur pro quinta parte tantum mille iugerum, quæ eſt quarta octingentorum, non etiam pro quarta mille iugerum, hoc eſt, pro ducentis quinquaginta, cur inquam, pro quinta, non pro quarta mille iugerum præſtetur dupla, hæc eſt; quia illa,

ducenta, quæ flumen abstulit emptori perierunt, vt iam non possit illorum ducentorum quartam partem, id est, 50. à venditore repetere per euictionem, ac si euicta essent, nec ei periissent: nam sane ei perierunt. Et generaliter verissimum est, post perfectam venditionem præter euictionis periculum ad emptorem pertinere omne periculum deminutionis & deteriorationis cum ad eum etiam pertineat omne commodum augmenti, & meliorationis: quod & nominatim de commodo alluuionis, & periculo eluuionis ita est proditum, *l. id quod, de peric. & comm. rei vend.* Et hoc est, quod Papin. ait in prima parte huius l. Ratio autem, propter quam dubitatur, an stipulatio committatur pro quarta parte mille iugerum, id est, pro ducentis quinquaginta, sumitur ex §. *seq.* argumentando à toto ad partem: quod etiam Accurs. intellexit, & omnino vim præcipuam huius legis intellexit; nec potui tandem post longam disputationem, quam ab hac hyeme vsq; in hunc diem traxi tecum doctissime Gregori, in sententia Accursij non manere. Ratio igitur dubitandi hæc est. Euicto fundo toto, qui nunc est octingentorum, stipulatio duplæ committitur, vt ait in §. *seq.* non pro pretio octingentorum, sed pro pretio mille iugerum, perinde ac si fundo nihil deperiisset: vt si fundus venierit 100. ex stipulatione duplæ præstantur ducenta, non 150. Sic igitur argumentor: euicto toto fundo, qui nunc est octingentorum iugerum, pro toto fundo, qui olim fuit mille iugerum, præstatur euictio: ergo euicta quarta parte fundi, qui nunc est, id est, pro ducentis, non pro ea parte præstatur euictio, sed pro quarta parte fundi, qui olim fuit, id est, pro ducentis quinquaginta. Sed respondeo, non valere argumentum à toto ad partem, & aliam esse rationem totius fundi, aliam euictæ partis. Videamus, quæ sit ratio differentiæ. ea non est obscura: si fundus nunc est octingentorum iugerum, perinde committitur stipulatio, ac si fundus mille iugerum euictus fuisset, & duplatur pretium mille iugerum: quia iure committitur stipulatio in totum, cum fundus euictus sit totus, quantus quantus est, qualis qualis est, etiamsi vnius tantum iugeri fundus fuerit, cætera iugera flumen abstulerit: Perierunt quidem etiam hoc casu emptori secundum regulam iuris, quæcumque flumen abstulit, sed finguntur non periisse ei, aut dissimulamus ei periisse, & perinde, ac si non periissent, & euictus fuisset fundus mille iugerum, ei competit actio ex stipulatu: quia verum est totum fundum fuisse euictum, quamuis cum euinceretur, non fuerit tantus, quantus cum venderetur. Priore autem casu huius l. non iure committitur stipulatio pro quarta mille iugerum, cum non quarta, sed quinta euicta sit, id est, ducenta, quia iniquum est emptori præstari amplius euictionis nomine, quam euictum est, & ducenta tantum euicta sunt: ex ducentis, quæ flumen abstulit, nihil est euictum: eorum igitur rationem haberi non conuenit, etiamsi forte flumen fundum redegisset ad vnum iugerum, cætera absumpsisset, & euinceretur semiiugerum pro indiuiso, non pro dimidia parte mille iugerum, sed pro dimidia vnius iugeri, quæ euicta est; committeretur stipulatio duplæ: hæc ratio apertissima est. Neque est alia quærenda. Azonis ratio alia est quæ tamen Accursio placet, ideo euictis ducentis, siue parte quinta, non haberi rationem eius, quod flumen abstulit, quia quantum eluuio abstulit, inquit Azo, tantum forsan post alluuio allatura est. Is qui sperat commodum alluuionis, æquo animo debet ferre incommodum eluuionis. Euicto autem fundo toto, emptor nullum sperat commodum alluuionis, quia nihil ex fundo retinuit. Sed ea ratio non est probanda nobis, quia non propter spem incertam alluuionis, vel cuiusuis commodi futuri periculum pertinet ad emptorem ex regula iuris, sed quia venditio perfecta est, & id tantum potest ex fide bona imputari venditori, quod dolo vel culpa eius accidit, §. *cum ante, de empt. & vend.* Quæ ratio etiam efficit, vt sequenti casu, quo totus fundus euincitur, periculum

A etiam eluuionis pertineat ad emptorem, quamuis toto fundo euicto nullum ex alluuione lucrum speret, sed effectu ipso, perinde atque si ad eum non pertineret periculum, res æstimatur & stipulatio committitur. Altera ratio differentiæ, quam Accurs. affert, ideo euicto fundo toto, qui nunc erat octingentorum, & fuerat venditionis tempore mille, stipulationem committi pro mille, quia, qui eum euincit, si integer permansisset, eum etiam euicturus erat, id est, mille iugera. quæ ratio merito displicet, quia non, quod euicturus quis fuerit, committitur stipulatio duplæ interposita euictionis nomine, sed quod euicerit, *l. si rem*, §. 1 *h. tit.* Et fuit formula actionis de euictione huiusmodi aduersus venditorem; *quod euictionis nomine victus fueris*, id est, quod denuntiato te ac

B præsente, ac liti subsistente res mihi euicta fuerit: vel dicamus, quod te denuntiato, ac præsente, & liti subsistente res euicta mihi fuerit. quod euicerit igitur aduersarius, non quod euicturus fuerit. & displicet ratio quæ Accursio displicet, nec placet quæ eidem placet. Non admitto etiam quod Accurs. in ponenda specie primæ partis, fingit, eum, qui euicit ducenta iugera pro indiuiso, petiisse 250. ab emptore, & emptorem ei reputasse 50. pro rata ducentorum, quæ flumen abstulerat, atque ita eum non euicisse totum, quod petierat, id est, ducenta quinquaginta, sed ducenta tantum. Nam etiamsi hoc emptor non fecerit, res ita procederet vt diximus. non est igitur necesse id fingere vbi suppletione non est opus. Quæ auctor omittit, & nos omittere debemus.

C

Ad §. quod si. 1.

NVnc videamus, quid præterea ad hæc tractet Papin. Proponit speciem nouam in §. *quod si, h. t.* sed ad similem superiori. Quidam vendidit fundum mille iugerum, cui flumen nihil abstulit, imo vero adiecit 200. iugera alluuione, deinde pro indiuiso euicta est pars quinta totius, id est, mille ducentorum iugerum pars quinta est euicta: igitur euicta sunt 240. de mille ducentis. de ducentis, quæ accreuerunt 40. Quæritur pro qua parte præstetur euictio, an pro 240. quæ euicta etiam sunt? Minime. Sed pro ducentis tantum, perinde atque si sola 200. de mille fuissent euicta, non 240. quia periculum eius, quod alluuione accessit, non præstat venditor; neque enim id vendidit, nec de eo cauit quicquam,

D quod notandum: periculum alluuionis non præstat venditor, sed rei venditæ. Huic definitioni obstat *l. 15. in princ. h. tit.* Si id, quod alluuione cessit euictum sit, ait in actione ex stipulatu de qua accipienda est, *vt l. bonitatis* quæ præcedit, bonitatis æstimationem fieri, non quæ fuerit venditionis tempore, sed quæ alluuionis tempore. quo accessit illa pars fundo vendito, & pro bonitate eius, quod alluuione accessit, damnari venditorem. præstat igitur venditor periculum alluuionis, si euincatur. Respondeo, quod omnes agnoscunt, in ea lege conuenisse aliquid inter contrahentes de eo, quod accederet alluuione, quod essent frequentes in ea regione alluuiones, & proximus flumini venditus fundus: nam citra conuentionem sane venditor euictionem eius quod allu-

E uione accedit non præstat. Obstat etiam *l. 16. in princ. h. tit.* quæ ait, euicto fundo vendito agi ex empto de eo, quod accessit: loquitur de actione ex empto, fateor, sed quod attinet ad id, quod accedit alluuione, eius nomine, neque ex empto de euictione, neque ex stipulatu venditor conueniri potest. Et verum etiam *d. l. 16.* non loqui de eo, quod accessit alluuione, sed de eo, quod accessit, vel nominatim, vel etiam tacite. Nominatim, veluti seruo vẽdito peculium tacite accedit, vt ancillæ venditæ partus, & si euincatur partus, actio est ex empto, non ex stipulatu, vt heri diximus, non quasi sit venditus partus, nec enim est venditus, sed quia accessit rei venditæ, *l. 4. de penu. leg.* & ita ibi recte Accurs. accipit *d. l. 16.* hic male.

Ad §. quæsitum 2.

ALia species, quam attingit Papinianus in §. *quæsitum*, hæc est. Quidam vendidit fundum mille iugerum, flumen abstulit 200. mox idem flumen adiecit 200. per aliam partem fundi. post euicta est quinta pars totius, id est, 200. pro qua parte præstabitur euictio, seu committetur stipulatio: non pro parte quinta lex ait, id est, pro 200. quamuis sint euicta: non etiam pro quarta mille iugerum, id est, pro 250. sed committitur pro quinta octingentorum, id est, pro cẽtum sexaginta: cur non cõmittitur etiam pro reliquis 40. hoc est, pro quinta ducentorum, quæ alluuio attulit? Ratio est in promptu, quia vt lucro emptoris cessit alluuio, ita pro rata eius alluuionis euictionis periculum sustinere debet, non venditor. Et Papinianus ait, hoc esse consequens superioribus, id demonstremus. Non committitur stipulatio pro quarta parte mille iugerum, id est, 250. quia nec pro ea parte præstaretur euictio, si nihil alluuione accessisset. non etiam pro parte quinta, quia pro rata alluuionis, id est, pro quadraginta periculum euictionis venditor non præstat, vt dictum est §. præcedenti. Sunt igitur detrahenda ex 200. quę præstarentur, si nihil alluuio attulisset, quadraginta pro rata eius, quod alluuio attulit, quodque periculo est emptoris, non venditoris: hoc est quod ait in §. *quæsitum* m. ibi placet valde, quod nouam regionem vocat eam, quæ alluuione accessit, quia per aliam partem accessit, quam qua fugerat: Nam si per eandem ipsam partem accesserit, qua decessit, eadem pars videtur esse, id est, fundus suæ pristinæ formæ restitutus videtur, & forte tum præstaretur euictio pro ducentis.

Ad §. pen. & vlt.

QVod subiicit Papin. in §. *pen.* non est de parte pro indiuiso, sed de parte pro diuiso: sed quod est in §. *vlt.* est etiam de parte pro indiuiso non quidem affine aut consequens superioribus, sed acutum tamen vt superiora. Finge, vendidi tibi vnum iugerum pro indiuiso, ex fundo scilicet, quem habebam communem cum alio, & vendidi pro indiuiso: nec enim poteram aliter, non facta diuisione inter me & socium. Præterea eum tradidi tibi pro indiuiso, non potui tradere corporaliter, quia ea pars quodammodo non est corporea. Sed traditionis multa sunt genera, & tradidi tradito tibi instrumento meæ auctoritatis, *de mon titre*, qui modus traditionis receptus est, *l. 1. C. de donat. l. pen. §. vlt. de leg. 3.* Quæritur, an totum iugerum fecerim tuum traditione? an traditione vnius iugeri pro indiuiso, totius iugeri dominium in te transtuli? Minime, sed pro dimidia tantum, quia erat tantum meum pro dimidia, altera dimidia erat socij: & ita erant confusæ nostræ partes per totum fundum, vt vnaquæque gleba esset inter me & socium communis: ergo traditione iugeri non alienaui nisi partem dimidiam. Igitur, quod est supplendum, pro altera parte præstabitur euictio, quam tibi vendere non licet, cum non dominus vendidero, & eam tibi sit euicturus socius meus qui nunc est tuus. Idemque erit si ego fundum, quem communem habebam cum alio, vel certum locum id est, certam partem fundi (nam diuiditur fundus in loca & regiones) tibi tradidero: Nam videor tantum tradere, & tradendo transferre dominium eius partis, quam in eo fundo habeo pro indiuiso: alterius partis non facio te dominum nec possum, quia in eo nihil iuris habeo, & ideo pro parte vna tantum pręstatur euictio.

A



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. VIII. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 19. De interrog. in iur. fac.

B *Si filius, cum pro patre suo ageret, taceat interrogatus, omnia perinde obseruanda erunt, ac si non esset interrogatus.*



HÆc lex breuis quidem est, sed comprehensione rerum longa satis & obscura admodum, adeo vt nemo bene adhuc eam explicarit. Titulus est *de interrog. in iure fac.* In iure, id est, apud pretorẽ, ad sellam prætoris, vel præsidis. actiones, vel exceptiones, vel replicationes, vel interdicta, vel stipulationes prætoriæ postulantur in iure: & vt M. Tullius eleganter 2. *de Inuent.* ait, quodammodo potestas agendi datur in iure, & omnis priuatorum iudiciorum ordo constituitur. Denique eadem res bis veluti agitur, apud prætorẽ quasi velitatione: apud iudicem eum, quẽ dedit prætor, quasi iusto certamine. Fiunt etiam in iure C sæpe interrogationes, antequam detur actio, & iudex statuatur: veluti cum is, aduersus quem postulatur actio, interrogatur, quota ex parte heres sit, vt ex ea conueniatur, & formetur actio: Nam heres creditori hereditario ex 12. tabul. non tenetur vltra portionem hereditariam, & causa cadit creditor, vel alia pœna afficitur hodie, si contra heredem ex quadrante agat in semissem, quia quantitate plus petit: vel etiam is, aduersus quem postulatur actio, interrogatur, an filius suus sit, vel in sua potestate, an seruus, cuius nomine postulatur actio de peculio, vel de in rem verso, vel quod iussu, vel institoria, vel exercitoria, vel noxalis actio: Nam causa cadit etiam is, qui non cum eo agit, quocum agi oportet. Formandæ igitur & concipiendæ futuræ actionis causa, antequam ea detur, in iure fiunt interrogationes, ne aliter agatur, D quam oportet, ne plus petendo actor causa cadat, damnumue sentiat, *l. 1. hoc tit.* Et interrogationes eiusmodi fiunt ab eo, qui acturus est, ab aduersario, vel actore ipso, vbi æquitas eum mouet, vbi laborat in concipienda formula, & interrogatus respondere cogitur, ac mox ex sua responsione conuenitur ex hoc edicto *de interrog. in iur fac.* nam si confiteatur, se heredem esse ex asse, ex contractu defuncti conuenitur in assem: vel si interrogatus quota ex parte sit heres, confiteatur se heredem non esse. quo casu necesse fuit proprie illud edictum proponi, & dari ex eo eandem actionem in eum, qui falso confiteretur: Nam fides ei habetur contra se, & perinde ac si heres esset, conuenitur ex edicto, *l. de ætate, §. 1. hoc tit.* Dixi sciens, qui sciens se heredem non esse, confitetur E tamen, se heredem esse: Nam ignoranti & erranti succurritur vt *d. l. de ætate, §. ex causa.* vt si filius ignorans se esse exheredatum, respondeat se heredem esse: vel etiam si quis ignorans falsum esse testamentum, in quo est heres scriptus, respondeat se heredem: ignoranti succurritur, ne ex sua confessione damnetur, quæ falsa est. Et denique falsa confessio ei tantum nocet, qui improbe confitetur, qui mentitur, non qui mendacium dicit. Notandum etiam falsam confessionem ita demum nocere, si iuri & naturę congruat: Nam si iuri vel naturæ refragetur, nihil nocet: vt si quis interrogatus, an ille suus filius sit, respondeat filium suum esse, cum tamen ætas eius non patiatur, vt filius eius esse possit, falsa est confessio, sed naturæ repugnans, quia quod confite-

tur non potest esse, nec fieri: vel etiam si liberum hominem confiteatur seruum suum esse, quod abhorret à iure & natura, vel etiam si eum, qui iam excessit è vita, confiteatur seruum suum esse, vt in *l. confessionibus, & l. seq. & l. si ante.* Ioculares sunt huiusmodi confessiones potius quam improbæ. Qui iocatur, non mentitur, mendacium est species doli mali, *l. quid enim, de dol. mal.* Ergo qui confitetur se heredem esse, quod dicitur exempli gratia, omnimodo conuenitur, siue mentiatur, siue verum dicat, non si mendacium dicat. Nam qui fallitur, venia dignus est: contra is, qui negat se heredem esse, & verum dicit, non conuenitur; qui mentitur, vt si neget se heredem esse, qui heres est, in solidum conuenitur, in assem, licet heres sit ex parte tantum: hanc mendacij fert pœnam, *d. l. de ætate, §. si non.* Et ita si quis negat seruum suum esse, cuius nomine postulatur actio noxalis, cum tamen is seruus sit suus, si mentiatur negando seruum esse, non in hoc conuenitur, vt seruum noxæ dedat, *l. si seruus, hoc tit. l. 1. §. interdum, si quadr. paup. fec. dic.* Sed si mendacium dicat, negando se heredem esse, id est, si iusto errore ductus, non dolo malo neget se heredem esse, cum tamen heres sit, vt quia testamentum cernit prius, in quo alius est heres scriptus & ignorat prius ruptum esse posteriori, in quo scriptus est ipse, ducitur hic falso errore, vt neget se heredem esse, & ideo excusatur, *d. l. de ætate, §. qui iusto.* Quid autem dicemus, si interrogatus in iure taceat? de confitente & de negante diximus, nunc de tacente. Et placet eum, qui tacet quasi mendacem propter suam contumaciam teneri in solidum, etiam si sit ex parte heres, vel ex nulla parte, perinde atque si dolo malo negasset se heredem esse, cum esset. Taciturnitas negationem imitatur, non confessionem, *d. l. de ætate, §. qui cauit, & §. nihil.* Vbi adiicitur illa ratio contumaciæ: quia qui non respondet prætori, vel alij apud prætorem, qui non respondet in iure contumax est, id est, contemnit maiestatem prætoris, contemnit ius: contumax dicitur à contemnendo, *l. contumacia, § 1. de re iud.* videtur παρετυμολογεῖν. Contumax is est qui non respondet ei, cui obtemperare debet: superbus is est, qui non respondet etiam cui obtemperare non debet. Et inde M. Tull. 2. de orat. *ex Iurisconsultis nostris Trebatius & Cass. superbos dici volunt qui rogati non respondeant.* & idem in Lucullo, *si habes quod respondeas, nec respondes, superbe agis.* Quod erga alium superbia est, erga prætorem est contumacia, quæ ita plectitur, vt habeatur tacens pro negante. Et ita in cessione in iure is, is qui tacet, pro negante habetur, neganti comparatur, Caius 1. *Institut.* vt refert Boët. *Postquam,* inquit, *is, cui res in iure ceditur, vindicauerit, Prætor interrogat eum, cui cedit, an contra vindicet, quo negante vel tacente, tunc ei, qui vindicauerit, eandem rem, addicit prætor.* comparatur neganti tacens. Verum etiam aliquando tacenti succuritur, vt in specie, *l. 19. si filius hoc tit.* Credo vos scire filium, qui beneficio prætoris abstinet se hereditate paterna, non desinere esse heredem iure ciuili, heres manet post abstentionem nomine nudo, non re, quia re se abstinet. Iure igitur ciuili heres est, sed iure prætorio non habetur loco heredis. Finge: Hic in iure interrogatus post abstentionem à creditore hereditario, vel à prætore instante creditore hereditario tacuit: videtur ergo negasse se heredem esse, cum tamen heres sit iure ciuili; atque adeo videtur teneri in solidum creditori. Imo vero non tenebitur, quia etsi mentiatur negando vel tacendo iure ciuili inspecto, iure tamen prætorio inspecto, neque mentitur, neque mendacium dicit, *d. l. si filius,* aliquando etiam tacente eo, qui interrogatus est, omnia perinde obseruantur, ac si interrogatus non fuisset. Quod proponitur in hac l. his verbis: *Si filius, cum pro patre suo ageret, taceat interrogatus.* Accursius aliter legit: *si filius cum patre suo ageret.* Et ita rem bene explicat, si lectio est casta: Filiusfam. vult agere cum patre, & vicissim pater cum filio: mutuæ sunt petitiones, mutuæ actiones, & interrogatus filius tacet,

A nulla est interrogatio: nullum igitur taciturnitatis periculum. Cur? quia nullum est iudicium, quod postulatur, nulla lis esse potest inter patrem & filium, Et vtitur argumento *l. 9. §. 1. hoc tit.* si seruus interrogetur in iure, nulla est interrogatio, quia interrogatio fit formandi iudicij causa: atqui cum seruo nullum iudicium est, nulla est interrogatio, si nullum iudicium sequi possit. Et mihi videtur verisimile, Accursium & anteriores mutasse scripturam huius legis, quod veram non intelligerent, sed non bene mutarunt: quia vt legunt est imperfecta oratio. quia ita esset legendum, *si filius cum ageret cum patre suo.* veram scripturam retinent Florentini sicut plurimum: *Si filius cum pro patre suo ageret.* Et Basilica ὁ υἱὸς ὑπὲρ τοῦ πατρὸς ἐνάγων ἐὰν ἐρωτηθεὶς σιωπήσῃ. Elegans est sententia

B Papiniani. filius potest agere pro patre, etiam sine mandato, *l. sed & hæ, de procurat.* Sunt quædam personæ, quæ possunt agere pro aliis etiam sine mandato, vt liberi, fratres, liberti: sed finge eum, cum quo agit filiusfamil. pro patre, agere vicissim nomine patris, mutuas esse actiones, mutuas petitiones, si patrem non defendat filius, qui litem facit, siue inchoauit pro patre, non potest agere. Pœna procuratoris non defendentis hæc est, vt ei denegetur actio, *l. mutus, §. pœna, de procurat, l. 7. de noui op. nunt.* Nunc ergo filius agit recte pro patre suo: sed rursus non aget recte, nisi & patrem defendat, si conueniatur ab eo, cum quo agit nomine patris, non videtur autem defendere is, qui non cauet, seu satisdat iudicatum solui, non est idoneus defensor alienæ litis quisquam sine

C satisdatione iudicatum solui, *l. qui proprio, §. qui alium. de procurat. l. 18. §. pen. de castr. pec. §. pen. Institut. de satisd.* quæ satisdatio habet tres clausulas: de soluendo iudicato, *de payer la chose iugée,* de re defendenda & de dolo malo, vt is absit habet semper has clausulas, seu causas tres. Non videtur etiam defendere is, qui interrogatus tacet. Procurator enim eum cuius nomine agit, debet defendere non tantum in actionibus, sed etiam in interdictis, & in stipulationibus, & in interrogationibus, quæ fiunt in iure. si taceat non videtur dominum defendere, *l. non solum, in princ. de procurat. l. 9. §. Celsus hoc tit.* His igitur consequens est, filium, qui agit pro patre, & interrogatus ab aduersario, vel prætore instante aduersario, tacet, non defendere patrem: si non defendat nec potest agere pro patre, nulla actio est, nullum iudicium, & nul-

D la igitur interrogatio; ac proinde nulla etiam taciturnitas: sed omnia peinde, vt ait, obseruantur, ac si interrogatus non esset. Hæc est ratio Papiniani. Sed obstat huic rationi & legi, *d. l. non solum, in princ.* procurator agit nomine alieno, & aduersarius vicissim etiam cum eo agit eiusdem personæ nomine, cuius vicem ille procurator gerit, & interrogat procuratorem in iure, *an dominus sit heres, cuius nomine agit.* Si respondet heredem esse, tenetur ex hoc edicto. Idem erit si tacuerit; vt ait *l. non solum.* Ergo non perinde omnia obseruantur, ac si non esset interrogatus; tenetur enim ex taciturnitate. Respondeamus, non quod tacuerit teneri ex hoc edicto in solidũ, cum tacendo actionẽ à se institutam, vel instituendã nullam reddiderit: sed tenetur quod tacuerit ex stipulatione

E iudicatum solui, si eam præstiterit, quod ponẽdum est: tenetur ex clausula de re defendenda, quæ inest stipulationi iudicatũ solui: quod recte Accurs. intellexit. Nam & si filiusf. sit, qui agat pro patre, & reconueniatur, debet satisdare iud. solui. *filiusf. qui satisd. cog.* Finge igitur: Filius egit patris nomine, & eodem etiam nomine egit cum eo is, cum quo ipse experiebatur: mutuæ sunt actiones, mutuæ petitiones, & mutuæ igitur satisdationes, vt ait Cic. pro Quint. Filius igitur satisdedit iudicatum solui, cui satisdationi inest clausula de re defendenda, & interrogatus in iure tacet, & ita rem non defendit, an teneatur ex taciturnitate? Respondeo, non teneri ex hoc edicto, *de interrogationibus in iure. fac. quod Papin. vult. h. l.* sed ex stipulatione iudicatum solui, quod rem non defenderit, hoc est, quod tacuerit.

Ad l. 43. de religios. & sumpt. fun.

Sunt personæ, quæ quanquam religiosum locum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt, vt puta dominus proprietatis si in fundum, cuius fructus alienus est, mortuum inferat, aut inferre velit. Nam si intulerit, non faciet iustum sepulchrum. sed si prohibeatur, vtiliter interdicto, qui de iure dominij quæritur, aget. Eademque sunt in socio, qui in fundum communem inuito socio mortuum inferre vult: nam propter publicam vtilitatem, ne insepulta cadauera iacerent, strictam rationem insuperhabemus, quæ nonnunquam in ambiguis religionum quæstionibus omitti solet. nam summam esse rationem, quæ pro religione facit.

SVnt personæ, quę locum religiosum facere non possunt. Socius inuito socio in commune sepulchrum mortuum inferre potest, quod constat satis, quia eius rei causa habetur sepulchrum *l. 6. §. si quis, commun. diuid. l. 6. §. pen. de rer. diuis.* In communem autem locum purum, in quo non sit sepulchrum, socius inuito socio non potest mortuum inferre, & religiosum locum facere secundum regulam Sabini: & si intulerit inuito socio, non tenebitur actione in factum prætoria, qua tenetur is qui mortuum infert in locum alienum. vt tollat eum. Quanquam Trebatius & Labeo putabãt eum teneri ea actione in factum, *d. §. si quis*, sed malè quoniã sufficit actio fam. erciscundę, vel comm. diuid. *l. 2. §. an & socius, h. t.* qui habet ciuilem actionẽ, non indiget prætoria, *l. 1. in princ. de Publ. in rem act.* qui habet directam, non indiget vtili, *l. si heres ad Trebell.* & melior est ciuilis quã prætoria & directa quã vtilis, *l. si creditori, de leg. 1.* Et quæ refertur sententia Trebatij & Labeonis in *d. §. si quis*, refertur tantum, non etiam probatur: neque est quod existimes eum, *§. si quis*, pugnare cum *§. an & socius.* Hoc vero, quod constituimus ita procedit, si socius extraneum inferat in locum communem inuito socio: Nam ex ipsis sociis quilibet ibi sepeliri potest, etiam inuito altero, maxime si non sit alius locus opportunus, vbi sepeliri possit, si non sit proprius, sepelietur in communi, *l. si plures, h. t.* Ergo si socius inuito socio extraneum inferat, non fiet locus religiosus, imò ob id ipsum quod intulit tenebitur, vt tollat quem intulit famil. ercisc. actione, vel communi diuid. non igitur intulit iure, qui postquam intulit, tenetur vt tollat. Huic definitioni, quæ tamen est verissima, obstat hæc l. 43. Semper tractat Pap. singulare aliquid, & quod videtur pugnare cum regulis iuris. Nam ex hac l. ducitur argumentum eiusmodi. Socius inuito socio iure mortuum infert in locum communem, etiam extraneum, quia si prohibeatur à socio, ei competit interdictum de mortuo inferendo, ne scilicet vis ei fiat inferenti mortuum in locum communem. Si agat de mortuo inferendo, iure igitur infert, etiam prohibente socio. agit in inuitum: & iure igitur infert inuito socio. & vt latius exponamus, quæ scribit Papinianus, proponit generaliter, quasdam esse personas, quæ etiamsi locum religiosum non faciant mortuum inferendo, tamen agunt interdicto de mortuo inferendo, ne prohibeantur inferre. Interdictum de mortuo inferendo datur domino proprietatis, *l. 1. §. 1. tit. seq.* ne scilic. prohibeatur mortuum inferre in locum suum, siue is locus sit religiosus, siue purus, ne vis ei fiat quo minus in eum locum, cuius dominus est, mortuum inferat, & ibi sepelire liceat. est interdictum prohibitorium, id est, ne prohibeatur, ne vis ei fiat inferenti mortuum: datur inquam domino proprietatis, siue locus sit religiosus, siue purus. Locus purus est suus absque dubio: locus religiosus si per se spectatur non est suus, sed nullius in bonis, sed si spectetur cum fundo ipso, est quasi suus, & fundo vendito etiam locus ille sequitur emptorem, atque ita venit per consequentias quod est nullius in bonis, & esse non potest. *l. in modicis, de cont. empt.* Ad summam, interdictum de mortuo

A inferendo datur domino, ne prohibeatur inferre in locum suum vel quasi suum: & ideo *l. 2. §. quædam, de interd.* interdictum de mortuo inferendo ait continere causam veluti proprietatis, maxime si quis velit inferre in sepulchrum suum, in locum religiosum. Est quædam veluti proprietas, quoddam veluti dominium, vel quasi dominium, nec omnia interdicta sunt de possessione, id est, non in omnibus quæritur de possessione, seu de momentaria possessione, quanquam vt plurimum pertineant ad causam possessionis interdicta: sed quædam sunt de proprietate vel quasi proprietate, & ita eleganter ait Papinian. hoc loco, qui de iure dominij quæritur: nam hoc quæritur, an is, qui agit interdicto de mortuo inferendo, sit dominus eius fundi, in quem mortuum inferre vult. Satis intelligimus iam, quæ sit vis hu-
B ius interdicti: tractemus modo, quibus casibus locum habeat, quod sic generaliter proponit Papin. *Sunt quædam personæ*, inquit, *quæ quanquam religiosum locum facere non possint, interdicto tamen de mortuo inferendo vtiliter agunt.* Huius rei duo dat exempla: vnum de dominio proprietatis nudo, alterum de dominio pleno ex parte tantum. Sunt in iure nostro quatuor genera dominij: est dominium proprietatis, vsusfructus, possessionis, & dominium plenum aut plenissimum. Dominus proprietatis: (vt de eo primum tractemus) inuito domino vsusf. seu fructuario, inferendo mortuo locum religiosum non facit, non facit iustum sepulchrum, vt ait Papin. quia locus non occupatur religione; sed si prohibeatur inferre suorum aliquem, vt loquitur, *l. 2. vlt. h. tit.* quem
C scilic. non potest inferre in alium locum tam opportune, ne corpus illud insepultum iaceat, aget interdicto de mortuo inferendo, ne tantisper prohibeatur mortuũ inferre in eum locum, cuius proprietas nuda ad eum pertinet, vsusfructus est alienus, sed non faciet locum religiosum *l. locum. §. 1. de vsufr. l. 2. §. si vsufr. & l. vlt. h. tit.* Alterum exemplum est: Socius inuito socio non facit religiosum locum, sed si prohibeatur suorum aliquem inferre, quem non potest in alium locum opportune inferre, tunc aget interdicto de mortuo inferendo, vt scil. tantisper ei inferre liceat, dum quærat locum alium, ne corpus iaceat insepultum. Vnde sic argumentor: si agat, vt ne inferre prohibeatur, quasi asserens sibi licere inferre, licet igitur inferre inuito socio: Nam cuius rei actio
D mihi prodita est, & eam rem exequi iure possum: si persequor iure, & exequor etiam. Respondet Papinianus definitioni à nobis propositæ initio, stricta ratione non posse eum inferre mortuum in locum communem purum inuito socio: sed summa ratio potior est. est ratio alia, alia potior, scripto est vtilitas potior, & summa ratio est, quæ pro religione facit, quę publicam vtilitatem tuetur: ne corpora iaceant insepulta: summa ratio vtilitatis, & ęquitatis ratio, *l. sufficit, de condict. indeb. l. summa, de pecul.* Et ita quod dicitur fieri summa ratione, *l. 2. de præt. stip.* id in eadem specie dicitur fieri vtilitatis causa, *l. 4. §. de verb. obligat.* Stricta ratio videtur etiam esse summa ratio: Est enim summum ius, ἄκρον δίκαιον. Dionys. 8. ius strictum νόμιμον. Plut. in Coriol. τοῦ ἄκρου νομίμου. & Arist. ἀκρίβεια περὶ τὰ δίκαια οὐδὲν ἐπιεικὲς διδοῦσα. Summa æquitas
E summa ratio est. Porro ex duabus summis rationibus ea est potior, quæ est pro republica, veluti pro religione, pro sepultura mortuorum. Dices, non est pro religione ratio dandi interdicti de mortuo inferendo in hac specie, cum illatione locus non fiat religiosus. Dicam, ea quidem illatione nullum locum occupari religione, sed religionem omnem esse in sepeliendo. Qua de causa interdictum de mortuo inferendo dicitur esse de religione, *l. 2. §. 1. de interd.* Et notandum quod ait Papin. in ambiguis religionum quæstionib. strictam rationem insuperhaberi, quæ notanda valde est regula. possis dicere, in ambiguis quæstionibus, in quibus vertitur quædam ratio publicæ vtilitatis, strictam rationem insuper haberi, propter vtilitatem publicam, quod postea interpre-

tatur, omitti. & eodem verbo vsus est Papinian. in *l. heredem, de his quæ vt ind.* In qua lege ante Pand. Flor. ex ora libri irrepserat in contextum hoc modo: *omisit & insuperhabuit*: quo verbo vsus est Gell. & Symmach. & verbum hoc restituimus in *l. 2. C. si omiss. sit cau. test.* In qua lege proponuntur tres casus. Heres omittit causam testamenti, non petit bonorum possessionem secundum tabulas, sed ab intestato amplectitur hereditatem, cum is esset, qui poterat ab intestato succedere defuncto. Hic heres præstat legatum nihilominus relictum testamento, quamuis quantum in eo fuit, desertum sit & irritum testamentum. Alter casus est: non poterat ex testamento adiri hereditas, vel bon. possessio peti, quia erat falsum testamentum, vel irritum, vel ruptum, atque ita iudicium defuncti non insuperhabitum est, *h. e.* non est omissa causa testamenti, sed ad irritum iuris ratione reuocatum est. hoc casu non debet tolerari petitio eorum, quæ ex testamento relicta sunt. Tertius casus, heres scriptus, qui erat extraneus defuncto, repudiauit, & legitimus heres adiuit hereditatem deserto testamento: hoc etiam casu non debentur legata, nec libertates valent: ita est ille locus restituendus. Verum retineamus quod ait Papin. in ambiguis quæstionibus in quibus de religione vel de alia publica vtilitate aliquid vertitur, strictam rationem insuperhaberi. Stricta ratio est, vt in pari re potior sit causa prohibentis, *l. Sabinus, comm. diuid.* causa prohibentis est potior: & hac causa rursus est potior publica vtilitas siue religio: atque ideo in hac specie non est potior causa socij prohibentis, sed vincit, qui vult inferre mortuum tantisper dum alium locum inueniat, & quasi deponere terræ, non quasi iustæ sepulturæ. Et abutimur quotidie illa ratione stricta, vt in causa pari potior sit causa prohibentis, vt si in collegio quodam, in quo par est cuiusque ius & potestas, sint qui vel propter vnicam illam rationem velint impedire quod agitur: vnius intercessio cæteris impedimento est: sic sane, nisi aliud suadeat publica vtilitas: nam prohibitione publica vtilitas est potior. sic leges ad vsum sunt reuocandæ.

Ad l. 66. de condict. indeb.

Hæc condictio ex bono & æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, reuocare consueuit.

EXplicaturus quæ scripsit Papinian. hoc *lib. 8. de condict. indeb.* incipiam à *l. 66.* in qua Papinian. ait, hanc condictionem esse introductam ex æquo & bono; non est introducta lege aliqua certa, non prætoris edicto: (nec enim est prætoria actio, sed magis ciuilis) verum est introducta auctoritate siue interpretatione prudentum, ex sententia legum, ex bono & æquo, quasi ex promutuo, *h. e.* perinde atque si is, qui indebitam pecuniam soluit, eam dedisset mutuam *l. 5. §. is quoque, de obl. & act.* Indebiti solutio quasi promutuum est, & veluti ex mutuo datur condictio. Et hoc est quod ait *l. 15. hoc tit.* indebiti condictionem esse naturalem, *hoc est*, ex iure gentium, ex æquitate naturali. quod confirmat *l. si id quod, hoc tit. & l. pen. ad SCtum Trebell.* Condictio indebiti, natura venit, non legibus, sed ex sententia legum tantum, id est, veluti ex mutuo, siue exemplo mutui, exemplo mutuatitiæ pecuniæ: non venit igitur sine exemplo legum. Et notandum quod ait *d. l. 15.* quia condictio indebiti est naturalis, ideo venire in condictionem etiam quod accessit rei solutæ, veluti partum, id est, non tantum rem solutam condici posse, sed etiam, quod ei rei accessit, vt partum, si soluta sit ancilla, vel quod alluuione accessit, si fundus sit solutus, & venire fructus, qui ab eo, cui solutum est, bona fide percepti sunt. Videamus quemadmodũ hæc recte colligatur ex illa propositione indebiti condictionẽ esse naturale, & ideo venire partus, fœtus, fructus, accessiones deductis impensis *l. in summa §. ei qui, h. t.* ratio consequentiæ est euidens, quia sicut æquum est rem profectam ex bonis meis, quę apud te sine causa deprehenditur, restitui mihi, ita etiam rei fructus & accessiones eadem ratione æquum est mihi restitui, quia ad te etiam peruenerunt sine causa. In omnibus est par æquitas, & æquitas mater huius actionis. Quod tibi indebite solutum est, id sane apud te est sine causa. Itaque mihi est liberum id reuocare vel per condictionem indebiti, vel sine causa: concurrit condictio indebiti cum condictione sine causa, & vtraque est ex bono & æquo: de condictione sine causa est *l. si me, de reb. cred.* Eadem etiam causa est condictionis ob rem dati, & condictionis ex iniusta causa, vel
B turpi: omnes hę condictiones de quibus in hoc lib 8. agitur, veluti condictio indebiti, ob rem datam, ex iniusta vel turpi causa, sunt ex bono & æquo, *l. in summa, §. quod ob rem, hoc tit. l. 3. §. si quis, de cond. caus. dat.* Et ideo in eas omnes condictiones veniunt ea quæ venire æquum est. & accessiones igitur omnes, vt diximus: nam si res principalis est apud te sine causa, & accessio quoque, & ęquum est omnia mihi restitui, à quo profecta sunt. Et similiter ideo fit, vt, exempli gratia, is qui accepit pecuniam indebitam, non teneatur condictione indebiti, nisi quatenus ex ea re locupletior factus est, si bona fide pecuniam quasi debitam acceperit, *l. cum hi, §. sane si is qui, de transf.* Pendent multa ex hac definitione Papin. quod indebiti condictio sit ex bono &
C æquo, & illud quod modo dixi, vt non teneatur qui accepit nisi in quantum locupletior factus sit. sequitur etiam ex eo, vt condictio indebiti non detur in ignorantem, vt puta si is, cui solutus est homo indebite, ignorans eum manumiserit, valet manumissio, vt facta à domino, nec potest rescindi libertas, & qui manumisit, non tenetur, quia bona fide manumisit, nisi in operas liberti, & vt eius hereditatem restituat, *l. in summa, §. pen. hoc tit.* Omnia in his condictionibus ex æquo & bono diiudicantur. Et pari ratione condictio indebiti non reuocat quod ex bono & æquo debetur, id est, quod natura, *l. Iulianus, & l. naturaliter, hoc tit.* etiam si iure ciuili non debeatur, eoque nomine nulla competat actio: & è contrario condictio indebiti reuocat, quod
D ex bono & æquo non debetur, licet debeatur iure ciuili, vt si is, qui aliquid debet iure ciuili, tutus sit exceptione perpetua, & soluerit per errorem, reuocat quod soluit, quia id natura non debuit, sed iure ipso debuit: atque ideo tutus fuit exceptione æqua. Quod ita procedit, si exceptio fuerit ex genere earum, quæ tollunt naturalem obligationem, vt puta, exceptio pacti perpetui ne omnino petatur: nam vt pactum parit naturalem obligationem, ita omnino tollit. Et ideo, qui tutus hac exceptione per errorem soluit, repetit quia non debuit natura. Eiusdem generis est etiam exceptio doli mali, SCti Velleiani, iurisiurandi *l. qui exceptionem hoc tit.* Quędam alię exceptiones sunt perpetuæ, quæ non tollunt naturalem obligationem, vt exceptio SCti Macedon. qua se tuetur filiusf. cui mutua pecunia data est, & etiam
E pater eius, si conueniatur. Si data sit pecunia mutua, debetur quidem, sed agenti obstat exceptio SCti Macedoniani, quæ non extinguit naturalem obligationem: Ideoque si filiusfam. soluit, non repetit, quia debuit natura, & non congruit ea exceptio cum naturali ratione. Cur datur exceptio SCti Macedoniani? an quia non est ęquum mutuam pecuniam filio datam non reddi? minime, sed odio creditoris ratio pœnę causa, *d. l. qui exceptionem.* Eadem est ratio exceptionis rei iudicatę & exceptionis ex edicto, *quod quisque iuris in alt. stat. &c.* eandem causam habent hæ exceptiones: non tollunt naturalem obligationem, quamuis perpetuę. Ideo qui, cum eas haberet, soluit, non repetit, non condicit, quia quod soluit, natura debuit. Ergo ita concludamus. Perpetua exceptio inducit condictionem indebiti, si modo

ex genere earum fuerit, quæ tollunt naturalem obligationem. Aliæ sunt exceptiones temporariæ, & hæ generaliter non inducunt condictionem indebiti: veluti exceptio pacti temporarij, puta ne intra quinquennium agatur. Finge: is, qui tutus erat ea exceptione, ante quinquennium soluit, an habet condictionem indebiti? Minime, quia id sane debuit & iure & natura, licet ante quinquennium pecunia peti non posset: & pactum proficit in hoc ne petatur, non etiam vt interim non debeatur. sane debetur interim, licet non possit peti. Igitur exceptio pacti temporarij non inducit condictionem indebiti. Idem etiam est, si quis promiserit pecuniam, ab initio in diem, puta se daturum Calend. Martiis: nam & hic tutus est exceptione temporaria, cuius vetus formula hæc erat: *cuius pecuniæ dies fuisset, vt est in* 1. *de orat.* nam dabatur actio pecuniæ creditæ adiecto hoc modo, *cuius pecuniæ dies fuisset*, id est, si eius pecuniæ fuisset. Est igitur debitor tutus exceptione temporaria. quid si soluerit ante diem per errorem (nam hoc semper statuendum est:) quod solutum est per errorem, est sine causa apud eum, qui accepit. quod sciens soluit indebitum, est ex causa donationis apud eum, qui accepit, nec potest ei condici, quia qui sciens indebitum soluit, donat: & hoc de debitore in diem ita est proditum, *l. in diem, hoc tit. l.* 51. *mand.* & ratio est optima, quia ante diem nascitur obligatio statim, sed non potest peti statim: soluit ergo debitum, etiamsi repræsentauerit pecuniam & soluerit ante diem: & ita statuenda est differentia inter exceptionem perpetuam & temporalem. Sunt quædam exceptiones ambiguæ, & de quibus dubitatur sint ne temporariæ, an perpetuæ, l. 56. est de ambigua exceptione.

Ad l. 56. de cond. indeb.

Sufficit ad causam indebiti, incertum esse temporaria sit, an perpetua exceptionis defensio. Nam si quis, ne conueniatur, donec Titius consul fiat, paciscatur, quia potest Titio decedente perpetua fieri exceptio, quæ ad tempus est, Titio consulatum ineunte, summa ratione dicetur, quod interim soluitur, repeti. Vt enim pactum quod in tempus certum collatum est, non magis inducit condictionem, quam si ex eo die debitor soluit: ita prorsus defensio iuris, quæ causam incertam habet, condictionis instar obtinet.

Finge: Cum mihi deberes certam pecuniam, pacti sumus ne ea peteretur donec Titius Consul fieret. Si Titius moriatur, exceptio fiet perpetua: si Titius consulatum inierit, inuenitur fuisse temporaria. Quid fiet, si interim pecunia soluatur viuo Titio necdum ineunte consulatum, an quod solutum est, repeti potest? Perpetua exceptio inducit condictionem indebiti, non temporaria. Et definit Papin. etiam ambiguam exceptionem inducere condictionem indebiti; & summa ratione, id est, æquitatis ratione, quia parere condictionem est condictione indebiti repeti, quod soluitur interim, id est, dum viuit Titius, nec Consul designatur; tandem ita definit Papin. exceptionem pacti temporarij non inducere condictionem indebiti: item, exceptionem, *cuius pecuniæ dies fuisset*, videlicet si debitor ex die soluerit ante diem: nam vterque debitum soluit. loquimur de die certo ne ante quinquennium petatur, vel vt ex calendis illis pecunia soluatur: sed dies, de quo agitur in hac specie non est certus, donec Titius consul fiat: & exceptio, quæ inde nata est, etiam incerta & ambigua est, & dies incertus conditionem facit, *l. dies, de condit. & dem.* Quod autem debetur sub conditione, si soluatur pendente conditione, repeti potest, *l.* 16. *hoc tit. l. sub conditione, de solution.* Ergo & quod debetur sub incerto die, pendente die si soluatur, repeti potest, quia dies incertus conditionem facit. Nihil refert aliquid debeatur sub conditione, an sub incerto die, quia non debetur absolute, *l. cedere diem, de ver. sig.* nec certum est debitum iri. Et hoc ita procedit, si dies adeo fuerit incertus, vt & incertum fuerit, an venturus sit: Vt si promisero, cum domum ædificauero, vel cum Titius consul factus erit, quo exemplo vtitur Papin. Cum dies ita est incertus, sane dies incertus conditio est; & quod sub die ita incerto promittitur, sub conditione promittitur, & interim deberi non intelligitur. Quapropter si soluatur interim, repetetur etiam interim, sed non posteaquam extiterit conditio. Alia ratio est diei incerti, quem tamen certum est esse venturum: nam hic comparatur diei certo, non conditioni, vt si promitto daturum cum moriar: incertus est dies mortis meæ, sed tamen certum est me moriturum. Finge: Viuus solui, quod promiseram, & contuleram in diem mortis meæ, an repetam quod solui? minime, sicut non repeterem, si dies certus fuisset: quia siue sub die certo promittatur, siue sub incerto, qui omnimodo venturus sit, certum est debitum iri. Imo & iam debetur, antequam dies aduenerit, *l.* 17. *hoc tit.* Et hic necesse est, nos obseruare maculam, quæ occupauit *l.* 16. *hoc tit.* cuius mens hæc est, vt ostendat multum interesse sub conditione aliquid debeatur, an sub die incerto, qui omnino sit venturus. Nam dies incertus, quem incertum est an sit quandoque venturus, pro conditione est. Sed multum interest vtrum quid debeatur sub conditione, an die incerto, qui omnino venturus sit: nam si sub conditione debeatur, id est, quasi debeatur, (nec enim debetur absolute) & soluatur pendente conditione, repeti potest, quia forsan non debebitur deficiente conditione: existente autem conditione non repetetur sub die incerto, promitto cum moriar. ait die existente non posse repeti. Idem dixit de debito sub conditione l. 16. & tamen certum est, eum velle constituere differentiam inter debitum sub conditione, & debitum sub die incerto qui omnino venturus est: nam cum dixisset, *debitum sub conditione, si soluatur, pendente conditione repeti, existente conditione non repeti*, subdit; *quod autem:* quæ nota est differentiæ & diuersi casus. pro *existente* igitur, *pendente* legendum est. Cognata sunt verba quæ facile commutantur. Huc plurimum facit *l.* 17. nam ait: etsi cum moriar, promisero, & ante soluam, id est, pendente die, non repeto, quod valde notandum. Exceptio, est defensio iuris opposita intentioni aduersarij, quæ est vel perpetua, vel temporaria, vel ambigua. Perpetua inducit condictionem indebiti, si naturalem obligationem tollat. Ambigua etiam inducit, non temporaria. Nam si qui, vt sæpe apud bonos auctores, idem vt si quis. Florent. male *condictionis*, legendum, *conditionis*.

Ad l. 9. & l. 25. de const. pec.

L. 9. *Titius tamen indebiti condictione tenebitur, vt quod ei perperam solutum est, ei qui soluit, reddatur.*

L. 25. *Illud aut illud debuit, & constituit alterum, an vel alterum, quod non constituit, soluere possit quæsitum est. Dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutæ rei frangere.*

§. 1. *Si iureiurando delato, deberi tibi iuraueris, cum habeas eo nomine actionem, recte de constituta agis. Sed & si non vltro detulero iusiurandum, sed ad referendum necessitate compulsus id fecero, quia nemo dubitat modestius facere, qui referat, quam vt ipse iuret: nulla distinctio adhibetur, tametsi ob suam facilitatem ad meam verecundiam subsecuta sit referendi necessitas.*

Lex nona pertinet ad condictionem indebiti: Sæpe fit vt pro alio constituat quis se soluturum sine stipulatione his fere verbis, *de pecunia quam credidisti Titio, noli laborare, illam illo die soluam tibi sine controuersia.* Quæ ex conuentione etiam si stipulatio non intercesserit, ex edicto prætoris, is qui constituit, tenetur actio-

ne de constituta pecunia, quæ dicitur quoque actio constitutoria. Et is est proprie, qui vulgo dicitur respondere. Hic est proprie responsor non fideiussor, quia non intercedit stipulatio, & fideiussor interuenit tantum per stipulationem. Non est etiam expromissor, quia non intercedit stipulatio, & non nouatur prior obligatio: nam hæc sunt rata, vbi quis expromittit pro alio, is, pro quo expromittit, liberatur, quia nouatio fit: vbi autem quis fideiubet, vel constituit se pro alio soluturum, is pro quo fideiubet, vel constituit, non liberatur, *l. vbi quis, h. tit. l. si Titius, de in rem verso.* Fideiussor, est ad promissor, non expromissor: responsor siue constitutæ pecuniæ reus, neque est adpromissor, neque expromissor. Sæpe enim fit, vt debitor ipse constituat se soluturum id, quod debet: nemo fideiubet pro seipso, *l. heres, §. seruo, de fideiuss.* respondet tamen quilibet pro seipso, B id est, constituit se soluturum, quod debet, & tenetur hac actione constitutæ pecuniæ, nec non & priore actione: nam, vt diximus, constituto non nouatur prior obligatio, *l. item, §. vlt. l. si post, hoc tit. l. 4. §. in eum, de adm. rer. ad ciuit. pert.* Plerunque autem, cum quis constituit se soluturum id, quod debet, noui aliquid interuenit, alioqui videretur esse superuacuum constitutum, cum satis teneatur priori obligatione: Nã vel constituit se soluturum alio die, vel alio loco, quam initio conuenerit, *l. 3. §. vlt. l. 14. in prin. h. tit.* Vel constituit aliud se soluturum, quam quod debet, veluti debet forte pecuniam, & constituit se soluturum frumentum, *l. 1. §. an potest, h. t.* vel etiam cum debet illud aut illud sub disiunctione, cum promisit se soluturum Stichum aut Pamphilum, constituit se soluturum Stichum sine vlla disiunctione, *l. illud. h. tit.* atque ita non constituit quis pro seipso, quin fiat noui aliquid, nec tamen fit nouatio prioris obligationis. Nam integrum est, vel posteriore obligatione vti, vel priore. Verum cum quis pro alio constituit, etiam si nihil noui interueniat, hæc causa vtilissima est, cum vni reo accedit etiam alius. Certum nullum est constitutum, nisi quod constituitur, debitum fuerit: nam sicut stipulatio nulla est, nisi præcedat causa aliqua interponendæ stipulationis, *l. 2. §. circa, de doli except.* Ita etiam constitutum sine causa non valet, id est, nisi præcedat debitũ, vel iure, vel natura: & constitutum comparatur etiam in eo stipulationi, quod non nouat priorem obligationem: Nam stipulatio non nouat priorem stipulationem: vt si credita pecunia in stipulationem deducatur, creditori D est condictio si certum petetur, tam ex mutui numeratione, quam ex stipulatione; est condictio ex duob. contractibus, *l. obligamur, §. re. de oblig. & act. l. certi §. quoniam, de reb. cred.* Stipulatio & constitutum accessiones sunt priorum obligationum, non nouationes. conuentiones sunt, quæ interponuntur prioris obligationis confirmandæ causa, aut permutandę: nam additur aliquid, vt si alio die constituatur solui, vel alio loco, vel si alia res pro ea quę debetur, vel si constituatur pure, quod debitum erat sub conditione. Quod autem prętori in hoc edicto est constituere, id legibus olim erat, recipere, veluti recipere se soluturum, aliquid daturum, vel facturum; & actio legitima, quę dicebatur receptitia. Sic mutantur vocabula iuris: Quod olim recipere, hodie cõ- E stituere est; longeque alia est ratio constituti, quam fuerit recepti, vt ius mutatur ita & nomina: longe alia ratio receptoriæ quam constitutoriæ. Sed Iustiniani constitutione transfusa est receptitia actio in constitutoriam, vt iam duæ non sint actiones, sed vna sit constitutoria. Ita sæpe mutata sunt iuris vocabula. Ita quod fuit olim vtendum dare, id est, hodie commodare: quod in interdicto de vi detrudere, hodie est deiicere. Et hæc quidem de constituto præfari erat necesse. Dicendum est etiam aliquid de adiecto solutionis gratia. si stipuler mihi & Titio dari, partim vtilis, partim inutilis stipulatio est; nam pro parte Titij est inutilis, cum pro alio facta stipulatio non valeat. Itaque mihi soli pro parte mea adqui-

A ritur obligatio, *l. vlt. in fi. de verb. obl. §. quod si quis, Inst. de inut. stip.* Aliud dicemus, si stipuler mihi aut Titio dari: nam illa stipulatio pro parte mea tantum valet, posterior vero tota vtilis est, quia non id agitur, vt Titio adquiratur obligatio, quę etiam non posset adquiri Titio per me, sed vt adquiratur mihi soli: soluatur autem vel mihi, vel Titio, quasi procuratori meo. coniunctio facit nos pares, disiunctio facit dispares: Et in persona quidem alterius, non stipulantis, obligatio consistere non potest, quia per liberam personam, vel per alienam personam, alteri non adquiritur obligatio, sed per eum tantum, qui illius iuri subiectus est: verum in alterius persona, quasi procuratoris, solutio consistere potest. Hoc igitur sermone, *mihi & Titio dari*, applicatur obligationi Titius, quod fit inutiliter. Illo autem sermone; *mihi aut Titio dari*, Titius solutioni applicatur, & adhibetur, quod fit vtiliter: obligationi enim non applicatur. Atq; ideo dicitur Titius adiectus solutionis gratia. Nemo potest communis obligationis gratia adiici: communis solutionis gratia adiici quilibet potest: & ideo Titio recte soluitur, etiam inuito me stipulatore; sed non potest ex stipulatu agere, & similiter non potest nouare obligationem, non acceptum facere, non pignus, non fideiussores accipere: postremo ei etiam non constituitur recte. Finge: stipulatus sum de te *mihi aut Titio dari*, constituisti Titio, te ei daturum, an tenearis constitutæ pecuniæ actione? minime, quia constitutum caret causa: neque enim tu Titio quidquam debuisti. Titius actionem non habuit, tametsi ei soluere potueris: ergo ita dicamus: constitui Titio, suo nomine non potest, *l. 7. §. vlt.* C *h. t.* Recte ait, *suo nomine*, quia scilicet ei suo nomine nihil debetur: nam procuratorio nomine ei constituitur recte, videlicet quasi procuratori stipulatoris, *l. 6. § Iulianus, h. t.* Omnis autem adiectus solutionis gratia, est procurator, quoniam videtur ei mandatum, vt pecuniam solutam accipiat. Atque illud in iure passim dicitur, eum teneri actione mandati, vt scilicet solutam ei pecuniam reddat, *§. plane, Inst. de inut. stip.* Constitui igitur adiecto potest vt procuratori, sed non vt creditori, alieno nomine, non suo. Rursus finge: stipulatus sũ de te mihi aut Titio dari; ac similiter tu constituis te soluturum mihi aut Titio; constituis vt promisisti, res expedita est, mihi soli competit actio de constituta pecunia, *l. 8. h. tit.* Titio solui poterit. vt adiectus est in stipulatione solutionis gratia tantum, ita & in constituto: mea est autem actio propria, & prior ex stipulatu, & posterior ex constituto: Titio tamen solui potest etiam inuito me, & si fit solutum, non est condictio indebiti ei qui soluit, argum. *l. sed etsi, de cond. indeb.* ac rursus, si solutum sit Titio, ipso iure perimitur vtraque actio, quæ mihi competebat ex stipulatu, & ex constituto, *§. plane, Inst. de inutil. stip.* perinde ac si mihi solutum fuisset: nam quod soluitur Titio, mihi videtur solui, & debitori ipso iure contingit liberatio vtriusque obligationis. Quod quidem ita procedit, vt proposui, si stipulatus sim mihi aut Titio dari, ac similiter promissor constituerit, se daturum mihi aut Titio: nam (qui est alius casus) si stipuler mihi dari non adiecto Titio; deinde promissor constituat se daturum mihi aut Titio, & soluat Titio, ipso iure perimitur actio constitutoria, quę mihi competebat, quia solutionis gratia Titius fuit adiectus constituto. Actio autem prior ipso iure non perimitur, quia in stipulatione priori Titius non fuit adiectus, nec inspecta stipulatione Titio recte solutum intelligitur: Ideoque ipso iure non perimitur prior obligatio, sed perimitur per exceptionem huiusmodi; si non tua voluntate solui Titio. Quæ est sententia legis *pen. h. tit.* nam vt recte Accurs. intelligit, pone in illa l. me mihi tantum stipulatum esse, deinde constitutum esse mihi aut Titio, & soluta pecunia Titio, ipso quidem iure peremptam esse actionem constitutoriam, sed non priorem actionem ex stipulatu. Verum vt ait, *d. l. pen.* debitor erit adiuuandus per exceptionem.

ptionem, si conueniatur priori actione. priorem illam actionem vocat, vt vulgo est scriptum, propriam actionem, cum vtraque sit illius propria, qui stipulatus est, non communis cum adiecto. Vocat haud recte vt videtur propriam actionem, cum vtraque sit propria quæ dicitur alibi in *h. t.* obligatio sortis (sequens n. quod ex constituto nascitur est potius accessio) & dicitur prior obligatio, *l. si actor, de iureiur.* atque ita cum Flor. in *d. l. pen.* sit scriptum *propria actioni*, ausim affirmare esse traductionem literarum, & legendum, *priori actioni*, vt in *d. l. si actor*, quia inspecta priori obligatione non potuisti soluere Titio: stricto igitur iure priori actioni pecuniæ, postea constitutæ obligatum manere debitorem, sed etiam ei succurrendum data exceptione hac; *si non voluntate tua soluit Titio.* Quod si mihi, aut Titio promisisses, & constituisses etiam, soluendo Titio, ipso iure & priorem & posteriorem obligationem perimeres, *d. §. plane.* Rursus fingamus ex *d. l.* 8. cum qua hæc lex 9. est coaptanda: stipulatus sum mihi aut Titio dari, & constituit promissor mihi soluturum soli: nihil mutat, etiamsi adiecerit soli. Cum ita constituisset, Titio soluit, an liberabitur? Priori sane actione liberatur, quoniam in stipulatione priori Titius fuit adiectus solutionis gratia: posteriori actione non liberatur. Atque ita licet soluerit Titio, tamen cogetur mihi soluere actione de constituta pecunia, sed dabitur ei condictio indebiti aduersus Titium, quia bene sibi non prospexit soluendo Titio, qui mihi soli constituerat soluturum. Errauit. condictio indebiti solet dari errantibus & improuidis. Et hoc est, quod ait Papin. in *l. 9.* Ego vero nihilhominus agam actione constitutoria, vt mihi soluat, quod mihi constituit se soluturum, tametsi iam soluerit Titio. Nec obstat *l. si ita stipul. de solution.* cui aliter respondendum est, quam resp. Accurs. Species est huiusmodi: stipulatus sum mihi, aut Titio dari, deinde constituit promissor se mihi soli soluturũ. Si postea soluat Titio, non est perempta actio de constit. pec. quamuis potuerit soluere Titio. Si potuit soluere Titio, cur tenetur actione constitutæ pecuniæ? cur bis eandem pecuniam infert, Titio semel, & mox mihi, vel etiamsi recte soluit Titio, cur condicit? res ita explicanda est. potuit soluere secundum stipulationem Titio, sed non secundum constitutum, ideoque soluendo Titio ipso iure liberatur priori obligatione, sed non posteriore: quamquam etiam hoc casu æquum est ei subuenire per exceptionẽ, quod sequutus sit formam stipulationis, quam non putabat immutarie velle stipulatorem, etiam si constituerit non adiecto Titio. Igitur debitori suppetunt duo remedia, vt vel me agente de constituta pecunia opponat exceptionem, quod soluerit Titio, secundum stipulationem, arg. *l. pen. hoc tit.* vel si omittat hanc exceptionem, & mihi iterum soluat hanc pecuniam, vt condicat, quasi indebitum, aut quasi sine causa, quod soluit Titio perperam, hoc est, per errorem: perperam vox est communis Græcis & Latinis, quod significat per errorem, & inconsulto: nam scienti nunquam datur condictio indebiti. Perperam eum soluisse ex eo apparet, quia non est à me liberatus actione constituti. Cur non liberatur ex causa constituti qui soluit Titio, licet constituerit se mihi soluturum non Titio? quia vt dicitur in *l. seq.* is, cui constituitur, loco eius habetur, cui solutum est. constitutum est vice solutionis: videtur ergo quodammodo mihi soluisse, qui constituit mihi solui. Ergo, si post soluat Titio per errorem, æquum est ei soluti repetitionem dari. Errauit quod constitutum non habuerit pro solutione, vel quod oblitus fuit se constituisse mihi soli. Et ita si duo sint rei stipulandi, vt si ego & Titius stipulati sumus de te nobis dari, singulis debetur in solidum. Post si constitueris te mihi soluturum, & solueris Titio, alteri ex correis, nihilominus teneris mihi actione constitutoria, sed dabitur tibi condictio indebiti aduersus Titium, quia is cui constituitur, inquit *l. seq.* haberi de-

A bet loco eius, cui solutum est, & similis ei est, qui pecuniam accepit: quod si ita est, apparet perperam eum soluisse alteri, quia iam non habetur pro correo, cum alteri solutum intelligatur. Et ita in hoc tractatu obseruo semper auctores argumentari à solutione ad constitutum, vt in *l. 1. §. an potest, hoc tit.* aliud pro alio solui potest volenti creditori, & constitui igitur: quia constitutum vice solutionis est: ac similiter pro inuito soluere possum, & eum liberare, *l. solutione, de solut.* Possumus etiam pro inuito constituere, *l. vtrum, hoc tit.* exemplo solutionis, nec tamen eum liberabo; constitutum enim non soluit obligationem: atque ita constitutum non per omnia simile est solutioni, sed in multis.

Eadem ratio est *l. 35. in prin. h. t.* quæ est ex eodẽ lib. Pap. Stipulatus sum illud aut illud dari, Stichũ aut Pamphi-
B lũ: vterque est in obligatione, alter in solutione tantum, vterq; in petitione, modo ita petatur vt est deductus in stipulationẽ. Promisisti illud aut illud, & peto illud aut illud: solues alterũ tantum. Finge: cõstituisti alterũ tantũ, vt Pamphilum te solututũ, an postea poteris soluere Stichum, quem non constituisti? Minime, quia non debes constitutæ rei fidem frangere, & licet addere, & quia pro eo est, ac si soluisses Pamphilum, quem constituisti, vt iam non sit tibi integrum soluere Stichum: pręstare debes in constituto & soluere Phamphilum, vt in solutione Pamphili perstares, siquidem eum soluisses naturaliter. Addit aliud de constituta pecunia, quod Accurs. pessime interpretatur, & cæteri, & delenda est summa Bartoli ad §. *seq.* Finge: detulisti mihi iusiurandum, cum esset inter me & te lis de pecunia credita,
C quam ego dicebam me tibi credidisse, & iuraui mihi deberi. ex iureiurando nascitur actio in factum honoraria ad exemplum iudicati, *l. actori, C. de reb. cred. §. item si quis stipul. Inst. de act.* Qui tenetur actione iusiurandi in factum, an & constituendo tenetur? Qui scripserunt de constituta pecunia veteres auctores percurrunt omnes actiones, vt cum scribunt de fideiussoribus, & ostendunt constitui recte, quod debetur actione furti, aut vi bonor. raptorum actione, legis Aquiliæ, aut iniuriarum, *l. 29. h. tit.* pro actionib. quæ ex maleficio oriuntur, recte fit constitutum; certe etiam pro actionibus, quæ ex contractib. vel quasi, nascuntur, siue sint ciuiles, siue honorariæ, *l. 1. § debitum, h. tit.* Imo & pro naturali obligatione tantum recte fit constitutum, sicut & pro his omnibus causis re-
D cte adhibetur fideiussor. Notandum in hac l. etiam pro actione iurisiurandi recte fieri constitutum, id est, recte constitui, quod venit in actionem in factum ex iureiurando: vt si delato mihi iuramento iurauero mihi deberi, recte mihi cõstitues quod possum petere actione in factũ ex iureiurando. Non est ponendũ me iurasse, te cõstituisse mihi, sed iurasse mihi debere: & adiicit nihil interesse, an iurauero delato, an relato iureiurando: defertur vltro, refertur coacte. Nam exempli gratia, si cum abs te peterem decem, & negares te mihi quidquam debere, detulero tibi iusiurandum vt iures te non debere, nec velis iurare, si ita sis superstitiosus, vel verecundus, sane cogeris mihi iusiur. referre, vt ipse iurem mihi deberi, *l. manifestæ, de iureiur.* alioquin manifestæ turpi-
E tudinis & confessionis est nolle nec iurare, nec iusiurandum referre. Ergo siue cum mihi deferretur, siue cum mihi referretur, iurauero mihi deberi, recte postea mihi constitues, quod petere potui actione in factum ex iureiurando. Est quidem ea actio prætoria, non ciuilis: Sed & deberi recte dicitur, quod iure prætorio debetur: si debetur, & constituitur igitur recte. quapropter licet etiam addere ad tit. de fideiussoribus pro actione iurisiurandi recte actionem dari.

Ad l. 1. de præscript. verbis.

Nonnumquam euenit, vt cessantibus iudicijs proditis, & vulgarib. actionibus, cum proprium nomen inuenire non possu-

mus, facile descendamus ad eas, quæ in factum appellantur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam. §. 1. Domino mercium in magistrum nauis, si sit incertum, vtrum nauem conduxerit, an merces vehendas locauerit: ciuilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit. §. 2. Item si quis pretij explorandi gratia rem tradet, neque depositum, neque commodatum erit, sed non exhibita fide, in factum ciuilis subijcitur actio.

CVm libro octauo Papin. proposuisset varias species actionum, quæ ex singulis negotiis dantur, & nomen proprium habent, transiens ad actionem de præscr. verb. quę nomen proprium non habet, & non ex vno, sed ex innumeris negotiis datur, quorum actiones nullæ iure ciuili proditæ sunt: vsus est præfatione eleganti in hac *l.* 1. nonnunquam euenire, vt deficientibus vsitatis, & vulgaribus actionibus, quæ legibus proditæ sunt deficiente proprio nomine contractus, facile decurramus ad actionem præscr. verb. quasi ad extremum subsidium iuris sui persequendi, & obtinendi; quod ait, se breuiter demonstraturum duobus exemplis. Verum antequam ea exponamus, paululum nobis est enarranda causa introducendę actionis, quę dicitur præscr. verbis, & explicandum etiam, cur hæc appellatio non sit proprium nomen, seu propria appellatio. Prætor vel Iureconsf. qui formulas concipit, vel actor, qui eis vtitur, cum eas sibi dari, aut ita concipi postulat, hoc custodire, hoc curare semper debet, vt rebus accommodentur actiones propriæ: & actor, vt edat etiam specialiter nomen actionis aduersario suo puta se acturum ex empto, depositi, vel commodati, *l. edita, C. de eden. l. 2. C. Gregor. de calum.* & in nou. Valentin. de Episc. iud. Et hoc quidem est facile factu, si quibus de rebus agitur, legibus proditæ sint actiones propriæ. At non omnibus de rebus proditæ sunt actiones propriæ, peculiares, singulares, non est plenus actionum numerus, *l. quia actionum, h. tit.* neque vero tanta potuit esse prudentia maiorum, quanquam fuerit summa, vt omnib. reb. actiones proprias, nomina propria constitueret. Ingens est copia rerum & infinita: nominum autem non est tanta, vt omnia negotia suis nominibus appellari possint. Rerum est infinitus numerus, nominum finitus, *Arist. initio elenchor.* Nec mirum, cum res sint à natura: voces ab hominib. & superat facile natura hominum inuenta: finiti ad infinitum nulla est proportio: & hoc est, quod ait Vlp. in *l.* 4. *h. t.* natura rerum conditum esse, vt plura sint negotia, quam vocabula. Contractus superant nomina: non suppetunt omnibus contractibus nomina ciuilia: nec actionibus igitur ciuilibus, quæ manant ex contractibus ὑπὲρ τὰ ὀνόματα ἐστι τὰ συναλλάγματα. concurrunt sæpe negotia, ex quibus nullæ legibus proditæ sunt actiones, negotia, quæ proprio nomine vacant, ac sæpe est magna quæstio, negotium, quo de agitur, quemadmodum gestum sit inter contrahentes, & ius nomen quale sit, aliud aliis imponentibus; & diuersa sæpe in ea re iudicia Iurisconf. & iudicum, & litigatorum. Quod cum euenit, tutius est, vt ait *l. naturalis* §. *pen. & l. Titius, h. t.* dubitationis tollendæ causa, vt ait *l.* 1. *de æstimator.* agere præscr. verbis, id est, conceptis verbis in factum & rem, de qua agitur, narrare prout gesta est, nullo nomine expresso actionis contractus: agere, vt Theoph. ait, *διηγηματικῶς, narratiue.* datur ergo actio præscr. verbis. quæ definitio notanda est. ex contractib. siue negotiis, quæ nomen non habent certum, vel quia quemadmodum sunt gesta, non liquet satis, vel quia de eorum nomine ambigitur, ita vt nesciatur, ad quam legem referenda sint, & est ea actio non prætoria, sed ciuilis, quia sci. non datur, nisi ex negotiis moribus ciuitatis receptis, vel quæ proxime accedunt ad negotia ciuilia, legitima, vsitata, vulgaria, solemnia, quæ nomen suum habēt. Et ita in d *l.* 1. *de æstimat.* si rem meam æstimatam tibi vendendam dedero, vt vel eam referres, vel pretium & æstimationem, quam ego indicaui, dari actionem præscr. verbis, quia ciuile nego-

A tiū gestum est, inquit, consimile scilicet negotio habenti nomen proprium, locationi scilicet & conductioni, vel mandato. Omnis actio præscriptis verbis est similis actioni ciuili, *l. naturali* §. *pen. h. tit.* Et ciuilis igitur etiam ipsa. quæ est proxima & similis ciuili, & ipsa ciuilis est. Omne negotium, ex quo datur actio præscr. verbis, est simile vel emptioni, vel locationi, deposito, commodato, mandato, vel negotiis aliis, quibus leges nomina dederunt propria: alioqui, si quod negotium forte illorum instar non habuerit, ex eo non dabitur actio præscriptis verbis, *l. naturalis* §. *quod si fac. h. t.* Sed ne longe aberremus à lege nostra, eius, quod proposuit Pap. initio, duo dat exempla. Tractemus de priori. Locatori, si sit contracta locatio & conductio, datur actio ex locato,

B conductori ex conducto. Verum sæpe dubitatur, quis sit locator, quis sit conductor, cui sit danda actio ex locato, cui ex conducto. Definiamus igitur, quis sit locator, quis sit conductor, cui sit danda actio ex locato, cui ex conducto. Locator est is, qui accipit mercedem, vt dn̄s ædium: conductor autem est is, qui dat mercedem, vt inquilinus, qui ædes conduxit, dat mercedem, & est conductor. Hæc definitio est falsa in multis casibus: Nam si ego domum ędificandam dedi, locator sum, nec tamen accipio mercedem, sed do: & contra, si domum ædificandam accepi, conductor sum, nec tamen do mercedem, sed accipio. Igitur certissima definitio hæc est, qua ego vti soleo, & quæ neminem fallet. Locator est is qui dedit aliquid fruendum, vel faciendum: qui dedit

C fruendum, accipit mercedem, qui dedit faciendum, dat mercedem. Conductor, est is, qui accipit fruendum vel faciendum: qui accipit fruendum, dat mercedem; qui accipit faciendum, accipit mercedem. Denique locatoris est dare, conductoris accipere. & secundum hæc, si magister nauis mercatori det nauem vtendam constituta certa mercede, locator est magister nauis, & accipit mercedem, dominus mercium est conductor, & dat mercedē. Longe aliud erit, si res ita gesta sit, puta, si magister nauis merces vehendas acceperit: ita enim gesto negotio magister nauis est conductor, & accipit mercedem: dominus mercium est locator, & dat mercedem, *l.* 2. *ad l. Rhod.* Atque ita multum interest magister nauis nauem locauerit, i. dederit vtendam, quo casu dominus mercium conductor est, & agit cum magistro

D nauis ex conducto, non ex locato, an vero magister nauis acceperit merces vehendas, quod est conduxerit, quo casu dominus mercium est locator operarum magistri, & agit cum magistro nauis ex locato. Si agat ex conducto, agit perperam. Quid ergo fiet, ne agat perperam? Si incertum sit, magister nauis nauem locauerit an conduxerit merces vehendas, si ignoretur quemadmodum negotium gestum sit, hoc si ignoretur, & illud quoque ignoratur, mercatori in magistrum nauis danda ne sit actio ex hoc negotio ex locato, an ex conducto; & in re dubia tutius est missa vtraque actione, agere præs. verb. siue, quod idem est, in factum ciuili actione, quæ tamen erit instar actionis locati conducti, instar ciuilis actionis, quæ nomen suum habet, quamuis ipsa non

E habeat: & hoc est prius exemplum, quo vtitur Papin. Sequitur posterius: rem tibi tradidi, vt eam inspiceres, & pretium eius explorares: quæritur, quale sit hoc negotium, an sit depositum? Minime: neque enim rem tibi custodiendam, sed inspiciendam pretij excutiendi causa dedi: non etiam commodatum, quoniam non tibi dedi rem vtendam, sed inspiciendam tantum Et hoc ita proponit Papin. Nihil scribit de mandato, & tamen videtur esse mandatum, vt cum ego rem tibi do & mando, vt inspicias & æstimes. quod negandum tamen est, alioquin ex hoc contractu non daretur actio præscr. verb. si sine controuersia esset mandatum: Vt igitur neque est depositum hoc genus negotij, neque commodatum: Sic nec mandatum, quia mādatum non est, nisi fuerit animus constituendi procuratoris in hanc rem: & hoc li-

queat, quod non liquet, cum in dubio poſſit videri depoſitum, vel commodatum. Ergo ex hoc negotio etiam tutius erit agere præſ. verb. ſiue in factum ciuili actione, quaſi ex negotio nouo, & inuſitato, ex quo datur actio præſcriptis verb. *l. ſi tibi polienda, hoc tit.* ſed quod ſit proximum & vicinum negotio vſitato. Et ita in hoc poſteriori exemplo dices, actionem præſcriptis verbis eſſe ſimilem ciuili, negotium illud eſſe proximum ciuili, atque adeo ciuile ipſum eſſe. Et placet verbum, quo vtitur Papinianus: *non exhibita fide, ſubiici actionem in factum ciuilem,* id eſt, ſi non exhibeat fidem is, qui rem inſpiciendam accepit, id eſt, ſi explorator eam rem non reddat, ſubiici actionem ciuilem in factum: non dicit eum ſubiici actioni in factum ciuili, vt Marc. Tullius in Topicis, quod ſumpſit ex iure: In actionibus ciuilibus plerumque ſubiici illum arietem, id eſt, defenſionem illam iuris, ſi telum manu fugit magis, quam iecit: quoties reus excuſat factum imprudentia teli emiſſi. Ad quam formulam antiquam, non ex 12. tab. vt quidam ſcripſerunt, ſed ex auctoritate prudentum reſpicit Auguſtin. *lib. 1. de lib. arbit.* cui inuito atque imprudenti telum manu fugit, quod eſt relatum in can. *ſi homicid. 25. quæſt. 5.* Ita exceptio ſubiicitur actioni, vt in *l. 7. de condit. inſtit. l. ex contractu, de re iud.* actio enim ſubiicitur actioni, & hoc eſt quod heic ait Papin.

Ad §. Papinianus l. 17. eod. tit.

§. 2. *Papinianus lib. 8. quæſtionum ſcripſit. Si rem tibi inſpiciendam dedi, & dicas te perdidiſſe, ita demum mihi præſcriptis verbis actio competit, ſi ignorem vbi ſit. Nam ſi mihi liqueat apud te eſſe, furti agere poſſum. Secundum hæc, ſi cui inſpiciendum dedi, ſiue ipſius cauſa, ſiue vtriuſque, & dolum & culpam mihi præſtandam eſſe dico propter vtilitatem: periculum non. Si vero mei dumtaxat cauſa datum eſt, dolum ſolum: quia prope depoſitum hoc accedit.*

SVbiicienda nobis ſunt neceſſario, quæ ex eodem libro Papin. de eadem ſpecie quæ proponitur in poſteriore exemplo Vlpian. refert in *l. ſi gratuitam, §. Papinianus, hoc tit.* & quod ex eodem libro Papin. exſtat in *l. rem 78. de furt.* Illi loci ſunt coniungendi cum extrema parte huius legis. Exponamus quemadmodum tibi rem inſpiciendam dedi. ſic loquitur *l. ſi gratuitam §. Papinianus: & l. rem, de furt. & l. eum, qui §. 1. commod.* quod ita interpretandum eſt. *Si rem tibi dedi pretij explorandi cauſa.* Bas. *ἐὰν παρέσχω σοι πρᾶγμα διατιμήσασθαι.* nō vtitur quidem Papin. hoc loco verbo *inſpiciendi*, ſed nihil intereſt dixeris rem dari inſpiciendi gratia, vel pretij explorandi gratia, Græcis *διατιμητὴς*, inſpector dicitur, & longe aliud eſt inſpicere, aliud reſpicere: de eo, qui rem accepit, vt reſpiceret, eſt *l. duo, hoc tit.* Legitur enim in ea recte Florentiæ, *reſpicere*, non *inſpicere.* Species eſt. Duo ſecundum Tyberim ambulabant, vnus ex his rogatus, alteri annulum ſuum oſtendit, vt reſpiceret, inquit, is culpa eius illi excidit & deuolutus eſt in Tyberim, quæritur, qua actione cum eo agatur? non eſt commodatum, quia dedit, vt eodem momento redderet, vt reſpiceret, non inſpiceret, non vt exploraret pretium annuli; quaſi tamen ex commodato dabitur actio præſcr. verbis, quia ita intelligitur dediſſe, vt mox redderet, & culpa eius factum eſt, ne redderet, aut poſſet reddere. Sed videamus, quid ad hoc poſtremum exemplum ſit addendum ex *d. §. Papinianus, & d. l. rem, de furt.* Si inſpector rem non reddat, tenetur actione præſcr. verb. Hoc ita procedit, ſi ignoretur, vbi res ſit, ſi non inueniatur, ſi quis eam furto abſtulerit, nec ſciatur, quis ille fur ſit, nec tamen indiſtincte: nam inſpector quandoque culpam præſtat, quandoque non: Nam ſi mea cauſa tantum rem inſpiciendam dedi, dum volo inquirere pretium rei meæ, quia nulla vtilitas verſatur inſpectoris,

A ſed mea tantum, inſpector debet præſtare dolum tantum, ſicut depoſitarius, & culpam dolo proximam eadem ratione, quia in depoſito nulla vtilitas depoſitarij verſatur: depoſitum fit ſolius deponentis gratia, & ideo præſtat depoſitarius dolum tantum: hoc caſu inſpector ſimilis eſt depoſitario, nec tamen depoſitarius, quia non cuſtodiendi, ſed inſpiciendi cauſa rem accepit: & ideo ſi ſine dolo eius vel inſpectoris eius res interierit, licet culpa eius leui perierit, non tenetur actione præſcr. verbis. Finge, extraneum furto abſtuliſſe eam rem, eſt ſane in culpa depoſitarius, vel inſpector, quod rem non ſeruauerit diligentius, ſed tamen non tenetur depoſitarius depoſiti, vel inſpector præſcriptis verbis: & ideo non habet actionem furti aduerſus furem, quia nihil
B eius intereſt, cum non teneatur domino rei: & actio furti datur tantum ei, cuius intereſt, & in id, quod intereſt in duplum, vel quadruplum, ſed datur actio furti domino rei, *l. eum qui, §. 1. commod.* Et notandum, furtum plerumque imputari culpæ poſſeſſoris: latrocinium, prædatura, abigeatus, quoniam fiunt vi maiore, ſunt caſus fortuiti, damna fatalia, quibus reſiſti non poteſt: furtum non eſt damnum fatale: nam furto cauere diligentia paterfamilias poteſt, *l. cum duobus, §. damna, pro ſoc. l. 4. naut. caup.* Et ideo ego probaui ſemper, quod alij improbant, id ſcilicet quod eſt in more poſitum in quibuſdam Galliæ regionibus, vt fur plectatur ſua pœna ob turpe lucrum, & dominus publicatione rei furtiuæ ob ſuam negligentiam: furtum plerumque negligentiæ
C imputatur. Inuenies interdum furtum culpæ non imputari, *l. eum, qui, §. item quæritur, de furt.* Fateor, eſt quoddam furtum quod adnumeratur caſui maiori potius quam culpæ, vt quod faciunt ſaccularij, qui ſunt quaſi præſtigiatores, vel quod faciunt apertularij, *Crocheteurs*, quibus nihil eſt tam bene obſignatum quod non aperiant. quis iſtos cauere poteſt, quorum ars in furando eſt ſubtilis nimis? Quid vero dicemus ſi ego rem tibi dedi inſpiciendam tua cauſa, vel mea & tua? ſi tua tantum, ſi mea tantum cauſa, præſtas dolum tantum vt depoſitarius, ſi mea & tua, quia etiam tua vtilitas vertitur, teneberis mihi præſcr. verb. etiamſi ſine dolo tuo, non tamen ſine culpa tua leui, vt ſi furto res ſublata ſit: atque ideo habebis actionem furti aduerſus furem, non ego, *d. l. eum qui §. 1. & d. §. Papinianus.* & hoc eſt
D quod ait lex *rem*, de furt.

Ad l. 78. de furt.

Rem inſpiciendam quis dedit, ſi periculum ſpectet eum, qui accepit, ipſe furti agere poteſt.

SI *periculum ſpectet* inſpectorem, quod ſcilicet in ea re vtilitas eius aliqua fuerit, vel vt dicam apertius, quod ei expediret eam rem inſpicere, dum forte eam emere vult: & periculum non oportet accipere pro caſu fortuito, vt in *d. §. Papinianus*, vbi ait, Inſpectorem nunquam præſtare periculum, hoc eſt, caſum maiorem: ſed cum illius gratia res inſpicienda illi data eſt, periculum eum ſpectabit, veluti periculum furti, quod intelli-
E gitur plerumque contingere culpa poſſeſſoris, vel eius, qui rem naturaliter tenet. Concludamus ergo: ſic periculum furti ad inſpectorem pertinet, quoniam tenetur domino actione præſcr. verbis. ergo ei dabitur actio furti aduerſus furem, non domino. Quædam omiſeram nudiuſtertius ad *l. rem, de furt.* Si tibi rem inſpiciendam dedi, & aut extraneus furtum fecit, aut tu ipſe. Si extraneus & tui cauſa eam rem inſpiciendam tibi dedi, quod eam emere velles, tibi competit actio furti aduerſus furem, quia teneris mihi actione præſcr. verb quod culpa tua ea res amiſſa ſit: ſi mei duntaxat cauſa rem tibi inſpiciendam dedi, dum volo pretium exquirere; ego habeo actionem furti aduerſus furem extraneum, quia tu mihi non teneris actione præſcr. verb. nec enim hoc ca-

fu debes præstare culpam, sed dolum tantum, quia in hoc negotio nulla tua vtilitas vertitur: quod satis exposuimus: sed, quod omiseram, si tu ipse, qui rem inspiciendam accepisti, eius rei furtum feceris interuersa possessione, & liqueat eã rem apud te esse, & retineri abs te lucri faciendi causa, iam non est quod agam tecum actione præscr. verb. vt eam rem mihi reddas, cum suppetant ciuiles & directæ actiones quam plurimæ aduersus te, nimirum furti pœnalis in duplum & rei persequendæ nomine, condictio furtiua, & actio ad exhibendum, & rei vindicatio, quæ dantur in fures, *l. si gratuitam, §. Papinianus, de præscr. verb.* & hoc est quod omiseram nudiustertius.

Ad l. 1. qui pot. in pign.

Qui dotem pro muliere promisit, pignus siue hypothecam de restituenda sibi dote accepit: subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alij dedit: mox residua quantitatis numeratio impleta est. Quærebatur de pignore? cum ex causa promissionis ad vniuersæ quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non vtique solutionum obseruanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis. Nec probe dici in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, vt minus dotata mulier esse videatur. §. 1. Alia causa est eius, qui pignus accepit, ad eam summam, quam intra diem certum numerasset: ac forte prius quam numeraret, alij res pignori data est.

Lex 1. huius tituli, imo omnes leges sunt de duobus creditoribus, quibus diuersis contractibus, diuersis temporibus eadem res pignori obligata est in solidum. Qua in re primum monendi estis, aliquantulum interesse, vtrum eadem res duobus diuersis contractibus vendita, aut donata sit, an pignori obligata. Nam si duobus diuersis contractibus & temporibus eadem res sit vendita vel donata, in rei vindicatione potior est, cui res tradita est: nam traditione translatum est ius domini, si dominus est: & potior igitur in rei vindicatione, *l. quoties, C. de rei vind. l. sine autem, §. si duobus, de Publ. in rem act. l. si duobus de diu. & temp. præs.* Sed si duobus eadem res pignori obligata sit diuersis contractibus, in actione hypothecaria, in vindicatione pignoris, potior est non tantum is, cui pignori res tradita est: sed & is, cui priori res obligata est nuda conuentione, nam pignus non tantum traditione contrahitur, sed etiam nuda conuentione *l. 1. de pigner. act.* Item si quis duobus eandem rem in solidum vendiderit diuersis contractibus, tenetur crimine falsi, *l. qui duobus, ad l. Corn. de fals.* At si quis duobus eandem rem diuersis temporibus pignori obligauerit, tenetur crimine stellionatus, quia scil. deficit proprium nomen criminis: nam crimen quod non habet proprium nomen, dicitur stellionatus: impostura quæ caret nomine dicitur stellionatus: & tamen certum est, eum, qui duobus diuersis temporibus eandem rem obligat pignori, non teneri crimine falsi *l. Cornel. de fals.* sed crimine stellionatus. Num igitur est falsum crimen stellionatus, quod non est crimen legitimum, non ordinarium, est inscriptum, vt vocant Rhetores, de quo nulla lex scripta est, vt possis etiam actionem præscr. verb. appellare inscriptam *l. tutor, §. contrariam, l. si quis, §. vlt. de pign. act.* Sed explicanda est ratio differentiæ, cur tenetur crimine falsi venditor? quia rem quam vendit, vendit quasi suam, asserens esse suam aut quasi asserens, dicit rem suam esse, aut dicere intelligitur, & mentitur tamen, qui vendit posteriori, cum dominium eius rei transtulerit in priorem emptorem, & mendacium species est falsi: mendax est falsarius, tenetur ergo *l. Corn. de fals.* quasi falsarius & mendax: Qui rem pignori obligat, dicit quidem esse suam, sed non dicit esse liberam, non esse obligatam alij, non mentitur, sed dissimulat priorem obligationem, dissimulatio est stellionatus, non falsum, cum nihil affirmet, vel affirmare intelligatur: sed si diceret pignerando rem posteriori, rem esse liberam, sane teneretur falsi & cessaret crimen stellionatus: quod in hypotheeis Athenienses semper exprimere solebant, rem esse liberam, vt in actionibus & præscriptionibus Demosth. maxime in ea quæ est aduersus Lacritum, pignori obligari res liberas & immunes, vt etiam nostri auctores dicunt, liberam rem, liberum prædium, non solum quod non debet seruitutem, sed etiam quod non est pigneratum, *l. si pro fundo, C. de transf. l. vlt. §. 1. ad Velle.* Et ita si pignerando eam rem posteriori dixeris esse liberam, & fuerit ante obligata aliis, committis in *l. Corn. de fals.* nec opus est accusatione stellionatus, cum suppetat ordinaria & legitima. Sed non solebant hoc affirmare qui pignori rem opponebant: Cum hoc autem affirmatur, hoc solo casu est accusatio stellionatus. Verum excutiendum illud est diligenter, quod posuimus initio, eum qui prior est tempore, potiorem esse iure hypothecæ vel iure pignoris, id est, creditorem in cuius persona prius constitutum est pignus, potiorem esse creditore pigneraticio, vel hypothecario. Quo principio posito, oriuntur statim ex eo quæstiones multæ, & illa in primis, quis prior intelligatur, quis posterior, quis antiquior in causa pignoris. Prior quis dicitur variis modis, vt docuit Aristotel. & non immerito dubitatur, quis; & hoc potissimum quęritur in specie huius legis, quæ est huiusmodi. Ego promisi dotem pro muliere marito stipulanti, nondum numeraui, & antequam numerarem maritus stipulanti mihi cauit, se dotem redditurum mihi soluto matrimonio; dos fuit receptitia, & eo nomine rem suam mihi pignori dedit de restituenda dote dirempto matrimonio; post ego partem dotis numeraui, & antequam numerarem residuam partem dotis, maritus eandem rem Titio pignori obligauit, ac deinde ego numeraui residuam partem dotis, impleui dotem, impleui maritum. Quæritur quis sit potior in ea re pignoris iure, quis prior, ego an Titius? & Papin. prudentissime ait pignoris iure, me esse priorem, potiorem, potentiorem, & non esse obseruandum tempus impletę numerationis. Titius est prior, quia post Titium ego impleui numerationem dotis: sed si spectemus tempus contractæ obligationis, ego sum prior, non Titius. Prior igitur varie accipitur pro ratione temporis, quod obseruatur. Et Papin. ait, non esse spectandum tempus impletæ numerationis, sed tempus contractæ obligationis, quo tempore in causa pignoris nemo me præcessit, quo tempore pignus restituendæ dotis recte contractum est: nam pignus restituendæ dotis recte contrahitur non tantum dote numerata, sed promissa stipulanti, quia qui promisit non potest numerare, cum sit efficaciter obligatus, neque potest mulierem pro qua promisit dotem, indotatam facere: atque ita tempus contractæ obligationis efficaciter comparatur tempori numerationis, quia qui contraxit efficaciter obligationem, & numerasse intelligitur. Et hoc est quod ait Papin. in 1. parte huius l. Efficax promissio pro numeratione est, quia non potest non sequi numeratio; atque adeo non oportet animaduertere ad tempus numerationis, sed ad tempus contractæ obligationis, cum quæritur vter ex creditoribus sit prior vel potior. Eadem ratione idem dicemus, si post stipulationem dotis pignore mihi dato de restituenda dote soluto matrimonio, antequam quicquam numerarem ex dote, maritus eandem rem Titio obligauit: Nam & hoc casu præfer or Titio. Non pono, vt posuit qui consuluit Papin. per partes fuisse solutam dotem, partem antequam cum Titio contraheret, partem residuam post obligationem Titij, sed fuisse promissam tantum, & nihil fuisse adnumeratum, antequam idem pignus Titio obligaretur, & tamen dico me esse Titio potiorem in vindicatione pignoris. Etiam illud adiicio, idem esse dicendum siue stipulatio dotis sit facta pure, siue in diem, siue sub conditione collata in casum,

vel in poteſtatem mariti ſtipulatoris, quia exiſtente die vel conditione, perinde eſt atque ſi pure facta ſtipulatio fuiſſet, *l. qui balneum*, *& l. potior*, *hoc tit.* Et hæc quod ad priorem partem huius legis attinet. In poſteriore parte Papin. docet, aliud eſſe dicendum, ſi nulla præceſſit ſtipulatio dotis, nulla obligatio, ſi me non obligaui ad dotem dandam, ſed maritus mihi cauit, mihi promiſit ſe redditurum dotem, quam ei numerarem intra diem certum, quam ei non promiſeram, etſi eo nomine rem ſuam mihi pignori dederit. Fingamus igitur & ponamus hanc ſpeciem apertius. Ego non promiſi dotem pro muliere, ſed ſpem feci numerandæ dotis pro muliere: & hac ſpe fretus maritus mihi promiſit, ſe dotem redditurum quam ei numerarem intra diem certum, numerabo ſi volo, & rem ſuam mihi dedit pignori in eam ſummam, quam numerarem ſi velim: neque enim ſum obligatus: ac deinde ante eum diem, antequam numerarem, maritus eandem rem Titio pignori obligauit. Sunt notandæ huiuſmodi quæſtiones, in quibus nullum verbum eſt, quod non accurate obſeruetur hodie. Titius erit potior, non ego, & ſpectabitur tempus numerationis: non poteſt ſpectari tempus contractæ obligationis, cum nulla contracta ſit, cum non me obligauerim dandæ doti, & fuerit in mea poteſtate, non numerare, non dare: non eſt quod aliud tempus igitur ſpectes quam tempus numerationis. eo tempore me præcedit Titius; ergo me potior eſt. Addendum eſt, idem eſſe, ſi cum ego me non obligaſſem dandæ doti, ſed ſpem tantum feciſſem, me daturum intra diem certum, & ſub hac ſpe maritus mihi rem ſuam pignori dediſſet de reſtituenda dote, ac deinde antequam rem numerarem, idem pignus Titio vendidiſſet, poſt ego numeraſſem pecuniam dotalem: Nam hoc caſu nullum pignus contractum intelligitur etiamſi poſtea numerauerim, quia tempore numerationis quod ſolum obſeruari poteſt, ea res non fuit in bonis Titij, cui vendita & tradita fuit: & conſtat non conſiſtere pignus, niſi eius rei, quę eſt in bonis debitoris ex formula pigneratitiæ actionis, *l. pen. ſup. tit. prox. l. potior, in prin. hoc tit.* Vnde ita concludam: Pignus poteſt præcedere obligationem ſicut fideiuſſio: pignus eſt ſequela principalis obligationis vt fideiuſſor, fateor, & intelligitur etiam eſſe ſequela, licet præcedat obligatio, & non male præcedit, §. *fideiuſſor, Inſt. de fideiuſſor.* Pignus, inquam, poteſt præcedere obligationem, ſed ſecuta obligatione ita demum pignus conſiſtit, ſi eo tempore, quo contrahitur obligatio, inueniatur in bonis debitoris: alioqui eſt inutile, propterea quod ſpectare oportet tempus contractæ obligationis, à quo non eſt diuerſum tempus numerationis in hac ſpecie. Quod ſi eodem tempore, quo ſequitur obligatio, pignus quod præceſſerat, inueniatur obligatum alij, conſiſtit quidem, ſed non eſt potentius: præfertur namque alius, qui prior credidit. Vnde in hac quæſtione hæ ſunt nobis ſemper retinendæ concluſiones: contracta obligatione principali, ſiue perſonali, id eſt, facto vel perfecto contractu, quamuis nondum impletus ſit, obſeruatur tempus dati vel conuenti pignoris, id eſt, facti vel perfecti contractus, factæ ſeu confectæ obligationis, non tempus impleti contractus, quia ab initio pignus recte conſtitutum fuit. Altera concluſio hæc eſt: nec impleto contractu, id eſt, nondum conſtituta obligatione vllo modo, ſpectatur tempus contractus, non tempus dati, vel conuenti pignoris, quia nulla eſſe intelligitur obligatio dati vel conuenti pignoris ante contractum, & vt de ſtipulatione dicitur in *l. 6. de nouat.* numerationem pecuniæ fieri implendæ ſtipulationis gratia, quæ præceſſit, vt poteſt præcedere, ita hoc caſu licet dicere, contractum fieri implendi pignoris cauſa, quod præceſſit. fideiuſſor poteſt præcedere obligationem, item pignus, item ſtipulatio. Nam & ſtipulatio acceſſio eſt, ſicut pignus, & fideiuſſor. Stipulatio eſt concluſio contractus, *l. ſi dominus, de præſcr. verb.* niſi animus nouandi adfuerit. Et hoc

A eſt quod dicitur, ſtipulationem non fieri ſine cauſa: accedunt ſtipulationes contractibus, non per ſe ſubſiſtunt. Abſoluta eſt ſententia huius legis. Sed ne quid deſideretur quod pertineat ad hanc quæſt. quæ eſt quotidiana hodie: fingamus nouam ſpeciem, nec tamen longe remotam à ſuperiori. Cum ego à te vellem mutuo pecuniam ingentem accipere, & tu velles dare, ego non ſine fraude accepi modicam pecuniam, & pignus dedi, ac deinde à Titio etiam accepi mutuam pecuniam ſub eodem pignore, & poſtea à te accepi reſiduam pecuniam, quam ab initio accipere volebam, & tu dare: tu es potior, quia prior crediditi. Et ex quæſtione tractata à Papiniano hoc intelligitur, priorem eſſe eum, qui prior credidit, etiamſi poſterior pignus accepit: contra priorem

B non eſſe eum, qui prior pignus accepit, niſi ei crediderit prior; plane igitur tu prior es, quia tu prior credidiſti, & ſine dubio tu prior es in prima illa modica pecunia, quam initio mihi credidiſti ſub pignore illo: ſed alter an prior eſt in poſteriore pecunia in reſidua pecunia? quod videtur exemplo vſurarum poſteriorum, quæ acceſſere poſt ſecundum creditorem in ſpecie *l. Lucius, hoc tit.* quæ eſt huiuſmodi. Ego mutuam pecuniam à te accepi ſub vſuris certis dato pignore: Deinde mutuam pecuniam accepi à Titio ſub eodem pignore: proculdubio tu es prior ſortis nomine, quia prior ſortem mihi credidiſti: tu es etiam prior vſurarum nomine, quæ acceſſerunt antequam mihi crederet Titius, quæritur, an ſis etiam prior vſurarum nomine, quę acceſſerunt poſt creditum Titij? & ait *l. Lucius*, te eſſe priorem vſurarum omniũ

C nomine: quod concedam facile, quia vſuræ ſequuntur ius ſortis: ſed videtur etiam idem eſſe conſtituendum in poſteriori ſorte, vt ſequatur ius prioris, ita & quemadmodum tu habes priuilegium temporis in priori, etiam habeas in poſteriori pecunia: ſed ſi hoc admitteretur, hac via poſteriores creditores circumſcriberentur. Et ſane videtur debitor habuiſſe animum circumſcribendi ſecundi creditoris, qui ita rem geſſit, qui cum potuit ingentem pecuniam accipere, noluit niſi modicam accipere. Et ideo recte definitur in *l. ſi creditor*, §. *ſi idem*, *hoc tit.* eum, qui bis credit eſſe ante ſecundum, & poſt ſecundum creditorem, in pecunia priore eſſe potiorem, in poſteriori eſſe tertium, Titium in ſua pecunia eſſe ſecundum. Ex iis quæ diximus ad *l. 1.* reſumere nos ali-

D quid oportet, quod maiore confirmatione videtur indigere. Qui duobus eandem rem diuerſis temporibus, diuerſis contractibus in ſolidum vendidit, tenetur pœna falſi ex *l. Cornel.* qui autem duobus eandem rem diuerſis contractibus obligauit, tenetur crimine ſtellionatus, quaſi deficiat crimen falſi: non tenetur ergo crimine falſi: nam vbi eſt aliud crimen, ibi ceſſat ſtellionatus, *l. 3. inf. de crim. ſtell.* Quæro quæ ſit ratio differentię? hæc differentia veriſſima eſſe videtur: qui vendidit duobus eandem rem, tenetur falſi ex *l. Cornel.* quia vendendo poſteriori, rem dixit eſſe ſuam, & mentitus eſt, mendacium eſt falſum, quia ſcilicet iam priori eam rem vendiderat & tradiderat: vel licet non dixerit palam, rem ſuam eſſe, vtique intelligitur dixiſſe ſemper, quia etiamſi rei alienæ venditio valeat, tamen emendo vendendo id agitur, vt

E dominium transeat in emptorẽ, *l. 80. §. vlt. de cont. empt.* & quod agitur, pro dicto habetur, *l. quum quid, de rebus cred.* Quid ſi quis duobus eandem rem in ſolidum pignerauerit duobus contractibus? & quidem ſi dixerit, eam rem liberam eſſe, vel eſſe ſuam falſo, cum eſſet vel alij obligata, vel aliena, mea quidem ſententia hic tenetur etiam crimine falſi, quia mentitus eſt. Sed ſi diſſimulauerit rem eſſe alienam, vel alij obligatã, non etiam affirmauerit quicquam, hoc caſu tenetur crimine ſtellionatus, *l. tutor*, §. *contrariam*, *l. ſi quis*, §. *vlt. de pign. act. & l. 2. C. de crim. ſtell. l. 3. inf. eod. tit.* quæ id euidentius demonſtrat in illo loco: *diſſimulata obligatione.* Diſſimulatio illa non eſt falſum: non ergo tenetur crimine falſi, & tenetur tamen quaſi ſtellio, quaſi Ægyptius, vt vete-

res loquebantur. Est proprium vitium Ægyptiorum stellionatus, stellioque frequens in Ægypto animal, inde αἰγυπτιάζειν est imponere & stellionem agere. Denique non est falsus, sed propter illam dissimulationem vafram tenetur stellionatus crimine: quod quidem crimen nunquam concurrit cum alio crimine legitimo, sed est stellionatus persecutio, cum nullius alius criminis est persecutio. Verum obiici potest *l. vlt. de crim. stell.* quæ ait, eum teneri crimine stellionatus. non ergo falsi, qui falso dixit, rem esse suam, quam pignori dabat, iurando, vel potius peierando rem esse suam: quod est plane contra illud, quod ante dixi. Et placet obiectio valde, quia mihi præbet causam explicandę *d. l. vlt.* difficilis satis & vexatæ nimis. De periurio ait; crimen stellionatus fit si quis falso iurauerit suum esse pignus, quod fuit alienum. cur non tenetur falsi? In iure nos oportet separare periurium à falso: nam periurium est sane plus quam falsum: non inuenies *l. Cornel. de falsis*, contineri periurium, quia maius est crimen periurij quam falsi: falsi pœna est legitima, periurij nulla: si quis per Deum peierauerit, Deum vltorem habet, *l. 2. C. de reb. cred.* Periurij igitur nulla est pœna legibus prodita, nulla accusatio, quamuis sit plusquam falsum, & ratione falsi per se tantum. *d. l. vlt.* non subiicit periurium crimini stellionatus, sed quod deficiente crimine falsi, cum periurium sit separatum à falso, quod par sit & æquabile, non minus teneri eum crimine stellion. qui peierauit pignus suum esse quam qui simulauit. Si ex simulatione contrahitur crimen stellionatus, cur non ex periurio? Crimen stellionatus maxime est generale, quod complectitur omnes imposturas vacantes nomine proprio, nec scriptas siue comprehensas legibus. & ita omnino res explicanda mihi videtur.

Ad l. 65. rem hereditariam, de euiction.

Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, & euictionis nomine pro partibus hereditariis sponderunt: eum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor euicit. quærebatur, an vterque heredum conuenire posset, idque placebat, propter indiuisam pignoris causam. nec remedio locus esse videbatur, vt per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, præstarentur, quia non duo rei facti proponerentur. sed familiæ erciscundæ iudicium eo nomine vtile est. nam quid interest, vnus ex heredibus in totum liberauerit pignus, an vero pro sua duntaxat portione? cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri.

LEx hęc est elegans, & qua ego soleo vti semper, quoties agitur de euictione pignorum, quæ dicitur esse indiuidua, propterea quod pignus non potest lui siue repignerari, ita vt non perseueret in solidum, vt non sit obligatum totum, nisi & tota pecunia soluta sit, nisi sors tota soluta est: hoc est, quod ait Papin. indiuisam esse pignoris causam, & ait indiuisam, pro indiuiduam, vt in *l. via, de seru.* indiuisum esse vsum seruitutum, hoc est, indiuiduum: reuera hæc sunt diuersa: pleraque sunt indiuisa, quæ tamen non sunt indiuidua. & ait Papin. indiuisam esse pignoris causam, id est, non solui pignus, nisi soluta omni sorte, soluta parte sortis, non ideo minus pignus manere obligatum in solidum. Finge, te debere mille & solutam esse maximam partem, ita vt debeatur vnus nummus tantum: pignus pro illo nummo in solidum tenetur. Indiuidua est igitur pignoris causa, indiuiduum pignus: nam & nobis vt quibusdam auctoribus pignoris causa, id est, pignus, dotis causa, id est, dos. Speciem huius legis ponamus. Qui debet certam pecuniam sub pignore rei suæ, vita decessit, relictis duobus heredib. primo & secundo: hi eandem rem, quam defunctus obligauerat vendiderunt, & cauerunt emptori euictionis nomine pro hereditariis portionibus non in

A solidum singuli. ergo non sunt duo rei promittendi. post vnus ex coheredibus, puta, primus, pignus liberauit pro sua parte, videlicet soluta sorte pro parte hereditaria. quantum in eo fuit, bene functus est suis partibus & suo munere, quia intulit portionem hereditariam. deinde creditor euicit pignus & abstulit emptori actione Seruiana, quæ etiam dicitur hypothecaria: commissa est stipulatio euictione aduersus venditores, quæ committitur non tantum, si res euincatur rei vindicatione, sed & si euincatur actione hypothecaria, *l. si mancip. §. vlt. hoc tit.* Quæritur an euicta re iure pignoris, vt proponitur, possit vterque heredum conueniri ab emptore ex stipulatione interposita euictionis nomine? Videtur non posse conueniri ille, qui pro parte sua pignus liberauit, soluendo sortem pro parte sua; an igitur euictionis nomine teneatur alter, id est secundus qui pro sua

B parte pignus non liberauit? Responde, vtrumque teneri pro hereditariis portionibus euictionis nomine vti cauit, quia singuli in solidum se non obligarunt, nec sunt duo rei promittendi. Hoc vt intelligatur, sciendum est, magnam esse differentiam inter obligationem personalem, quæ obligatio principalis dicitur seu sortis, & obligationem hypothecariam. Nam obligatio personalis ipso iure ex 12. tab. diuiditur inter coheredes pro hereditariis portionibus. Fateor eum qui soluit sortem pro sua parte, iam non posse conueniri actione personali; Obligatio autem hypothecaria est indiuidua, non diuiditur inter coheredes: nam singuli tenentur in solidum actione hypothecaria si pignus possideant, vel dolo desierint possidere, etiam is, qui soluit pro sua parte: quia soluendo

C sortem pro sua parte nihil agit. liberauit quidem se penitus ab obligatione personali, liberauit etiam pignus pro sua parte, nullam tamen pignoris partem liberauit, quia pro residua parte sortis, quæ non est soluta, pignus tenetur in solidum, perinde atque si nihil ex sorte solutum esset *l. 1. & 2. C. de luit. pign.* non liberatur pignus, nisi tota pecunia soluatur, & quamdiu vel vnus nummus superest, totum pignus obligatum manet, nec potest repeti actione pigneratitia, *l. si rem, §. omnis, de pign. act. l. 1. de migrando, l. pen. de except. rei iud. l. aliquando. §. 1. ad Velle. l. grege. §. etiam, de pigner. act.* Eadem est ratio eius, quod debetur sub pœna. Vt pignoris, ita & pœnæ causa est indiuidua: veluti si acceperis & promiseris pecuniam ea lege, vt nisi ea die solueris, tot præsta-

D res pœnæ nomine. indiuidua est causa pœnę, quia nisi tota pecunia soluatur dicto die, pœna in solidum committitur, perinde atque si nihil solutum esset, *l. 18. §. Celsus, l. hered. l. idem iuris, & seq. famil. ercisc.* Vnde ita concludamus, quod ad hanc speciem attinet, quia nulla ex parte primus pignus liberauit, etiamsi debitam pecuniam soluerit pro sua parte, euicto pignore tenetur emptori ex stipulatione interposita euictionis nomine pro sua parte vt cauit: & non quolibet remedio ei consuletur, cum tamen sit æquum ei consuli, ne pro sua parte præstet euictionem, qui pro sua parte soluit, pro qua tantum tenebatur ipso iure: æquum est enim eum non versari in damno. Videndum quo remedio ei subueniatur. an si conueniatur ab emptore euictionis nomine pro

E sua parte, an opposita exceptione doli mali poterit desiderare ab emptore, vt sibi cedat actiones aduersus coheredem, qui pro sua parte nihil soluit? minime, quia emptor aduersus coheredem non habet actionem de euictione in solidum, sed pro sua parte tantum, quia non fuere duo rei promittendi: cessione igitur actionum ei consuli non potest. Verum siue hic coheres solidam pecuniam soluerit, siue pro parte sua tantum, & deinde etiam conuentus euictionis nomine pro sua parte præstiterit emptori vti promiserat, tum ne negligentia coheredis, qui pignus non liberauit pro parte, noceat ei, qui liberauit pro parte sua: famil. ercisc. iudicio consequetur vt coheres, qui non soluit, ei reddat, quod pro sua parte præstiterit euictionis nomine, atque ita hoc

remedio totum onus euictionis conferet in negligentem coheredem, non in eum, qui egit quod suarum partium erat fide bona, proque sua parte pignus liberauit.

Ad l. 81. de iur. dot. & l. 94. de sol.

Pater filiæ nomine nummos alienos, quos mutuos acceperat, aut in causam crediti receperat, in dotem dedit, consumptis his, dos profectitia efficitur.

L. 94. de solut. Si is, cui nummos debitos soluit alienos, nummis integris pergat petere, quod sibi debeatur, nec offerat quod accepit, exceptione doli submouebitur. §. 1. Si autem communes nummos credam, aut soluam, confestim pro parte mea nascetur, & actio & liberatio, siue in singulis nummis communionem pro indiuiso, quis esse intelligat, siue in pecunia, non corpora cogitet, sed quantitatem. §. 2. Sed & si fideiussor alienos nummos in causam fideiussionis dedit, consumptis his mandati agere potest, & ideo si eam pecuniam soluat, quam subripuerat, mandati aget, postquam furti, vel ex causa condictionis præstiterit.

SEquitur vt exponamus *l. pater, de iu. dot.* ad quam etiam pertinet *l. 94. de solut.* quæ est ex eodem libro Papin. atque etiam id quod ex eodem lib. Papin. Vlpi. refert duobus locis, *l. 13. §. 1. & §. vlt. de reb. cred.* Hæc *l. pater filiæ*, & *d. l. 94* vsque ad §. *Flauius*, & quæ referuntur ab Vlpi. *d. l. 13*, pertinent ad eandem quæst. ac simul sunt explicanda. Sciendum est sæpe consumptione mutuum fieri, quod ab initio ex numeratione ipsa non fuerat mutuum: Nam si credidero tibi nummos meos, est mutuum: si alienos, non est mutuum, quamdiu extant quia eos non feci tuos. non est mutuum nisi fiat de meo tuum. Quid est mutuum? Alienatio pecuniæ, quæ fit sub lege quandoque reddendæ eiusdem pecuniæ. Si igitur tibi credidero alienos nummos, & extent apud te, non est mutuum, sed si consumantur bona fide, fit mutuum, & datur condictio ex consumptione, quæ non fuit ex numeratione. datur condictio de bene depensis, vt veteres loquebantur, non condictio de reb. creditis. Et hoc est quod ex hoc lib. Papiniani Vlpian. refert in *d. l. 13. §. 1.* si alienos nummos tibi mutuo dedero, te non teneri mihi condictione si cert. pet. nisi eos consumpseris, & si eos consumpseris per partes etiam me eos tibi condicturum, si cognouero eos esse alienos. Eodemque modo si creditori meo soluero nummos meos, mihi contingit liberatio; si alienos, non liberor: non est solutio, nisi pecunia mea fiat tua. Quid est solutio? alienatio tantæ pecuniæ quanta debebatur: si igitur alienos soluero, non liberor, nisi ex consumptione demum, hoc est, si bona fide consumpti fuerint. Consumptis nummis ego liberor, non extantibus vel integris, *l. non omnis, §. vlt. de reb. cred. l. quod si forte, §. vlt. & l. Cassius, de solut.* consumptio mihi conciliat liberationem, quam non conciliarat numeratio. Idemque sequitur in dote profectitia. Dos profectitia est, quam pater dat pro filia: cuius proprium hoc est, vt mortua in matrimonio filia redeat ad patrem: dos enim aduentitia morte mulieris soluto matrimonio remanet apud virum: & est dos profectitia, si pater nomine filiæ dedit nummos suos in dotem: erant plerumque dotes nummariæ: & dos etiam est alienationis species: non est dos, nisi dotis dominus fiat maritus. Si igitur alienos nummos pater dedit in dotem, veluti quos mutuos acceperat, vel quos solutos receperat à non domino, dos non erit profectitia, quia ex pecunia non est patris, antequam scilicet à marito bona fide consumpta sit: consumptis nummis à marito dos efficitur profectitia, quia retro facti videntur patris mutui datione, cum condici ei possint condictione de bene depensis, vel solutione, cum à patre debitor liberetur post consumptionem pecuniæ alienæ in solutum datæ. non consumpsit pater nummos, quos alienos sumpserat, dando eos in dotem, sicut nec si eos alij dedisset in creditum, vel in solutum, *d. l. non omnis, §. vlt.* sed eos consumpsit maritus, ignorans esse alienos, disperdendo bona fide, ita vt non appareant; vel immiscendo suis, ita vt discerni non possint. iure consumpti intelliguntur, quia vindicari non possunt, cum non sit facilis eorum discretio, *l. 78. de solut.* Et generaliter consumpti dicuntur nummi in hac quæstione, quorum nomine nulla actio domino competit. & hoc ita si consumpti sint bona fide: nam si mala fide, superest domino actio ad exhib. perinde atque si extarent nummi, *l. 11. §. vlt. & l. 12. de reb. cred.* mala fide consumpti habentur pro exstantibus, vt qui mala fide desiit possidere videtur possidere. Hi igitur tantum consumpti intelliguntur, qui bona fide consumpti sunt, quia eorum nomine nulla actio superest domino; & eo fit, vt consumptio bona fide facta, &, vt loquuntur veteres bene depensa, Græci καλὸν δαπάνημα, conciliet mutuum, quod initio non fuit mutuum: nam domino nummorum aufert omnem actionem. Ac similiter, vt ostenditur in *l. 94. §. 1. de solut.* exempli causa, si fideiussor soluerit creditori suos nummos, liberatur fideiussor, liberatur reus; si soluerit alienos, neuter liberatur, & ideo non habet fideiussor actionem mandati aduersus reum, vt recipiat nummos, quos pro eo soluit, quia eum non liberauit soluendo alienos, sed si consumantur bona fide, liberatur reus per consumptionem nummorum, imo liberatur vterque, & recte agit fideiussor mandati, ac si de suo soluisset. sed finge: Fideiussor eos nummos furto surripuerat, atque ita soluerat ei, apud quem interuenerat, & mox conuentus actione furti à domino, vel condictione furtiua præstitit tantandem pecuniam, & duplum actione furti, atque ita domino iam eorum nummorum nomine nulla competit vindicatio, etiamsi extent, quoniam ei cui subrepti sunt, satisfactum est: videbuntur tamen esse consumpti, quod domino eorum nummorum nomine iam nulla sufficiat actio: consumpti igitur dicuntur, qui sunt domino consumpti, qui domino perierunt, quorum repetitio domino non est. Ante consumptionem igitur dos non fuit ex re patris, atque ita nec profectitia in specie legis nostræ. Obiiciunt Græci *l. in re, §. 1. h. t.* quæ ait, dotem esse profectitiam, si pater alienum fundum bona fide emptum in dotem dederit, quamuis se is fundus non sit peremptus, nec eius fundi persecutio domino perierit. Verum ita respondemus: alia est ratio fundi, alia pecuniæ, & alia ratio venditionis, alia mutui, vel solutionis. alienæ rei venditio valet, alienæ pecuniæ mutuum vel solutio non valet. & consequenter qui fundum alienum emit, tenetur ex vendito, vt pretium soluat: qui alienam pecuniam soluit non liberat à se debitorem: ac postremo, fundus bona fide emptus, videtur ex re emptoris esse, quia ei pretium abest, vel abfuturum est, cum teneatur ex vendito: & habet etiam ipse actionem ex empto, si res euincatur, & vtitur gener accessione temporis ex persona soceri ad vsucapionem eius rei: pecunia autem aliena bona fide accepta vel recepta, non videtur esse ex re eius, qui eam pecuniam accepit vel recepit, cum ne teneatur ex numeratione, nec debitorem recipiendo à se liberauit nummis integris. Et hinc liquet ratio differentiæ Papin. qui nummis consumptis opponit integros: nummi integri sunt, qui nondum consumpti sunt, hoc est, quorum actio domino non periit, & idem ait in *l. 94.* cuius sententiam modo exponemus. Finge: Soluisti creditori nummos alienos, non liberaris integris nummis, id est, nondum consumptis. consumptis liberaris. Sed finge, esse integros nummos, quia nummi sunt integri, quos soluisti, quique alieni sunt, non liberaris: ergo possum à te petere eandem pecuniam, & tecum agere de pecunia credita, sed tu me repelles exceptione doli mali nisi offeram nummos illos alienos, quos accepi, oblatis illis nummis, quos admonitus sum esse alienos; recte à te petam pecuniam debitam, cum non sis liberatus, nec me repelles exceptione doli mali, & ita etiamsi, cum mihi debe-

res aurum, tu mihi solueris æs Corinthium, quod habet speciem auri, non liberaberis, quia non soluisti quod debes, sed aliud: petam igitur à te aurum, sed nisi offeram æs, quod dedisti, repelles me exceptione doli mali, *l. si cum aurum, h. tit.* Ac similiter, si soluisti mihi reprobos nummos, non liberaris, quia debuisti probos, non reprobos. Itaque est mihi aduersus te integra actio, & efficax, si modo referam tibi reprobos, quos mihi dedisti, alioqui repellar exceptione doli mali, *l. eleganter, §. qui reprobos, de pig. act.* nummi reprobi à creditore sunt reddendi, non rescindendi: nam vsui esse possunt debitori in aliam rem: possunt collybistæ vendi pretio aliquo. Secundum ea omnia, quæ diximus, subiicit Papin. in hac *l.* 94. si soluisti mihi nummos, quos habebas communes cum alio ex partibus æquis, consequens est superioribus, vt pro parte tibi contingat liberatio, quam habuisti in eis nummis, non pro parte altera, nisi omnis pecunia consumatur bona fide. Ac similiter si credidisti mihi nummos communes cum alio, pro parte tantum consistit mutuum, pro altera non consistit, nisi post ex consumptione demum totius pecuniæ: integris nummis pro parte tantum consistit mutuum: pro parte igitur tantum competit condictio creditæ pecuniæ. Sed quomodo partem accipiemus in hoc proposito? nam ambiguum est nomen partis; vel enim est pars summæ, vel pars corporum. Finge, centum sunt inter me & te communes nummi, & tu eos credis Titio me inscio vel inuito, tu condices Titio partem tantum. vtrum vero partem summæ, id est, 50. an partem dimidiam singulorum nummorum? Et verius est, esse condictionem 50. nummorum, non etiam singulorum corporum, quamuis singula corpora nummorum fuerint communia pro indiuiso: nam verius est semper in pecunia spectari non corpora, sed quantitatem, id est, numerum & potestatem nummorum, valere pecuniam non corpore, non substantia, sed quantitate, *l.* 1. *§. non solum, ad l. Falc. l.* 1. *de contrah. empt. l.* 29. *infr. h. t.* Communio, quæ in eis nummis est inter me & te, vel est communis singulorum corporum, vel summæ. Verum nihil refert vtro modo communionem acceperis: nam siue sint communes nummi pro indiuiso, hoc est singula corpora nummorum, siue pro diuiso 50. tui, & 50. mei, semper diuisio fiet, non corpore, sed quantitate, id est, numero: atque ita ex causa mutui tui condices 50. non singulorum corporum partem dimidiam. & in hanc rem citatur ex hoc lib. id est, ex hac *l.* 94. Papinianus ab Vlp. in *l.* 13. *§. vlt. de reb. cred.* & congruit etiam omnino. citatur & ex hoc libro, id est, ex *l. si pœna. §. si falsò, de condict. indeb.* quod postremo in hac l. addit Papin. de fideiussore, qui soluit ex causa fideiussionis nummos alienos, vt eis consumptis demum agat mandati aduersus reum principalem, est etiam consequens superioribus, & supra explicatum à me. Cessauit heic Cuiacius circa Id. Quintil. anni 1571. Repetiit 13. die Nou.

Ad §. Fauius l. 94. de solut.

Fauius Ianuarius Papiniano salutem. Cum Titius Gaio Seio deberet ex causa fideicommissi certam quantitatem, & tantundem eidem ex alia causa, qua peti quidem non poterat, ex solutione autem petitionem non præstat: Titij seruus actor absente domino soluit eam summam, quæ efficeret ad quantitatem vnius debiti, cautumque est ei, solutum ex vniuerso credito. Quæro id quod solutum est, in quam causam acceptum videtur? Respondi, si quidem Titio Seius ita cauisset, vt sibi solutum ex vniuerso credito significaret, crediti appellatio solam fideicommissi pecuniam demonstrare videtur: non eam, quæ petitionem quidem non habet, solutione autem facta repeti pecunia non potest. Cum vero seruus Titij actor absente domino pecuniam soluerit, ne dominium quidem nummorum in eam speciem obligationis, quæ habuit auxilium exceptionis, translatum foret, si ex ea causa solutio facta proponeretur, quia non est verisimile, dominum ad eam speciem soluendis pecuniis seruum præposuisse, quæ solui non debuerunt, non magis quam vt nummos peculiares ex causa fideiussoris quam seruus non ex vtilitate peculij suscepit, solueret.

QVæstio huius §. est de eo, qui debet creditori suo ex pluribus causis, veluti ex causa legati, stipulationis, crediti, & qui soluit, non quodcunque debet ex omnibus causis, sed certam pecuniam indistinctè, non exprimens, in quam causam solueret, qui vt veteres Iurecons. definiunt, intelligitur soluisse in duriorem & grauiorem causam, *l.* 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. *l. cum ex plurib. h. tit.* videtur, inquam, soluisse in eam causam, quæ eum prægrauat magis. Prægrauat autem magis causa eius pecuniæ, quæ debetur sub infamiæ periculo, & eius, quæ debetur sub pœna, vel sub vsuris, vel sub pignoribus, vel sub fideiussoribus: nemo enim est, qui non se his causis quamprimum solui & exonerari cupiat. Durius etiam quodammodo est, quod debetur proprio nomine, id est, principali, quam sit id quod debemus nomine fideiussorio. Et inter has causas seruatur ordo aliquis. Nam prima & omnium grauissima causa est eius pecuniæ, quæ sub infamia debetur, id est, quam sequitur infamia, si quis vel eam pecuniam quam debet inficietur, vel detrectet soluere, *d. l. cum ex pluribus*: & apertissime, *l.* 7. *h. t.* quæ indiget explicatione nostra, vt intelligatur ex eo quod proponit *d. l.* 7. cur inferat duo, id est, quę sit ratio consequentiæ? Propositio est apertissima: si quid debeatur ex causa famosa, & non famosa: quod soluitur indistinctè, in eam causam solutum videtur quod debetur ex causa famosa: hoc enim prægrauat & præponderat magis. Infert ex eo: *proinde, &c.* quæ est nota illationis. Si debeatur ex causa iudicati, & non iudicati, in id puto solutum quod ex causa iudicati debetur. Inde colligitur, vt puto, actionem iudicati esse famosam, quæ inaudita sententia est. Verissime tamen actio iudicati est executio condemnationis quæ fit in bonis iudicati positis sub hasta præconis & distractis, quæ distractio importat, & affert infamiam, suffundit pudorem & sanguinem iudicato, §. 1. *Inst. de hered. qual. & differ. l.* 1. *ex quib. cauf. l. paterfamil. de reb. auct. iud. poss. l. curator, l. cuius, de cur. fur.* Legibus 12. tab. licebat effundere sanguinem iudicati, secare in partes, si plures essent creditores: hodie licet tantum suffundere non effundere: & hæc bonorum proscriptio tantum, quæ successit capitali pœnæ, siue sectioni, retinet nomen antiquum, & appellatur sectio, & comparatur morti passim in iure, *l. actione, §.* 1. *pro soc.* & ita Tertull *in Apologet. iudicatos*, inquit, *in partes secari leges erant, &c.* Et paulo post: *in pudoris pœnam suffundere maluit hominis sanguinem.* Hieronym. *in epist. ad Iouinian. non idem est suffundere & effundere.* Hodie suffunditur tantum sanguis & pudor, & inde fit vt dixerim, actionem iudicati esse famosam, quia importat infamiam, nisi quis pareat iudicato in tempore. Infert rursus *d. l.* 7. Ergo si ex ea causa debeatur, quæ ex inficiatione crescit, potior ea causa videbitur: & vtitur his verbis: *Ergo*, inquit, &c. quia scilicet actio iudicati etiam inficiatione crescit in duplum, vt est in sentent. Pauli, vt actio legis Aquiliæ, quæ pœna est legitima, & causa eius pecuniæ, quæ sub pœna debetur, siue sit legitima, siue conuentionalis, siue vsura, quæ vice pœnæ est, & è contra pœna vice vsuræ: huic pecuniæ secundus gradus datur: primus datur pecuniæ debitæ sub infamia: secundus pecuniæ quæ debetur sub pœna, vel sub vsuris, *d. l. cum ex pluribus*, Quod si omnes causæ sint pares, nec prægrauet magis vna, quam altera, solutum videtur in antiquiorem causam, *l.* 5. *&* 24. *h. tit.* Si nulla sit antiquior, ex omnibus pro rata solutum videtur, *l.* 8. *hoc. tit.* Ad hęc notandum, id quod soluitur in vsuras potius imputari, quam in sortem, vt proditum est in *l.* 1. *eod. tit. de solut.* Dura est causa pecuniæ debitæ sub vsuris, longè durior vsurarum debitarum, durior causa pœnæ debitæ. Quare existimo, & in pœnam, quæ iam

iam commissa est quod soluitur imputari potius, quam in sortem, & sortis suo ordine potiorem esse causam, si nec vsura, nec pœna debeatur. Notandum etiam ad hæc, si sors debeatur alieno nomine, non suo, vt puta si debeatur à fideiussore, vel ab alio, qui accessionis loco interuenerit, & alia quoque pecunia ab eodem eidem debeatur proprio & principali nomine, videri eum soluisse in principalem causam potius, quam in fideiussoriam, *d. l. 1. h. tit.* Notandum etiam sorti non aliter accepto ferri id, quod soluitur, quam si sit certa, liquida, confessa pecunia, si confessum æs, non controuersum sit, si sit præsens, quod præsenti die debeatur, non in diem, vel sub conditione, quod etiam ostendit *d. l. 1.* sed cauendi codices mendosi, in quib. legitur: Creditorem, cui soluitur indistincte ab eo, qui obligatus est ex pluribus causis, in id debitum imputare solutam pecuniam, in quod ipse soluturus esset, si deberet, quod est clarum. Sed hoc demonstrat exemplis, vt vulgo scriptum inuenitur, hoc modo: *id est in id debitum quod non est in controuersia*: ac si diceret: in id debitum solutum videri quod est controuersum. Sic habent plerique codices, sed Basilica melius, μὴ εἰς ἀμφίβολον, &c. & veriores codices, non in id debitum quod est in controuersia: id est non videri soluisse in controuersum debitum. vulgata scriptura demonstrat, non videri solutum quod est liquidum. sed est manifesta traductio, vt consequenter subiiciat: *aut in illud, &c.* Postremo notandum, quod pertinet ad hunc §. solutam pecuniam ciuili debito acceptam ferri potius quam naturali: naturalem causam vltimum locum obtinere quasi leuiorem, & quasi nullam, cum ex causa ciuili sit petitio, ex naturali non item: vt dicimus ex naturali obligatione, non esse petitionem, si solutum non sit, nec repetitionem, si solutum sit. Itaque non est proprie obligatio, quæ tantum sustinetur æquitate naturali, non etiam iure ciuili, est enim obligatio necessitas iuris, *l. in vendendis, de contra empt.* adstringit necessitate obligatio tanquam carcer & vincula. proinde nec debitor proprie est qui debet, nec creditor, cui debetur tantum naturaliter. Et h. e. quod heic ait Papin. credendi verbo non demonstrari eam pecuniam, quæ petitionem non habet, quamuis si soluatur non repetatur, quod naturalis obligatio inhibeat condictionem indebiti, quæ comparata est ex æquo & bono. vt exempla demus naturalis obligationis: est naturalis obligatio ex pacto nudo. non est, quod de eo quis ambigat, *l. 5. §. in his, h. tit.* Est naturalis obligatio inter patrem & filiumf. si quid inter se gerant: est inter dominum & seruum: imo & inter extraneum, & seruum quemlibet, & inter fratres qui sunt in eadem familia, *l. frater, de cond. indeb.* Pupillus quoque ex contractib. naturaliter obligatur sine tutoris auctoritate, si locupletior factus sit. Libertus etiam patrono debet operas naturaliter. Quare autumant plerique libertum post manumissionem non male δοῦλον nominari, quia naturali iure sit δοῦλος, qui edat patrono operas inuitus, etiamsi nihil de his conuenerit. Ac rursus naturalis obligatio est, non tantum si nulla prorsus sit ciuilis, sed tantum naturalis, sed etiam si sit ciuilis inefficax, id est, vt eleganter Papin. ait, *quæ habet auxilium exceptionis*, est ea inefficax, quod non est absolute verum, sed indiget sufflamine: neque enim id est accipiendum de qualibet exceptione, sed statuendum hoc modo: naturalis obligatio est, etiamsi sit ciuilis, modo ea sit inefficax, *h. e.* si habeat auxilium exceptionis, eius scil. quæ non elidit naturalem obligationem, vt Senatusconf. Macedoniani, aut rei iudicatæ: nam hæ exceptiones perimunt ciuilem, non naturalem, *l. quia naturalis, ad Maced. l. Iulianus, de cond. ind.* nam aliæ exceptiones sunt quæ tollunt etiam naturalem obligationem, quæ tollunt omnem obligationem, vt pacti nudi, doli mali, iurisiurandi, Senatusc. Vell. *l. qui exceptionem, de cond. indeb.* Non omittam illud alio modo & inusitato plane dici naturalem obligationem posse, quæ etiam est ciuilis & efficax,

A quæ parit actionem, quæ ciuilis est & naturalis; de qua non agimus hoc loco. Verum [illegible] varie accipi naturalem obligationem demonstrat *l. naturales, de obl. & act. l. fideiussor, §. fid. de fideiuss. naturales obligationes*, inquit, *non eo solo æstimantur, si aliqua actio earum nomine competat*: ergo ex eo æstimantur, si pariant actionem, videlicet quæ iure ciuili sustinetur. Sequitur alia clausula: *verum etiam*, inquit, *naturalis obligatio eo æstimatur, si soluta pecunia earum nomine, quasi indebita condici non possit*: quæ iuris ciuilis vinculo non sustinentur, nec pariunt actionem, sed hunc effectum habent, vt soluta pecunia, quasi indebita condici non possit. Et generaliter naturalem obligationem eo æstimamus, & dicimus in eam non imputari quod soluitur indistincte, si tantundem debeatur ex ciuili obligatione: quæ est sententia huius §. cui conue-
B nienter, etiamsi certo constet, quod soluitur indistincte in vsuras imputari debitas ex stipulatu, quarum petitio est, atque in vsuras ex pacto, id est naturaliter tantum debitas, quarum petitio non est, pignoris tamen est retentio, pignore posito etiam vsurarum nomine, *l. 4. C. de vsur. l. Paulus 2. h. t.* Non imputatur tamen id, quod soluitur in vsuras, quarum nomine neque petitio est, neque pignoris retentio, puta chirographarias, *l. 5. §. pen. h. t.* sed in sortem statim imputatur. His cognitis ponamus speciem huius §. Titius Seio debet centum ex ciuili obligatione, puta ex causa legati, vel fideiussionis, & totidem ex naturali obligatione, puta pacto nudo: seruus actor Titij debitoris, soluit eam summam, quæ efficit quantitatem vnius debiti, puta 100. tantum, cum ex
C singulis deberentur 100. & soluit ignorante & absente domino, quod potuit facere: nam magna est potestas, & libertas actoris serui, est columen totius familiæ, habet enim liberam administrationem omnium rerum domini: potuit igitur soluere ignorante domino. nam & id ei permisisse intelligitur permisso actu rerum suarum libero. Seius igitur fecit apocham seruo actori, & cauit ex vniuerso debito se accepisse 100. non dixit in quam causam naturalem vel ciuilem, sed ex vniuerso credito, quod alibi dicunt Iurisconf. ex maiore summa, *l. creditor §. Valerius. h. t. en deduction de plus grande somme de ce que ie vous doibs.* quæstio est in quam causam soluisse intelligatur? Et ait Iurisconf. siue domino soluentis indistincte, siue seruo actori ita cauerit creditor, videri solutum in causam ciuilis obligationis: nam crediti verbum non
D pertinet ad naturalem obligationem, non est creditum, licet abusiue quandoque creditum dicatur. Deinde ad hoc adiicit veluti excessum quendam Papin. quia poterat adhuc dubitari, an seruus actor qui habet totam administrationem omnium rerum possit specialiter & proprio titulo soluere in causam naturalis obligationis: quod statim reiicit Pap. & ait, non recte soluisse seruum in causam naturalis obligationis: quia soluere non debuit, non fuit adstrictus necessitate ad soluendum, & permisisse dominus videtur, vt id tantum solueret, quod debuit. Itaque ait, *solutione non transfert dominium in accipientem.* quod confirmat à simili: Finge: seruus non habens liberam administrationem bonorum domini, sed habens liberam administrationem peculij, se obligauerat ex causa fideiussionis, quasi ea res conferret ad vtili-
E tatem peculij sui, expediret peculio, eam suscipere causam fideiussionis: neque tamen erat ex vtilitate peculij fideiubere pro alio, soluit tamen ex ea causa nummos peculiares. non fecit accipientis, quia non fuit efficax obligatio: si soluerit igitur, nihil agit. Idem dicendum de procuratore. Finge, procuratorem creasse omnium bonorum, an recte soluit in causam naturalis obligationis? Minime, quia etsi liberam nactus sit administrationem, non videtur tamen dominus permisisse ei soluere quod non debet: quod etiam, vt arbitror, recte trahitur ad executores testamenti, vt sint diligentes & attenti, vt nihil soluant nisi cum effectu debeatur, alioquin suo detrimento soluerint. Alia est quæstio in *l. 10.*

de sepult. viol. quæ explicabitur crastina die. Diximus heri libertum patrono obligari naturaliter ad præstandas operas, etiamsi de eo nihil conuenerit inter libertum & patronum. At dixi inuitum, quod emendandum est: nam libertus inuitus non præstat operas patrono, nisi de eo conuenerit stipulatione, vel iureiurando, quandoquidem cum nihil de iis conuenit, libertus eas debet patrono naturaliter, *l. si non sortem*, §. *libertus*, *de condict. indeb.* Et ex naturali vinculo non est actio, non est compulsio, aut coactio vlla. Dixeram cursim inuitum. Verba autem §. *Flauius* hęc sunt: *Flauius Ianuarius Papiniano salutem, &c.* Fideicommissa sustinentur vinculo iuris ciuilis vel prætorij, quod tantum potest, quantum ius ciuile ad constituendam obligationem ex causa fideicommissi. Ex causa igitur ciuilis obligationis, & tantumdem ex alia causa, quæ petitionem non præstat, id est causa naturalis obligationis, ex qua non est petitio, sed neque soluti repetitio, non est petitio, neque repetitio. Hæc est certissima nota naturalis obligationis. Cum ex iis causis deberet Titius, Titij seruus actor pecuniam soluit absente domino, cautumque est ei, per apocham scilicet (siquidem Titio Seius) est adnotandum Titio cautum videri, cum cautum est Titij seruo actori: professio solutæ pecuniæ, id est, apocha, quæ seruo actori datur, data videtur domino serui actoris. Itaque nihil refert dixeris. Rursus, inquit, cum Titius Seio deberet certam quantitatem ex causa naturalis obligationis, ex qua non est petitio, sed neque soluti repetitio (hęc est certissima nota naturalis obligationis) cum ex his causis deberet Titius: Titij seruus actor pecuniam soluit absente domino, cautumque est ei solutum ex vniuerso credito: quæritur id, quod solutum est, in quam causam solutum videatur? Resp. siquidem Titio, hoc est, domino ita Seius cauisset, Titio cautum videtur, & cautum est Titij seruo actori professione solutæ pecuniæ, ἀποχῇ, nihil refert, dixeris Titio, an Titij actori cauisse creditorem sibi solutam pecuniam ex vniuerso credito. Itaque ait Papin. *siquidem Titio Seius ita cauisset*, crediti obligatio solum obligationem demonstrare videtur, hoc est, obligationem ciuilem, non naturalem: deinde adiicit, seruum actorem, nec nominatim quidem posse soluere pecuniam in causam naturalis obligationis. seruus actor pręponitur omnibus negotiis domini; ergo & soluendis pecuniis, & expendendis, sed non soluendis pecuniis, iure ciuili indebitis, quas nemo cogitur soluere inuitus, non profundendo patrimonio domini: vt etiam seruo ordinario cui cōceditur libera peculij administratio, non hoc concessum intelligitur vt soluat quod inuitus soluere non cogitur, vt puta, si per causam peculij se obligauerit, quæ fuit tamen inutilis peculio, aut detrimento. Hoc est quod sequitur, *Cum vero seruus, &c. obligationis* ciuilis scilicet exceptionis, addendum, veluti Macedoniani, aut rei iudicatæ, id est, quę potuit euitari posita exceptione, quæ redditur inefficax per exceptionem, salua tamen manente naturali obligatione integra atque vtili. *si ex ea causa*: intelligendum *nominatim*.

Ad l. quæsitum. de sepul. viol.

Quæsitum est, an ad heredem necessarium, cum se bonis non miscuisset, actio sepulchri violati pertineret: dixi recte eum ea actione experiri, quæ in bonum & æquum concepta est. Nec tamen, si egerit, hereditarios creditores timebit: cum etsi per hereditatem obtingit hæc actio, nihil tamen ex defuncti capiatur voluntate, neque id capiatur, quod rei persecutione: sed in sola vindicta sit constitutum.

SEquitur lex de necessariis heredibus. Necessarij heredes sunt, qui inuiti heredes sunt & ignorantes, statim atque delata est hereditas, & statim ipso iure, vt in *l. in suis, de suis & legit.* & protinus, vt in §. 1. *Inst. de hered. qual.* id est, etiam clausis tabulis. necessarij heredes sunt, qui inuiti & ignorantes heredes existunt; statim ipso iure, statim, id est, etiam non apertis tabulis testamenti, *l. 3. C. de iur. delib.* etiam non adita hereditate à coherede extraneo, *l. ex parte, de acq. hered.* Et heredes existunt ipso iure, non per aditionem, non per cretionem, non per gestionem pro herede, quia etiamsi necessarij heredes sint instituti cum cretione, id est, ea lege, vt cernant hereditatem, siue adeant intra 100. dies. vt erat in formula cretionis, tamen neque adeunt hereditatem, neque cernunt, neque pro herede gerunt, quia ipso iure heredes existunt, miscent se quasi rei suæ, cuius & inuiti & ignorantes protinus domini facti sunt. Nusquam adire, vel cernere, vel pro herede gerere dicitur de necessariis heredibus. Horum sunt duo genera. Alij sunt serui heredes instituti à domino. hi sunt necessarij iure ciuili, & prætorio, quia abstinendi beneficium non habent: alij sunt liberi, qui in familia proximum gradum obtinent delatæ hereditatis tempore ab intestato, vel ex testamento, qui & sui heredes appellantur: superiores non appellantur sui: sed hi appellantur sui & necessarij heredes: Hi sunt necessarij iure ciuili: Iure prætorio abstinendi se hereditate facultatem habent puberes, si se bonis non immiscuerint, impuberes etsi se immiscuerint, *l. impuberibus*, *l. in necessarijs*, *de acq. hered.* Abstentio liberat eos oneribus hereditariis, non etiam efficit, vt desinant esse heredes: nam prætor, neque dare potest nomen heredis, neque adimere. Prætor heredem non facit, neque exheredem. Prætorium igitur beneficium abstentionis non facit, vt necessarius heres desinat esse heres, sed vt ne obstringatur oneribus hereditariis, breuiter, vt habeat nudum nomen heredis sine re. Sui, vt dixi, & necessarij heredes abstinendi se bonis potestatem habent, puberes si se non immiscuerint: nam immistione consumitur abstinendi facultas. Impuberibus autem conceditur abstinendi facultas, etiam si se immiscuerint bonis hereditariis. Quid est immiscere vel miscere? est rebus hereditariis tanquam dominus vti vel abuti: quod in extraneis siue voluntariis est pro herede gerere, id in necessariis est immiscere. *l. & si quis*, §. *plerique, de religios.* Si necessarij, inquit, non immiscuerint se, & cæteri pro herede gesserint. Extranei in iure nunquam dicuntur se immiscere, sicut & necessarij nunquam dicuntur se pro herede gerere, aut adire, aut cernere hereditatem. Immiscere est, quasi res suas attrectare & attingere: cernere, adire, pro herede se gerere, est adquirere hereditatē. Immiscere est iam adquisitam attrectare: Adeo tanquam non dominus, vel cerno, vel pro herede gero, immisceo tanquam dominus. Ad hæc quæritur, si seruus & necessarius heres nondum se immiscuerit bonis, si integra ei sit abstinendi facultas, violato sepulchro hereditario, deiecto vel fracto, an possit agere sepulchri violati. heres extitit ipso iure, an igitur potest agere de sepulchro violato? & Papinianus ait, ei permitti actionem sepulchri violati, etsi nondum se immiscuerit hereditati, videlicet ex primo capite huius edicti de sepulchro violato. Et suæ sententiæ hanc videtur adducere rationem, quod hæc actio sit concepta in bonum & æquum: conceptam esse in bonum & æquum apparet ex edicto, quo sepulchri violati, ei ad quem res pertinet, id est cui ius sepulchri competit, cuius interest, datur actio in factum, non in certam quantitatem pecuniæ, sed in quantum iudici bonum & æquum esse videbitur. Ergo hæc actio ita concluditur, *quanti tibi iudici æquum videbitur, tanti condemna eum iudex*: æquum est autem hāc actionem dari filio, vel nepoti, necessario heredi & suo, qui etiamsi abstineat se hereditate, retinet ius sepulchri, & potest in sepulchrum hereditarium, vel familiare mortuum inferre, *l. 6. de rel.* Concipitur hæc actio in bonum & æquum, ergo datur cuilibet, cui æquum sit eam dari: denique cuilibet habenti ius sepulchri, etiamsi sepulchrum sit hereditarium, & is heres scriptus, nec tamen hereditatem agnouerit. Et eadem forma actio de

dote dicitur concepta in bonum & æquum, *l. eas, de cap. minut.* quia scilicet per eam actionem ex veteri formula petitur, *quanto æquius melius.* concipitur manifesto in bonum & æquum: & eodem modo actio iniuriarum dicitur oriri, vel esse ex bono & æquo, vel quod idem est, concipi in bonum & æquum, quod in id detur, quod ob eam rem iudici æquum esse videbitur: actio iniuriarum prætoria quæ non datur in certam quantitatem, vel certam pecuniam, sed in eam rem quam præstare iudici æquum & bonum videbitur, §. *pen. Inst. de iniur. l. non solum*, §. 1. *eod.* Sic actio de deiectis & effusis, si quis ex suo cœnaculo deiecerit, vel effuderit, quo libero homini nocitum sit, *l.* 1. *& l.* 8. §. *hæc autem*, *de his qui deiec. & eff.* Posset quis tentare has omnes actiones esse bonæ fidei, quod concipiantur in bonum & æquum, nihilque sit aliud bona fides, quam bonum & æquum, ius piumque, nec tamen comprehenditur in enumeratione actionum bonæ fidei, quam existimant omnes perfectam; & vero ita est: nulla in toto iure est perfectior enumeratione illa, quæ est de bonæ fidei actionibus, §. *actionum, Inst. de act.* Igitur non omnes actiones, quæ concipiuntur in bonum & æquum, propterea sunt bonę fidei, nam & condictiones omnes, veluti indebiti, ob rem dati, sine causa, &c. dicuntur esse ex bono & æquo, & sunt, nec tamen sunt bonæ fidei, & quod plus est, actio præsc. verb. de precario, dicitur ex bona fide oriri, *l.* 2. *de prec.* nec tamen est bonę fidei. Pleræque actiones strictæ oriuntur ex bono & æquo, & in id concipiuntur & non tantum ex verbis edicti, quo proponuntur, sed & verbis actionis, quæ ab actore intenditur: sed bonæ fidei tantum sunt eæ, in quarum formula fit mentio bonę fidei, *quod te mihi ex bona fide dare facereue oportet*: quod quidem nomen, aut aliud simile, manat latissime. Qua de causa dicitur latissimam esse formulam actionum bonæ fidei: bonam fidem dicimus, *τὴν ἀντιδιδίας ἐλλειμένην* dolo malo, quæ aduersatur dolo malo, atque etiam stricto & directo iuri, moderationem, humanitatem, benignitatem, de ipso iure decessionem, deminutionem. etiamsi actio concepta sit in id, quod iudici æquum videbitur, nihil tamen potest iudex de æquo abradere, quod tamen potest in bonæ fidei iudiciis, in quibus facit totum arbitrium iudicis: formula strictæ actionis est angustissima. Rursus ad hæc quærit Papin. an idem heres, dum se immiscuerit, agendo sepulchri violati, vt prędixit proposuitque recte ei competere actionem sepulchri violati, videatur se miscere bonis. Et Papin. ait, eum non videri propterea se immiscere bonis parentis, licet sepulchrũ sit hereditarium. optima ratione, quia beneficio istius actionis nihil capit ex bonis paternis, ex hereditate nihil attingit, vel consequitur, quod sit hereditarium. Hæc enim actio non persequitur rem, quæ hereditati absit, sed tantum vindictam, vltionem, dolorem læsæ vel imminutę, aut violatæ religionis, *l. pro herede*, §. *pen. de acq. her. l.* 6. *hoc tit.* Competit quidem hæc actio per hereditatem, quod sit hereditarium sepulchrum, *προφάσει τῆς κληρονομίας, occasione hereditatis.* recte, fateor, sed nil ex hereditate aufert, nil adipiscitur, nil capit ex bonis defuncti, nec hereditaria est actio, & citra hereditatem competit necessario heredi, id est, etiamsi se abstineat, citra rem, competit habenti nudum nomen heredis *d. l.* 6. *de relig.* Differentiam fecit inter *ex* & *per.* Immiscet se qui ex hereditate capit aliquid: non immiscet se, qui per hereditatem capit aliquid: & ita in *l. eo tempore, in fi. de pec. quoniam*, inquam, *magis propter rem meam. quam ex re mea, pecunia mihi daretur.* Ad id quod ait Papin. hanc actionem esse conceptam in bonum & æquum, notandum est, concipi & inferri hanc actionem non in bonum & æquum, sed in certam pecuniam. quod refero, vt intelligatur, *l.* 9. quæ præcedit. *Actio quoque pecuniaria datur. quoque* ac si diceret, de sepulchro violato non tantum datur actio in bonum & æquum, sed etiã in pecuniã certã, puta, cuilibet de populo. Est enim

A popularis actio, etiamsi actoris nihil intersit, scilicet in aureos 100. aut 200. secundum definitionem *l.* 3. *hoc tit.* Adiiciam & illud, vt tollam quędam menda, quę sunt in *hoc tit.* Ita demum hanc actionem in eum dari, qui sepulchrum violauit, si dolo malo violauerit, dolus coercetur, non res ipsa: nam si dolus absit, vt si impubes doli incapax deiecerit sepulchrum nesciens, cessat actio, quod proponitur in *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* Sed locus est corruptus. vulgo sic legitur: *Si dolus absit, cessabit pœna.* Flor. sic legitur, *si igitur dolus absit, cessabit eiusdem persona.* Vitium est ab interpunctionibus: nam vox illa *personæ*, est coniungenda cum sequenti; & ita omnino legendum: *Si igitur dolus absit, cessabit eiusdem edicti*, scil. *pœna, ius, iudiciumque.* Sequitur alia clausula: Perso-
B næ igitur *doli non capaces, vt impuberes.* Est & aliud mendum in *l.* 5. Qui fundos vendunt, in quibus sunt sepulchra, non vendunt etiam sepulchra, neque vero possunt vendere: nam rei religiosæ non est commercium. modica quidem loca, quamuis sint religiosa, fateor accedere venditioni totius prædij, *l. in modicis, de con. empt.* modicus locus, quamuis religione affectus sit, sequitur emptorem; sed locus non modicus, nec contemptibilis, qui religiosus est, non sequitur emptorem. Sepulchrum manet in dominio venditoris: qua nec ei ius est adeundi sepulchrum inuito emptore, idque solet excipi in legibus vendendorum prædiorum. Exponit l. 5. veterem formulam legis quæ dici solebat in vendendis prædiis, quoniam in eis prædiis erant ædificata sepulchra. Formula
C est, *vt ad sepulchra, quæ in fundis sunt, iter eis.* sic vulgo, Florent. aliter, *iter eius.* Varietas lectionis indicat subesse mendi aliquid; & vero arbitror sic esse legendum, vt in antiquis inscriptionibus, *huic monumento itus, aditus, ambitus debetur*, sic hoc loco, *vt ad sepulchra, quæ in fundis sunt, itus, aditus, ambitus funeri faciendo sit.* Nam credo vos intelligere, non solum fuisse in fundis sepulchra, sed etiam certum ambitum ad sepulchrum funeri faciundo, id est, certorum pedum numerum in agro ad sepulchrum faciendum: & ob id venditor recipiebat sibi itum, aditum, ambitum funeri faciendo, iustis faciundis, inferiis persoluendis.



D
IACOBI CVIACII
IVRISCONSVLTI
COMMENTARIVS
in Lib. IX. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 66. de procuratorib.

Si is, qui Stichum vel Damam, vtrum eorum ipse vellet, stipulatus est, & ratum habeat, quod alterum procuratorio nomine Titius petit, facit vt res in iudicium deducta videa-
E *tur, & stipulationem consumat.*



INCIPIT liber nonus quæstionum Papiniani à *lege* 66. *de Procurat.* cuius sententiam exponamus, & cætera, quæ ad eam pertinere videbuntur. Stipulatus sum sub alternatione, Stichum aut Damam, vtrum eorum ipse vellem: seruaui mihi optionem, alioqui optio esset promissoris: si procurator meus in iudicio petat Stichum sine mandato speciali, sine voluntate mea, an aufert mihi electionem & optionem? an petitio procuratoris mihi nocet quo minus Damam eligere possim si eum malim? Minime: Petitio procuratoris mihi non aufert optionem meam: quia non potest deteriorem conditionem meam facere

inuito me, *l. ignorantis* 49. *hoc tit.* etiamsi sit procurator totorum bonorum, vel generale mandatum habeat, vt non potest etiam inuito me soluere debitum naturale, vt dixi in §. *Flauius* legis *si is qui nummos*, *de solut.* non potest transigere deminuendi causa, *l. mandato* 60. *hoc tit.* vt iamdiu emendauimus ex *l. Lucius*, 2. §. *vlt. de adm. tut.* non potest, inquam, quidquam deminuere, disperdere, vel quidquam gerere in perniciem siue in necem domini, quia non est verisimile hoc ei esse mandatum, vt quid faceret in fraudem domini. Et generaliter, qui mandatum aut voluntatem non habet, rem siue litem in iudicium deducere non potest, id est, si agat, si litiget, nihil agit, nihil litigat: namque irritum erit iudicium, irrita lis, irrita sententia, si quam consequatur, hoc est non deducere rem in iudicium, qui, inquam, ratum non habet, rem in iudicium non deducit, *l.* 27. *in causa.* §. 1. *hoc tit. l. licet* 24. *C. eod.* voluntatem ratihabitionem dicimus, *l.* 3. §. *sed si, de in rem verso. l. Pomponius*, §. *vlt. hoc tit. l. si fundus*, 16. §. 1. *de pign.* In hac igitur specie nullum est iudicium, nulla lis, quæ contestata est: procurator meus petendo Stichum, & quasi præripiendo nihil agit, & ego non possum repelli à petitione Damæ, si eum malim, licet procurator meus iam petierit Stichum: quæ est sententia huius legis: videlicet, si non mandaui, si non ratum habui, vt Stichum peteret. sed si ratum habuero quod procurator petiit, ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur: quod in omnibus causis hodie obtinet ex constitutione Iustin. vt ratihabitio comparari possit iusso, & in adeunda hereditate non minus proficiat filiofam. ratihabitio patris quam iussus. Quamobrem, si ratam fecero petitionem procuratoris mei, ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur, & facit, vt res in iudicium deducta videatur, id est, vt lis rite contestata videatur, & consumit stipulationem. Quid hoc est, consumit? In hæc verba tres interpretationes attulit Accursius. Sed nihil est euidentius, consumit stipulationem, id est, ius omne stipulationis, vt in *l. apud Aufid. de opt. leg.* optione vestimentorum legata, legatarium prima optione consumere ius omne legati, quia scilicet mutare voluntatem non potest, & alia vestimenta eligere; non potest vti optione sibi legato concessa, vt in hac specie, non potest vti optione quæ sibi stipulatione concessa est. Quid est igitur consumere stipulationem? est denuo eligere non posse, electionem semel factam mutare non licere. Et ex his, quæ diximus illud inter nos fixum habeamus, consumi electionem, vel stipulationem, quæ electionem differt, etiamsi nondum sit exacta, siue extorta res, quæ petita est, modo stipulator, qui sibi reseruauit optionem; lite contestata alteram rem petierit, vel procurator eius eo mandante, vel comprobante, id est, ratum habente: nec enim minor est vis ratihabitationis, quam mandati. Et rursus illud fixum habeamus, quòd idem est, sed enuntiatur breuius, vnam electionem consumere stipulationem eam, quæ electionem defert, stipulatori non licere amplius, quam semel eligere in *l.* 112. *de verb. obligat. l.* 5. *de legat.* 1. *d. l. apud Aufidium.* non oportet amplius quam semel optare: omnis nimia licentia breuitate constringitur, & qui optare potest, semel tantum potest optare, & consumitur vna litis contestatione, quod idem est, petitione in iudicio: neque enim petis, nisi litem contestatus fueris: & idem est in iure petitio & litis contestatio. Et hoc est certissimum, litis contestatione consumi electionem, quia litis contestatio electio est, nec licet amplius, quã semel eligere. Verum addendum est, vna testatione consumi optionem stipulationis, *d. l. apud Aufid.* vt puta, si quis extra iudicium testibus adhibitis dicat illam rem velle: hoc vbi dixerit semel, non poterit illam rem malle: ergo non litis contestatione siue petitione tantum, sed etiam testatione qualibet & declaratione voluntatis suæ consumitur optio, & stipulatio optionem deferens. Posset quis tamen non

A immerito contendere, etiam semel facta electione pœnitentiam admitti & retractari electionem posse ex *l.* 8. §. *vnius*, *de opt. leg.* à qua re perperam se expediuit hoc loco Accurs. nec inuenit alium modum se expediendi, quam vt diceret, mutari posse voluntatem, si electio, quæ facta est, non fuerit rite facta, quod verum est, id est, si non congruo loco, oportuno tempore facta sit, retractari potest: fateor: sed vaticinatur, quum ponit in *d.* §. *vnus*, optionem non iure fuisse factam, incongrue, aut intempestiue, atque ideo eam pro infecta haberi. Sed enarremus sententiam huius §. Mihi & tibi vnius hominis optio legata est ex vniuersa familia; si cum ego optassem Stichum ex ea familia, nec mutassem voluntatem: significat nos potuisse mutare voluntatem, alioquin id superuacuum adiecisset. nihil est quod tam facile expediri possit. Dico IC. adiecisse, *nec mutassem voluntatem*, B non quod liceat mutare, sed vel quod ea mutata possit dici, me serui dominium amisisse quem optaueram, & ideo seruum communem non futurum: quod tamen est falsum. Nam dominium non amittitur nuda voluntate: & si dixero nolle me eam rem meam esse, non desino esse dominus, sed amittitur certis modis comparatis iure ciuili, qui proponuntur in *tit. de adq. rer. dom.* Possessio quidem amittitur nuda voluntate, hæc est differentia inter vtrumque, *l. si quis* 17. §. 1. *de adquiren. possess. l. ius adgnat. de pact.* Vel certe, quod magis placet, ideo dicit, *nec mutassem voluntatem*, quia mutata voluntate posset dici, eum nunquam dominium in eo seruo adquisiisse, & electionem semel factam pro non facta haberi, si in ea non perseuerauit, quod tamen etiam est falsum, C quia factum infectum reddi non potest: & ita mihi videtur explicandus ille locus. Adnotandum modo, vnum esse casum, quo, etiam si elegerit is, cui electio competit, licet ei mutare sententiam, & pœnitere, subinde eligere, subinde optare, quoad altera res in iudicio petita sit: vt si stipulatus sim Stichum aut Damam, vtrum volam (non vtrum voluero) antequam alterum petiero, omne tempus mihi liberum est ad eligendum. Igitur eo modo concepta stipulatione vtrum volam, quoad alterum petiero, omne tempus mihi liberum est, quod ostenditur in *leg.* 112. *de verb. obligat.* quia scilicet verbum *volam* est extensiuum, siue παρατατικόν, in futurum tempus verbum *volam* extendit optandi voluntatem: latissima est electio, quæ datur verbo *volem*, & ideo, in- D quit, *l.* 112. si ita stipuler, Stichum aut Damam *quem voluero*, non possum mutare voluntatem, si semel vnum voluero: sed si ita stipulatus sim Stichum aut Damam, *quem volam*; etiam vno electo licebit mihi transire ad alium, & mutare voluntatem, reiicere Stichum quem elegeram, & amplecti Damam, quia ea verba *quem volam* habent tractum, ἐπιμονὴν, παράτασιν, moram, prolationem, donec iudicium dictet, id est, litem contestetur: stipulator ante litem contestatam potest variare: litis contestatione consumitur electio, quibuscunque verbis concessa vel reseruata, etiamsi his, *vtrum volam*: non & qualibet litis contestatione, litis contestatione consumitur rite perfecta: nam si res in iudicium deducta non sit, quæ vis est litis contestationis & potestas, ius stipu- E lationis non consumitur, electio non consumitur, sed manet in integro. Ergo hæc verba (*volam*, *voles*, *volet*,) sunt extensiua & παρατατικὰ in futurum tempus. Et ita in *l. filij*, *ad Senatusc. Tertull.* Iurisconsult. verbum *volet*, quod erat in SCto Orph. extensiuum esse ait, in hanc sententiam, filij succedunt matri, licet sint cognati non agnati, ex SCto Orph. & præferuntur agnatis mulieris. Sed, inquit, SCtum, *si nemo filiorum matri succedere volet, ius antiquum esto*, quod scilicet obtinuit ante SCtum Orficianum, id est, redeat hereditas mulieris ad agnatos. Finge: filius dixit, se nolle hereditatem matris, & deliberante agnato, mutauit voluntatem, antequam adiisset agnatus, & dixit, se velle hereditatem matris, an admittetur pœnitentia & inconstantia ista? lex ait

admitti, quia Senatus vsus est verbo extensiuo, quo A dedit liberum arbitrium filio, quoad agnatus adiisset. Igitur non tantum præteritum imperfectum παρατατικὸν, *extensiuum*, dicimus, vt *volebam*, sed etiam futurum imperfectum, vt *volam*. Et placet eorum sententia, qui duo statuunt futura: futurum imperfectum (*vt volam*) & perfectum (*vt voluero:*) Futurum imperfectum vltimam voluntatem exigit: & ideo post primam voluntatem licet pœnitere & aliud velle: futurum perfectum primam voluntatem exigit; igitur post primam voluntatem non licet pœnitere. Eadem aut similis differentia est inter præteritum imperfectum (*volebam*) quod etiam tractum habet, & preteritum perfectum, quod quidam vocant (*volueram*) vulgus autem *volui*, siue ἀόριστον, quod Stoici vocant *præsens perfectum*, χρόνον ἐνεστῶτα, siue τέλειον, παρακείμενον. Nam siue volueram, siue volui, primam voluntatem exigit, non vltimam, *Volui*. Stoicis à quibus ICti imbuti sunt, est præsens perfectum: *volueram* imperfectum, quia rem non impletam monstrat. Hæc non sunt indigna cognitu, & sunt certissima. Obiici tamen posset *l. 11. §. si fideicom. de legat. 3.* quia hæc verba, *quum voluerit heres meus*, ait esse extensiua siue tractum & extensionem habere: & ideo si dicamus *cum volueris heres, dato fundum*, quamdiu viuet heres, ambulatoria erit eius voluntas, & incerta, & mutabilis, quia ea verba, *quum volueris*, habent extensionem. Volam fateor habere extensionem: *voluero*, nego. Respondere igitur debemus, in eo exemplo extensionem non sumi ex verbo *voluero*, sed ex articulo *cum*, id est, quandoque. Igitur heredi quandoque licebit mutare voluntatem. Ioannes antiquus interpres videtur habuisse aliquã peritiam linguæ Græcæ: nam in *d. l.* 112. in reddenda ratione differentiæ inter *voluero* & *volam*, scribit Græcos habere verbum quoddam infinitum (puto βουλήσομαι) quo infinitas temporis monstratur, & in eius locum dixisse Latinos *volam*. ὃν βουλήσομαι, & constat inter Græcos pœnitentiam admitti: ita videtur admittenda pœnitentia si Latine dixero, *quem volam*, nihil refert, qua lingua hoc dixero: & placet satis hæc adnotatio Ioannis, sed indigebat explicatione. Hæc diximus de stipulatore. Posset quęri an eadem dici possint de promissore, cuius sit electio concepta ex stipulatione sub disiunctione, seu alternatione? Et sane non ita statuemus in promissore, vt statuimus in stipulatore. Ego ita distinguo. Aut promissori delata est electio tacite, aut nominatim. Tacite electio est promissoris, si stipulator sibi eam non exceperit nominatim: si cuius foret electio, non sit comprehensum in stipulatione: & quidem si tacite delata sit electio promissori, vt si quis simpliciter stipulatus sit illud aut illud, nullo adiecto verbo de electione, si, inquam, tacito iure electio promissori competat, potest variare quoad soluerit, nec prima electione obstringitur necessitate eius rei soluendæ, quam optauit. Quid si nominatim data sit electio promissori, siue stipulator vsus sit futuro perfecto siue imperfecto, *illud aut illud vtrum voles, dabis?* semel electione facta non potest variare; nec frustra data est electio nominatim, quæ omissa etiam promissori competeret. Alia est causa electionis nominatim datæ, alia eius, quæ tacite inest, quod ostenditur in *l. eum qui 56. §. vlt. de verb. oblig. l. huiusm. 84. §. Stichum, de legat. 1.* Sed nondum est satis, quæres, cur non admittatur pœnitentia, seu variatio, posito verbo extensiuo *voles?* cur non obseruamus etiam in promissore vim extensionis, quæ est in verbo *voles*, quam obseruamus in stipulatore? ratio est æquissima, ne fiat iniuria stipulatori. Quid est etiamsi dictum sit *vtrum voles?* non potest variare promissor, ne fiat iniuria stipulatori, cui prima electio promissoris ius adquisiuit in ea re, quam elegit. non licet extensione verbi vti in iniuriam alterius. Stipulator vtitur extensione verbi citra iniuriam promissoris, quia Stichum promissor obligatur dare, quem optauit semel, stipulator non obligatur accipere, quem optauit semel: quæ omnia censeo summopere notanda.

Ad l. eo tempore 50. de pecul.

Eo tempore, quo in peculio nihil est, pater latitat, in bonorum possessionem eius rei seruandæ causa, mitti non possum, qui de peculio cum eo acturus sum: quia non fraudationis causa latitat, qui si iudicium acciperet, absolui deberet. nec ad rem pertinet, quod fieri potest, vt damnatio sequatur. nam etsi in diem, vel sub conditione debebatur: fraudationis causa non videtur latitare: tametsi potest iudicis iniuria condemnari. Sed fideiussorem datum eo tempore, quo nihil in peculio est, teneri putat Iulianus: quoniam fideiussor futuræ quoque actionis accipi possit: si tamen sic acceptus est. B

Sequuntur multæ & variæ quæstiones in hac l. quæ omnes operam Interpretis desiderant vt fere omnes, quæ sunt de peculio: vbi est peculij nomen, ibi semper nodus vel scrupulus aliquis. Pater ex contractibus filiifa. non tenetur in solidum, tantum abest, vt extraneus pro extraneo teneatur, vt nec pater teneatur pro filiofam. qui tamen in iure vnius personę vice censentur propter vinculum patriæ potestatis. non tenetur ergo pater in solidum ex contractu filij, vel quasi contractu, sed tenetur de peculio, id est, ad eam quantitatem, quę est in peculio, quod ei concessit rei iudicatæ tempore. Nam quantum sit in peculio non spectamus litis contestatæ tempore, vel in medio litis, sed rei iudicatę tempore, & C pro modo eius quod est in peculio rei iudic. tempore condemnatio fit, *l. 6. §. idem Iulianus, de liber. leg. l. cum fideiubeat, de fideiuss. l. quæsitum, hoc tit. l. Fulcinius, §. si quis actionem, quib. ex caus. in possess. eat.* Conueniri igitur pater potest de peculio, & damnari eatenus, quatenus fuerit in peculio rei iudicatę tempore. Finge, patrem se occultare, sui copiam non facere, in publicum non procedere, latitare, nec defendi. Latitat, inquit, reus fraudationis causa, hoc est, vt decipiat & fraudet creditorem peculiarem, ne ab eo trahatur in ius. Creditor hoc casu mittetur in possessionem omnium bonorum patris latitantis fraudationis causa, & indefensi ex edicto pretoris rei seruandæ causa, id est, crediti seruandi causa, Græcis, χρέους ἕνεκεν φυλακτέου: *debiti seruandi gratia:* ac deinde, si res exegerit, quod est miserrimum, bona D omnia patris distrahentur, dilacerabuntur sub hasta præconis, quæ dicitur à Propertio *pertica tristis*. Etenim adimit bona omnia, & bonam æstimationem: Inde quęritur: si concesserit pater filio peculium, & nunc in peculio nihil sit, si absumptum & exhaustum sit, an hoc casu creditor mitti possit in possessionem bonorum patris latitantis? an quoad latitat pater, bona eius, tametsi nihil sit in peculio, possideri & distrahi possint sub hasta? Et, quod omisi, acerbitas hastæ in eo consistit, quod pauci animaduertunt, quod facta venditione bonorum, & redacto pretio ex bonis, absolutisque creditoribus omnibus si quid superfit, id non restituatur passo venditionem bonorum, siue proscripto: Hoc enim tantum est humanè concessum pupillo, furioso, & prodigo, quia E horum status non multum à pupilli conditione abhorret, non differt multum furiosi conditio à conditione pupilli, *l. Fulcinius, §. plane interdictum, quibus ex caus. in poss.* Denique debitor idemque fraudator exuitur omnibus bonis, nec quod superest ei restituitur, ei viuo. viuentique funus acerbissimum ducitur, vt ille ait in Quintiana. Quæstio autem, quam proposui, hæc est. Si nihil sit in peculio, atque ita si videatur agi non posse cum patre cũ effectu de peculio, an frustra desideret creditor se mitti in bonor. possessionem patris se occultantis & euitantis suum aspectum? Et Papinian. ait, non posse, licet latitet pater, quia frustra latitat, & sine causa vitat occursum creditoris & horret, & vt fiat missio in possessionem non sufficit latitare, sed necesse est fraudationis causa latitare, & re ipsa subesse fraudationem creditoris, *d. l. Ful-*

cinius, §. 1. Non videtur autem fraudationis causa latitare, qui si conueniretur absolui deberet, sed stulte videtur latitare, quia nihil est in peculio, & aduersus patrem competit tantum actio de peculio: si nullum est peculium, & nulla actio de peculio erit, *l. seruus, de dol. l. depositi, in prin. hoc tit.* nulla etiam cautio de futuro peculio, de futura accessione aut incremento peculij interponitur, *l. quoties, §. si semel, hoc tit.* Hoc igitur tantũ locũ habet in actionibus bonę fidei vt cautio exigatur, etiã antequam debeatur, futuræ obligationis nomine, puta, antequam dies veniat, *l. in omnibus, de iudic. l. quod si in diẽ, de petit. hered.* In iudiciis strictis, ne quidem cautio desideratur, antequam extiterit obligatio, nisi vno casu, cum fit separatio bonorum hereditariorum & bonorũ heredis inter creditores hereditarios, & creditores heredis, *l. 4. de separat.* Ex sententia Papin. sic statuo: Si nihil sit in peculio, creditor peculiaris non potest mitti in bona patris latitantis, quia hæc latitatio caret fraude. Huic sententiæ poterit quis obiicere argumenta duo, quibus Papin. respondet. ac primum posset quis obiicere; non omnino esse inutilem aut nullam actionem de peculio, tametsi nihil sit in peculio, si modo pater concesserit filiof. peculium: quia fieri potest, vt sequatur condemnatio, iniuria forte iudicis vel stultitia. At contra Pap. obiicit, eadem ratione non inutiliter agi aduersus debitorem in diem, vel sub conditione, & ante diem vel conditionem, & consequenter bona eius debitoris non inutiliter possideri, antequam dies venerit, vel conditio extiterit, & distrahi, quod scilicet condemnari possit iniuria iudicis, si hoc licet spectare etiam ante diem vel conditionem: quod tamen est falsissimum. Et vero non est satis honestum rationem habere eius, quod iniuria iudicis contingere potest. Itaque obiectio illa belle diluitur alia obiectione. Altera obiectio hæc est: fideiussor dari potest à patre nomine actionis de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, quia potest esse postea: hoc est certissimum. cum fideiussor dari possit actionis futuræ, cur non & bona patris latitantis possideri, tametsi nihil sit in peculio, crediti seruandi futuri causa.? Et huic obiectioni non est difficile respondere. fideiussor vt constat pro certo adhiberi potest futuræ obligationi, *l. 6. §. vlt. de fideiuss.* Futuri debiti seruandi causa bona possideri non possunt. Fideiussor vel præcedere, vel sequi principalem obligationem potest: possessio & venditio bonorum & iudicium sequitur, non & præcedit obligationem, *l. non quemad. 35. de iud.* Nec abs re: fideiussorem enim dat volens, possessionem bonorum patitur inuitus: iudicium patitur inuitus, & inde actionibus nomen quod agant inuitos in ius: actio redditur in inuitum, *l. inter, §. si Stichum, de verb. oblig.* & iniquum est, me inuitum quicquam pati antequam debeam. Et hoc est, quod Papin. proponit initio *h. l.* Respondet Papin. duabus obiectionibus, prætermisit tertiam, quæ maius nobis negotium facit; quam cæteræ: nec prætermisit abs re. Potest huic definitioni Papin. fortiter opponi *l. Fulcinius, §. si quis actione, quibus ex cauſ. in poſſ. eat.* Sententia eius §. hæc est. Pater conueniri potest de peculio, quia concessit peculium filiof. sed latitat, & nihil est in peculio, quæritur, an creditor possit mitti in possess. aduersus latitantem? & Vlpian. ait. bona latitantis possideri, & distrahi posse, etiamsi nihil sit in peculio, quia potest esse antequam lis finiatur. quod si est actio, & missio igitur aduersus latitantem. nihil est quod magis aduersetur huic definitioni Papiniani: nam non dicemus dissentire Papinianum ab Vlpiano, siue fuisse controuersum inter Sabinum & Proculum sitne actio exhausto peculio, *l. quæsitum hoc tit.* Sabiniani negabant actionem: Proculiani dabant, tametsi nihil esset in peculio: & tenere eam arbitrabantur si quid filiusfam. comparasset rei iudicatæ tempore, & redegisset in peculium & hæc sententia obtinuit, exemplo actionis in rem, & ad exhibendum, quæ tenent, id est, vim suam exercent, etiamsi rem, de

A qua agitur, non possideat is cum quo agitur litis contestatæ tempore, modo eam possideat rei iudicatæ tempore. In his enim actionibus spectamus rei iudicatæ tempus, *l. sin autem, §. 1. de rei vindic. l. tigni, §. si quis, & l. seq. ad exhib. l. item vidend. §. si quis, de petit. hered.* Et vt opinor ab hac sententia Proculianorum Pap. non abhorrebat. Videamus igitur quemadmodum in concordiam sit adducendus Vlpianus, cum Papiniano. Accursius duas tantum rationes concordiæ excogitauit. Vna est: In hac l. 50. (inquit) lis non erat contestata cum patre de peculio, atque ideo proceditur ad distractionem & missionem bonorum facillime. hoc vero nego, & pernego, quia *d. l. Fulcinius* est de eo, qui latitat ne in ius vocetur à creditore, qui vitat occursum creditoris, ne obtorto collo trahatur in ius manu creditoris,

B tantum abest, vt cum patre lis sit contestata, cum nec sit vocatus in ius, nec aliam ob causam latitet quam vt ne in ius rapiatur. Altera via conciliandi hæc est. in *d. §. si quis act.* spes erat peculij, viuo scilicet adhuc filio, cui pater poterat concedere denuo aliquid in peculium: vel etiam qui ipse sua parsimonia poterat aliquid adquirere, idque pater relinquere in peculij causam. igitur erat spes peculij. In hac l. finitum erat peculium morte filijfamil. Hoc vero est commentitium, quis hoc admitteret? vt dixi ante, non ab re prætermisit hanc obiectionem Papin. non abs re est quod de eo nihil attigit, qui tantum attigit duas, eisque bellissime respondit. Puto prætermissam hanc obiectionem, quod non conueniret quæstioni Papiniani. Hoc enim tantum quærit, an hac ratione

C quod possit sequi condemnatio iniuria iudicis, recte mittatur creditor in bonorum possess. patris latitantis? Et docuit hunc colorem missionis non esse idoneum, hanc causam non esse honestam, nec honesto viro venire in mentem debere, vt possit iniuria iudicis condemnatio sequi, vbi nulla est actio: non fit igitur missio hac ratione, quod damnatio sequi possit iniusta: alioquin fieret passim & promiscuè. Sed si quis quæsisset à Papin. an hac ratione, quod posset esse aliquid in peculio rei iudicatæ tempore, hac consideratione, hoc intuitu fieri possit missio in bonorum possessionem? aut ego fallor, aut is vtique respondisset, quod Vlpian. Nam hic color est honestus, & ciuilis. Et ita etiam, si quis quid debeat in diem, vel sub conditione, dicam etiam

D ante diem vel sub cõditione creditorẽ mitti in possessionem in iudiciis bonæ fidei, in quibus rei iudicatæ tempus spectatur vt in actionibus in rem, hoc colore, quod rei iudicatæ tempore fieri possit, vt dies veniat, & existat conditio: Cur non interim seruandæ meæ rei, puta debiti causa non mittar in possessionem, fretus scilicet hoc colore, sine quo sane non possem mitti *arg. l. quod si in diem, de petit. hered. l. in poss. qui. ex cauſ. in poſſ.* dum ait, in poss. mitti debere etiam conditionalem creditorem, etiamsi conditio non extiterit. Sed mitti potest tantum, non etiam procedere ad venditionem bonorum. Interim eat in possessionem bonorum, sed caueat ne præpropere distrahat bona, antequam conditio extiterit, *l. Fulcinius, §. si in diem, eod.* Possideri igitur bona ab eo possunt, sed non etiam distrahi, antequam dies obligationis cesserit, aut venerit: & si forte rei iudicatæ tem-

E pore defecerit conditio, vel non extiterit, si rei iudicatæ tempore non venerit dies, plane inutilis erit missio, vel etiam non erit actio creditori, quanti ea res est, missio in possessionem aduersus debitorem qui eum non admisit, quæ tamen solet competere creditori misso in possess. ex edicto, nec admisso à debitore. Ex euentu igitur constituimus nullam esse missionem, vel creditori non esse actionem quanti ea res est, quod sit missus, sed non admissus à debitore. Et huc pertinet *l. pen. quib. ex cauſſ. in poſſ.* quæ aduersari videbatur *d. l. in possessionem, quæ* ait, creditorem conditionalem non mitti in possessionem, non mitti cum effectu, scilicet quia eam missionem venditio sequi non potest, antequam conditio extite-

rit: & quia non est actio, quanti ea res est, si sit repulsus à debitore: denique effectu cõditionalis creditor non mittitur in poss. & infirma missio est quamuis fiat forte iussu Prætoris. Hęc ita explicanda mihi videbantur.

Ad §. si creditor.

Si creditor patrem, qui peculio tenebatur heredem instituerit: quia mortis tempus in Falcidiæ ratione spectatur, illius temporis peculium considerabitur.

SEquitur alia quæstio de peculio in §. *si creditor.* Pater, qui conueniri poterat de peculio, creditori peculiari heres extitit ex testamento, & quasi oneratus legatis, desiderat vti Falcidia, id est, deductione quadrantis, residuo dodrante distributo inter legatarios. Arbiter Falcidiæ qui dari solet ad ineundam quantitatem bonorum & legatorum, ad ineundam rationem legis Falcidiæ, in Falcidiam patri imputabit id, quod defuncto debuit actione de peculio, quasi nomen hereditarium, quod hereditati contribui oportet. Videamus quid quantumve pater, idemque heres testatori suo debuerit nomine peculij? Certe tantum debuit, quantum fuit in peculio; Sed quo tempore spectamus quantum fuerit in peculio? non spectamus tempus rei iudicatæ, quia non fuit actum de peculio: sed, vt Papin. docet, spectatur tempus mortis creditoris, siue testatoris, quantum fuit in peculio, & tantum debuisse quantum in bonis testatoris intelligitur, tantove maior hereditas ad patrem peruenisse, *l. si creditor, h. tit. l. 2. §. illud quæsitum, de hered. vend.* quia scil. pater idemque heres, quod defuncto debuit de peculio, fingitur soluisse hereditati, atque ideo quod debuit, computatur hereditati, *l. si ei cui vend. 41. §. pen. de euict.* Confusio pro solutione est, quæ fit, si debitor creditori, vel contra si creditor debitori heres extiterit. Et sane quod debuit pater de peculio testatori, confusum est. Verum etiamsi confusum sit omnino, vt iam nemo sit qui agat, cum quo agi possit de peculio, tamen in computationem venire potest, & in deductionem, vel retentionem, *l. 1. §. si debitor, ad l. Falc.* Atque ita hoc casu, quod heres testatori debuit actione de peculio, computatur in hereditate, auget hereditatem, licet actio sublata sit confusione, id est, concursu debiti & crediti in vnam eandemque personam: quantum vero computatur in peculio, quantum denique in bonis testatoris? quantum fuerit in peculio mortis testatoris, eiusdemque creditoris peculiaris tempore. Spectatur tempus mortis: quod congruit regulæ iuris, quæ vult, vt in ponenda ratione, *l. Falc.* & exquirenda quantitate bonorum tempus mortis spectemus, *l. in quanti. 73. & l. cum quo 59. ad l. Falcid.* Et ideo si post mortem testatoris ante aditam hereditatem deminutum sit peculium, vel consumptum, non ideo minus intelligitur fuisse in bonis, vel in peculio: satis namque est, quod fuit in bonis mortis tantum tempore: nec necesse est, vt duret esse in bonis: locuples est hereditas, quæ fuit locuples mortis tempore, etiamsi postea pauperior effecta sit, quia quod postea periit, heredi periit, non legatariis. Et hoc est, quod ait Papin. in hoc §. Pugnare mirum in modum videtur cum Pap. Iulian. in *l. si creditor 83. ad l. Falcid.* cuius sententia hæc est: Creditor filij patrem cum quo de peculio agere poterat, heredem instituit: pater posuit rationem legis Falc. id est, dixit se esse oneratum legatis, locum esse Falcidiæ, minuenda esse legata quadrantis Falcidiani obtinendi caussa. In quadrantem, inquit, patri imputabitur, quod in peculio fuerit aditæ hereditatis tempore. Ex sententia Papi. patri in Falcidiam imputatur, quod in peculio fuit mortis tempore, quasi hereditarium nomen, quia id debuisse intelligitur, & soluisse hereditati. Ex sententia Iuliani, patri in Falcidiam imputatur, non quod fuit in peculio mortis tempore, sed quod fuit post mortem aditæ hereditatis tempore. Non est facile hos auctores inter se conciliare: non dicam eos inter se dissentire, quanquã Marcellus in *l. cum quo, ad l. Falc.* hanc rem in controuersiam vocet. Nam ait: plerique putant inspiciendum esse, quod in peculio fuit aditionis tempore, sed se dubitare propterea, quod placet in ineunda ratione Falcidiæ tempus mortis spectari. Marcellus rem dubiam facit, vt non mirum videatur forte, si vnus censuerit rationem esse habendam mortis tempore, alter aditionis: sed in eo non est perstandum vllo modo. Non dicam etiam, quod Accursius primo loco tradidit, fingendum esse dissidij componendi caussa inter Papinian. & Iulianum, idem fuisse tempus mortis & aditionis; & ideo nihil referre dixeris mortis tempus spectari, vel aditionis: iubet me fingere quod natura vetat, natura non fert, vt id fingam: nec enim potest idem esse tẽpus mortis & aditionis, quis hoc non dicet? Est idem tempus mortis & ἀναφάνσεως, siue existentiæ, id est, eo ipso tempore, quo moritur quis, sui heredes ei heredes existunt, & ipso iure hereditatem adquirunt, sed non potest esse idem tempus mortis & aditionis. Non dicam etiam, quod secundo loco tentauit Accurs. fingendum esse ne pugnent inter se, eandem quantitatem fuisse peculij vtroq; tempore mortis & aditionis; & ideo nihil referre, dixeris tempus mortis, an tempus aditionis, quæ etiam diuinatio non videtur esse sani hominis. Sed quod tertio loco breuiter & obscure satis tradidit, id vehementer amplector, & amplectetur quilibet vbi bene perceperit. Quid me vis ergo respondere ad *l. si creditor*? nempe hoc: Illud tempus inspici, quo maior fuit quantitas peculij, siue mortis, siue aditionis tempore, vt quoad fieri potest legata seruentur integra & imminuta. Non multum fauemus legi Falc. est enim contra voluntatem, quia minuit quod defunctus solidum præstari voluit: qua de causa quantum possumus, legata legatariis seruamus integra. Hoc nobis latius explicandum est. Sic dico, *l. si creditor* ita accipienda est, vt si post mortem testatoris ante aditam hereditatem auctum sit peculium, id patri quasi hereditarium in Falcidiam imputetur, quod fuit in peculio aditionis tempore, non spectato mortis tempore: quod probo à simili: Si debitor hereditarius non fuerit soluendo mortis tempore, & aditionis tempore inueniatur esse soluendo: sane id, quod facere potest aditionis tempore, imputatur in hereditate, nec spectatur tempus mortis, quo non fuit soluendo. Nomen non idoneum, auget hereditatem ex euentu, vt ait *l. Nezennius, §. si debit. ad l. Falc.* Si postea fiat idoneum nomen & rectum, nomen non idoneum auget hereditatem ex post facto: & ita si conditio debiti extiterit post mortem, quæ non extiterat mortis tempore, debitum illud computatur in bonis: denique nomen, cuius dies non cesserat mortis tempore, nomen conditionale auget hereditatem ex euentu, & ex post facto, id est, si postea extiterit conditio, quæ pendebat mortis tempore. Sed vice versa, si post mortem testatoris ante aditam hereditatem minutum sit peculiũ, id imputatur in Falcidiam patri, & contribuitur bonis, quod fuit in peculio mortis tempore, nec spectatur tempus aditionis: sicut, si debitor hereditarius, qui est soluendo mortis tempore, post mortem factus sit non soluendo, id computatur bonis, quod facere poterat mortis tempore, nec spectatur tempus aditionis: Si auctum sit peculium post mortẽ, spectatur tempus aditionis. Secundo casu, si deminutum sit peculium, spectatur tempus mortis: denique tempus, quo plenius siue auctius peculium fuerit: *l. cum quo, ad leg. Falcid.* aut propterea quod videri potest obscura sententia *d. l. cum quo*, nihil aliud est, quam distinctio hæc, quam exposui: & est lex elegantissima. In summa; post mortem testatoris ex euentu aliquo minor hereditas fieri non potest: vberior & plenior potest, vt hoc casu nomine idoneo facto, vel nominis existente conditione, & aliis casibus reuerso seruo ab hostibus post mortem: nam & hic seruus auget hereditatem post mortem; *l. serui, ad l. Falcid.* vel etiam

soluto naturali debito post mortem: nam & naturale debitum auget hereditatem ex euentu, id est, si soluatur, propterea quod soluti non est repetitio, *l.1.§.id quod nat. ad l. Falc.* Rem igitur omnem ita componamus & concludamus. Si deminutum sit peculium, tempus mortis spectatur, vt in hoc §. *si creditor.* si auctum sit peculium, tempus aditionis, *d.l.si cred.* Et ita in hac re nullus erit labor. Verum potest quis obiicere non immerito, æquissimum esse, vt quemadmodum damnum post mortem illatum respicit ad heredem, ita etiam lucrum pertineat ad solum heredem, vt etiam definitur in *l. in ratione. 30. & l. in quant. 73. ad l. Falc.* damna illata post mortem sustinet heres solus, puta mortem seruorum, furta, rapinas, incendia, ruinas, vim hostium, peiora facta nomina: lucra quoque, quæ obtingunt post mortem, ad solum heredem pertinent, vt fructus partus, fœtus: eadem est ratio damni & lucri, si me vis damnum sentire, & etiam lucrum necesse esse: & ideo sicut deminuto peculio post mortem, damnum respicit ad heredem, nec propterea videtur deminuta hereditas nec minor ad eum peruenisse, ita etiam post mortem aucto peculio lucrum debet pertinere ad heredem, ne sc. ad eum videatur maior hereditas peruenisse, quam fuerat mortis tempore. Nemo est, quem non perturbet hæc obiectio, nisi præuiderit. Respondere debemus hoc modo: omnia damna illata post mortem, etiam peiora siue deteriora, & pauperiora facta nomina post mortem: omnia tamen lucra non respiciunt ad heredem, pleraque etiam lucra respiciunt ad heredem quæ veniunt post mortem, sed tamen non omnia, non meliora facta nomina. Et obseruandum est in *d. l. in ratione,* Iureconsultum peiora facta nomina adscribere heredi initio dum ostendit, omne damnum pertinere ad heredem, sed dum etiam ostendit lucrum pertinere ad heredem, non dixit meliora facta nomina pertinere ad lucrum heredis: nam sane meliora facta nomina non pertinent ad lucrum heredis, quod tamen videtur æquum. Et hic nisi reddidero rationem differentiæ, aberrauero longe à munere nostro. Cur meliora facta nomina augent hereditatem, nec cedunt lucro heredis? meliora, inquam, facta post mortem, & tamen fructus post mortem percepti, partus ancillæ, fœtus, adquisitiones seruorum cedunt lucro heredis? Ratio differentiæ hæc est, quia fructus non erant nati mortis tempore, vel partus, vel fœtus, adquisitiones seruorum, factæ non erant mortis tempore: nomina sunt accessiones, quæ hereditati accepto non feruntur, quæ sunt mortis tempore: nomina autem iam erant contracta mortis tempore, quamuis non erant idonea propter infortunium debitorum. Eadem igitur quantitate recte in hereditate computantur, qua contracta sunt mortis tempore, si post mortem facta sint idonea. Eademque est ratio nominis conditionalis: nam etsi conditio eius extiterit post mortem, tamen vires accipit ex contractus tempore, & incipit habere vires easdem mortis tempore, *l. vsufr. de stipulat. seruor.* Eadem est ratio serui captiui post mortem reuersi, quia postliminium fingit eum fuisse in hereditate mortis tempore. Eadem est ratio debiti naturalis soluti post mortem, quia contractum erat mortis tempore. Igitur non mirum, si nominum exactio sit, quæ idonea facta sunt post mortem, quandoquidem contracta iam erant mortis tempore. Et longe est alia ratio cæterarum rerum, quæ adquiruntur post mortem, quæque non erant in rebus humanis, aut in bonis defuncti mortis tempore. Hæc, qui bene perceperit, expediet se multis locis iuris nostri. hæc vero censeo valde esse notanda.

Ad §. etiam.

Etiam, postquam dominus de peculio conuentus est, fideiussor pro seruo accipi potest. Et ideo qua ratione, si post actionem dictatam seruus pecuniam exsoluerit, non magis repete- A *re potest, quam si iudicium dictatum non fuisset: eadem ratione fideiussor quoque vtiliter acceptus videbitur: quia naturalis obligatio, quam etiam seruus suscipere videbitur, in litem translata non est.*

Restant huius legis duæ quæstiones, quarum vim & definitionem, nescio an adhuc quisquam explicauerit bene, tametsi paucis verbis comprehendi possit, nec desiderat longam tractationem. Et est sane definitio earum singularis admodũ & cognitione dignissima. Sciendum debitorem liberari etiam inuitum & ignorantẽ, si quis soluat pro eo, *l. solut. 23. de solution. §. 1. quib. mod. toll. obl.* Item si quis promittat pro eo nouandi animo, *l. 8. in fine de nouat.* item si quis iudicium accipiat pro B eo, quamuis inuito & ignorante, *d. l. solut. l. si fund. §. si plures, de pign. l. qui seruum 20. de interrog. in iur. fac. l. 2. C. de pact. l. 3. C. de execut. rei iudic.* Cur etiam si quis iudicium accipiat pro debitore, liberat eum? quia scilicet iudicio accepto, & sequuta condemnatione etiam vulgo dicitur necessaria nouatio, *l. aliam, inf. de nouat. l. vlt. inf. de separat.* Necessaria, quia iudicia inuitos tenẽt. Alia est nouatio voluntaria inter conuenientes, quæ proprie est nouatio, quæ propriè dicitur fieri legitime, aut esse legitima nouatio, *l. nouatione, 2. de nouat.* Et longa differentia est inter voluntariam nouationem & necessariam. Notatur vna distantia siue differentia *in d. l. nouatione.* Notemus modo alteram: voluntaria nouatio tollit omnem obligationem, id est, ciuilem & naturalem: necessaria quæ fit iudicio accepto pro alio tollit ciuilem, C non naturalem: nam & fideiussor & pignus obligatum manet, & vsuræ currunt, etsi de sorte tantum acceptum sit iudicium pro alio, *l. lite, de vsur. l. cum stipulatus, 90. de verb oblig. l. iudex, l. Iulianus, de cond. indeb. l. grege §. etiam, de pignor. l. 8. C. eod.* His ostensis finge: pater vel dominus accepit iudicium pro filio, aut seruo conuentus actione de peculio; post acceptum iudicium, post litem contestatam idem seruus post dictatum iudicium, post litem contestatam. Post iudicium igitur acceptum cum patre seruus fideiussorem dedit, quæritur, an eius fideiussor obligetur? Et sane si fideiussor datus sit ante iudicium acceptum cum patre, obligatus manet fideiussor post acceptum iudicium: nec enim nouata est naturalis obligatio, qua tenetur seruus obstrictus: & fideiussor naturali obligationi adhiberi potest. Si post acceptum D igitur iudicium cum patre seruus soluerit, soluti repetitio non erit, quia natura debitum soluit. Seruus ex suis contractibus obligatur, naturaliter, non ciuiliter, *l. serui, de obligat. & action. l. eum quo. §. 1. ad l. Falc.* nec liberatur naturali obligatione iudicio accepto inter dominum & creditorem, quasi nouatione facta: nec enim fit nouatio: quod Papinian. demonstrat his verbis: *naturalis obligatio, quam seruus suscipere videtur*: naturalem obligationem qua seruus tenetur obstrictus ex suis contractibus non videri in litem translatam, quæ scil. instituta est cum domino actione de peculio, id est, non videri nouatam: nouatio enim definitur esse translatio, in *l. 1. de nou.* nouatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel ciuilem, vel naturalem trans- E fusio. Summa igitur hæc est: Naturalem obligationem, qua seruus tenetur ex suo contractu, non nouari iudicio accepto cum domino actione de peculio, quia magis iudicium illud accipit pro se, quam pro seruo, quod ipse teneatur iure honorario ex contractu serui: seruus autem iure naturali: nec agitur cum dño ex eo iure, quo obligatus est seruus, sed ex alio. Hęc est sententia §. *etiam,* in quo etiã notat duos effectus naturalis obligationis, vt ei accedere possit fideiussor, & vt solutum ex causa eius obligationis non possit repeti. Inquit, *translata non est,* id est, nouata non est, quamuis videatur dominus pro seruo, iudicium accepisse, & soleat fieri nouatio iudicio accepto pro alio.

Ad

Ad §. vltimum.

Seruus alienus cum bona fide seruiret mihi, nummos à Titio mutuatos mihi dedit, vt eum manumitterem, & manumisi. Creditor quærebat quem de peculio conueniret. Dixi, quanquam creditor electionem alias haberet, tamen in proposito dominum esse conueniendum: & eum ad exhibendum mecum acturum pecuniæ nomine, quæ ipsi esset acquisita, nec in eam causam alienata, quæ pro capite serui facta proponeretur: Neque enim admittendam esse distinctionem existimantium, si non manumittam, domini pecuniam esse: manumissione vero secuta, videri pecuniam ex re mea quæsitam mihi: quoniam magis propter rem meam, quam ex re meâ, pecunia mihi daretur.

SEquitur alia quęstio elegans. Seruus alienus mihi bona fide seruit. ego per eum adquiro ex duabus causis tantum, ex operis suis scilicet, & ex re mea, ex residuis causis adquirit domino. Finge; is seruus mutuatus est pecuniam ab extero, & eam mihi dedit pro capite, id est, pro libertate, vt eum manumitterem. manumisi & accepi pecuniam, non feci liberum, quia non sum dominus, sed bonæ fidei possessor tantum, quod tamen voluit seruus, id peregi libens accepto pretio libertatis. Quęritur, creditor, qui eam mutuam pecuniam dedit seruo, cum quo agere possit de peculio, an cum domino, an cum bonæ fidei possessore? dicet forte aliquis eum posse agere cum bonæ fidei possessore, cum sint multi loci in iure, qui ostendant, de peculio agi posse, non tantum cum domino, sed & cum bonæ fidei possessore, vt & noxali actione ostendimus ad Afric. in *l. & generaliter, de nox. act. l.* 1. *§. vlt. l. etsi duo, l. si ex duobus*, 32 §. 1. *h. tit.* quia scil. potest seruus bona fide possessus habere peculium, quod pertineat ad bonæ fidei possessorem, de quo æquum est, vt teneatur, perinde ac si dominium in eo seruo haberet. plerunque in iure bonæ fidei possessor pro domino est. Et electio igitur erit creditoris, vt vel agat de peculio cum domino, vel cum bonæ fidei possessore qui eam pecuniam accepit à seruo vt eum manumitteret. Fateor regulariter creditorem habere electionem: & id est valde notandum in hoc §. Ergo eorum quilibet tenetur de peculio, quod ad eum respicit, siue is dominus sit, siue bonæ fidei possessor, & electo vno alter liberatur. Quod notandum. Non exigo vt alter liberetur, vt creditor perceperit suum. satis namque mihi est, si elegerit alterum, & cum eo egerit de peculio. electio sola, intentio, litis contestatio liberat alterum ipso iure, etiamsi nondum quicquam perceperit: Et hoc rursus verum est, etiamsi is, qui electus est, vel dominus, vel bonæ fidei possessor, non in minore quantitate peculij damnari debeat, quam apud eum sit. Finge: debentur 100. creditori: agit cum bonę fidei possessore de peculio omisso domino, & fert 20. tantum, quia non est amplior quantitas peculij, quod respicit ad bonæ fidei possessorem, an liberatur dominus? Sic sane electio liberat alterum quoties duo sunt, qui de peculio conueniri possunt: sed hoc summo iure ita se habet: nam si creditor minus sit consequutus ab eo quem elegit, æquum est & bonum, vt rescisso eo iudicio, restituto, & restaurato quo minus consequutus est, quod minus esset in peculio, in superfluum detur actio rescissoria vtilis in alterum, non directa, quia ipso iure est liberatus, & per hanc viam alterum liberet magis perceptio, quam electio, *l. hinc quæritur* §. 1. *l. si ex duob. l. quoties §. si creditor, l. si creditor. §. pen. hoc tit.* Et ratio æquitatis hæc est: quia is qui cum seruo contrahit, totum peculium serui, quod vbi vbi est, intuetur velut serui proprium patrimonium, *d. l. si ex duob.* Ergo intuetur peculium non solum quod est apud bonæ fidei possessorem, sed & peculium, quod respicit ad dominum. Ratio est in *d. l. hinc quæritur*, & in *d. l. si ex duob.* sed non est posita suo loco. In *l. hinc quæritur*, iisdē verbis ea ratio ponitur, sed

A locata male. ait: fructuarium teneri de peculio, quod ad eum respicit, non ad proprietarium, & ex omni contractu generaliter, siue ad eum pertineat, siue ad proprietarium, quia qui cum seruo contrahit, respicit peculium totum, velut serui patrimonium. Subdenda est ratio clausulæ, quæ sequitur, qua ostenditur, fructuarium quidem teneri ex omni contractu in solidum, si modo vires peculij patiantur, & sint solidi capaces, sed omnino admittendum esse quod est ex æquo & bono, vt priore conuento, ad quem peculium respicit, puta fructuarium, in superfluum conueniatur alter, cui acquisitum non est: subiicienda est ratio illa, quia qui contraxit cum seruo, totum peculium intuitus videtur, vbi vbi est, & congruit cum ea *l.* 2. *h. t.* Restat ex iis, creditorem habere electionem, quoties plures sunt, qui de peculio conueniri possunt, siue domini, siue non domini, & electo vno non liberari alterum confestim recto iure: ex æquo, & bono in alterum dari vtilem actionem, si creditor integram pecuniam ab eo, quem elegit, consequi non potuerit. Verum in specie à me proposita, Papinianus eleganter docet, non esse electioni locum, non posse conueniri bonę fidei possessorem de peculio: posse conueniri dominum solum. cedo rationem. Accursius videtur ignorasse rationem vti editus est, sed si emendate legas, veram rationem assequutus est, nec absurdum est emendare Glossam. non minus Glossæ studiosum esse decet, quam ipsius textus. Vulgo ita legitur, *dominum vel bonæ fidei possessorem, & hoc si seruus*, & legendum, alias *haberet*, quæ verba contextus sunt, & annotat Accurs. *& hoc si seruus*: C scilicet, si seruus à bonæ fidei possessore se subtrahere noluit, sicut facit hic. Placet Accursij annotatio maximopere, sed explicatione indiget. Dominus ex contractu serui tenetur de peculio iure prætorio. Verum excipe cōtractum, quo se seruus domino subtrahit, subducit, aufert: nam ex contractu serui, quo id agit seruus, vt se domino auferat, vt liber fiat, vel vt mutet dominum, dominus non tenetur de peculio, vt in hac specie contrahit mutuum, vt se bonæ fidei possessori auferat, vt eam pecuniam adnumeret pro capite. Ex eo igitur contractu mutui bonæ fidei possessor nō tenetur de peculio: & ita, si seruus extero se emi mandauerit, & manumitti, & exterus eum emerit suis nummis, an eos nummos recipiet à venditore actione de peculio? minime, quia eo D contractu id egit seruus mala ratione, vt se domino subtraheret, vt ait idem Papinianus in *l. cum seruus, D. mand.* vbi obscurum est quod dicit, seruum, qui se emi mandauerit mala ratione vt subducat se domino: cur dicit mala ratione? nulla est mala ratio: nam dominus inuitus eum non vendit. Eo enim casu non cogitur vendere, *l. seruus meus, D. mand.* Liberæ sunt venditiones, liberi contractus, quandoque non exter redimit seruum mandato serui, sed ipsimet serui se redimunt λύτρα καταθέντες: numerata pecunia pro capite: sed inuiti domini non vendunt, nec redimere se volentes inuiti audiunt. Quænā igitur in eo est mala ratio? quia ex parte serui mala quadam arte supponitur emptor plerumque clam domino, vt hac via ei se subripiat, & dominum pelliciat ad vendendum, qui si hoc sciret, non concederet, sed retineret potius, malletque habere. Igitur ex parte serui est mala ratio, quia vult se clam dn̄o subtrahere, quoniam exterus non emit vt seruum habeat, sed vt statim manumittat. Ergo hic §. vlt. & *d. l. cum seruus*, eleganter demōstrant, dn̄m non teneri de peculio ex contractu serui, quo agit, vt se subtrahat dn̄o, quia mala ratione est habitus hic cōtractus, quāuis non habeatur nisi inter volentes. In specie igitur §. *vlt.* bonæ fidei possessor non tenetur de peculio eius pecuniæ nomine, quæ mutuo data est in hoc, vt seruus subduceretur domino. Proinde actio de peculio est in solum dominum. Verum dominus aget in rem, aut ad exhibendum cum bonæ fidei possessore, propterea quod ea pecunia non est adquisita bonæ fidei possessori, sed sibi: neque enim est ex operis serui: non est

etiam ex re bonæ fidei possessoris sed magis propter rem, id est, propter seruum, quasi quodammodo suam rem, non ex re sua: differentia est inter ex & propter, *l. pen. de sepul. viol.* Præterea hic locos, quos adducunt in *l. 1. C. si seru. ext. emi se mand.* quia heic agitur, non vt ex eo contractu, sed propter eum contractum ibi ex ea contractu actionem statuunt. Ea igitur pecunia non est adquisita bonæ fidei possessori. Restat igitur adquisitam domino, idque verum esse ait, siue manumiserit seruum, siue non. Neque moueor *l. si seruus, de adq. rer. dom. l. 1. §. sed & per eum, de acq. pos.* quibus locis ostenditur, seruum bona fide possessum, cui quid traditur, neque acquirere possessionem bonæ fidei possessori, si nec sit ex re eius, nec ex operis serui; neque domino, quia per eum, quem non possideo, non possum acquirere possessionem. Quibus legibus male respondit Accursius, vbi differentiam ponere debuit inter possessorem, & dominum. Et fateor in hac specie eius pecuniæ, quam mutuatus est seruus, dominium acquiri domino serui, possessionem autem non adquiri, etiamsi apprehenderit: fac accepisse à creditore. Alia est ratio adquirēdi dominij, alia possessionis: alia ratio amittendi dominij, alia amittendæ possessionis: amittitur possessio nuda voluntate, dominium non item.

Ad l. 7. ad Vell.

Quanquam igitur fideiussor, doli replicatione posita, defensionem exceptionis amittat: nullam tamen replicationem aduersus mulierem habebit: quia facti non potest ignorationem prætendere. Sed non erit iniquum, dari negotiorum gestor. actionem in defensorem: quia mandati causa per Senatusc. constituitur irrita, & pecunia fideiussoris liberatur.

HVius l. quæstio nexa est cum iis, quæ Vlp. retulit in *l. 6.* ex eod. Papiniani lib. Regula est iuris: Neminem esse defensorem idoneum alienæ litis sine satisdatione iudicatum solui, §. 1. *Instit. de satisdat. l. 18. de cast. pec. l. qui proprio 46. §. qui alium, de procur.* Secundum hanc regulam, qui defendebat filium alienum absentem, iudicatum solui fideiussores dedit, non matrem: hæc enim non fuisset idonea propter Senatusc. Velleian. quo improbantur intercessiones mulierum, sed dedit alios, qui tamen mandatu mulieris interueniebant pro defensione filij: ij etiam non sunt idonei, quia exceptione Senatusconsf. Velleiani, non tantum mulieri succurritur, quæ intercessit pro alio, sed etiam procuratori mulieris, qui intercessit mandatu eius, *l. si decipiendi 30. §. vlt. hoc tit. Procurator*, inquit, *si mandatu mulieris intercessit pro alio, exceptione Senatusconsulti Velleiani adiuuatur*, id est, ex intercessione non tenetur: Et subiicit (quod est obscurum) *ne alias actio intercidat*; Sic Florentinus, vulgo male: *nec alias actio intercidat*: nunquam est temere discedendum à Florentino: scriptura enim certior quam vlla. subtiliter est scriptum, *ne alias actio intercidat.* quæ certe nihil aliud possunt velle, quam, ne si procurator expromiserit (*quo genere planè fit nouatio*) vel si iudicium acceperit pro alio mandatu mulieris, ne adiuuetur exceptione Senatusc. Vellei. prior actio intercidat, quæ competebat in priorem, videlicet quasi nouatione facta, contra sententiam SC. Velleia. vel vt dicam planius, ne fraus fiat Senatusconsulto & actione perempta nouatione, & muliere contra mentem Senatusconsulti non intercedente quidem palam pro alio, sed dante alium, qui intercedat, veluti procuratorem suum, *l. vlt. §. si mulier pro eo, hoc tit.* Ergo in hac specie, si pro defensore filij procurator mandatu mulieris fideiusserit iudicatum solui, & conueniatur actione ex stipulatu, tueri se potest exceptione Senatusc. Velleiani, perinde atque si fideiussisset pro muliere intercedente: nam & fideiussori mulieris Senatusc. subueniri constat, *l. si mulier contra §.*

A *1. l. quamuis §. interdum, hoc tit. l. 14. & 15. C. eod.* Et notandum maxime ex *d. l. si mulier cōtra*, liberari & mulierem, quæ intercessit, & fideiussorem, qui intercessioni mulieris accessit, etiamsi fideiussor ille non habeat ἀναφορὰν, regressum aduersus mulierem actione mandati, si soluerit. Solet fideiussori qui soluit dari actio mandati, aduersus principalem debitorem. Tres tantum sunt casus, qui excipiuntur. vnus est, si donandi animo fideiusserit. alter, si in rem suam fideiusserit magis, quam in rem debitoris principalis, *l. si quis rem, de lib. leg.* & si quis pro inuito præsente & repugnante fideiusserit, *l. si remunerandi § si passus, l. si pro te, mand.* Finge, vnum ex istis casibus existere, & fideiussorem, qui accessit intercessioni ex mandato pro muliere, non habere regressum ad mulierem, an denegabimus opem Senatusconsulti? Minime, quanquam ea res non pertineat ad mulierem, cum non teneatur mandati. cur ita? quia tota obligatio, inquit, lex *si mulier contra*, Senatusconf. reprobatur, id est, non principalis tantum, quæ est intercessio mulieris, sed etiam accessoria, & à prętore restituitur prior debitor creditori, qui quodammodo desierat esse debitor muliere intercedente nouandi causa. Hoc enim dici tantum potest de intercessione, quæ nouat priorem obligationem. Intercessionum autem duo sunt genera: aliæ nouant, aliæ non nouant, sed accedunt priori obligationi. Ergo fideiussori mulieris, quæ intercessit, succurritur SCto Vell. non minus, quam ipsi mulieri, etiamsi mulier ex mandato non obligetur fideiussori. At quia is de quo agitur in specie proposita, non fideiussit pro muliere, sed pro defensore filij: ergo ei non videtur impertiendum esse beneficium SCti. Vell. Imo vero nihil refert pro muliere fideiusserit, an pro defensore filij mulieris gratia, quod significat *d. l. 16.* Et generaliter igitur datur exceptio SC. fideiussori mulieris, quæ intercessit & procuratori, qui intercessit mandato eius. Verum ita demum procuratori dabitur exceptio Velleiani, qui pro defensione fideiussit iudic. solui mandato matris, si actor, apud quem fideiussit, sciuit eum mandatu mulieris fideiussisse: nam si ignorauit quod agebat mulier per alium in fraudem SC. ignorāti non obstat exceptio, *l. 1. C. ad Vell.* sicut nec ignoranti creditori obstat SCti Maced. exceptio, *l. pen. ad Maced. l. 1. C. eod.* Exceptio Maced obstat ei, qui sciuit, aut scire potuit filiumf. esse cui credebat. In iure sunt paria, siue quis scierit, siue potuerit scire: idemque est posse, & debere scire, *l. 1. de ædil. ed.* venditor tenetur ædilitiis actionib. de vitiis, quæ scire debuit. M. Tull. scire potuit. Coheres qui sciuit aut scire potuit abstinente coherede, se omnibus oneribus hereditatis implicitum fore, videtur postea se ea conditione bonis immiscere, *l. si duo 38. D. de adquir. her.* Dixi qui sciuit, aut scire potuit. ergo de exceptione SC. Vell. sic statuamus: eum duntaxat creditorem repelli exceptione, qui sciuit, aut scire potuit, *i. e.* debuit. mulierem intercessisse ratione aliqua ignoranti creditori, si opponetur exceptio SCti Vell. ab eo elidetur opposita replicatione doli mali, quia dolo facere videtur, qui aduersus ignorantem vult vti exceptione. Replicatio doli datur ignoranti, non scienti, & perimit exceptionem Vell. Et hoc est, quod Vlpian. ex eo libro Papin. in *l. 6.* ait in fine, *exceptionem Senatusconf. replicatione doli mali repellendum*: quam scripturam nostri violarunt, dum existimabant in ea esse mendum, & similes omnes violarunt, quæ erant in *D.* in *l. in bello §. facti, de capt. & postlim. rev.* sententiam sequendum est, in *l. at quia §. 1. de negot. gest.* rationem à capite reddēdum, in *l. Gaius 45. solut. matrim.* permittendum vtilem actionem, in *l. 19. in fine de nouat.* merito denegandum exceptionem. & legendus est Gellius de hac re. *l. 1. cap. 7.* Intelleximus quid ex Papin. lib. retulerit Vlpian. in *l. 6.* Ex eo nascitur quæstio alia, quæ definitur in *l. 7.* ab Vlp. adiunctis iis, quæ sequebantur in Papin. lib. Finge: procurator ille, qui pro defensione filij fideiussit mandatu mulieris, conuentus est ex stipulatu

& coactus est soluere sublata exceptione Senatusconf. Velleiani replicatione doli mali, propterea quod creditor ignorabat eum fideiussisse mandatu mulieris: quæro, an habeat actionem mandati aduersus mulierem, vt consequatur, quod soluit mandatu mulieris? Et rectissime ait Papin. agentem eum aduersus mulierem repelli exceptione Senatusc. quia inutile fuit ex sententia Senatusc. tale mandatum. Id enim mandante muliere sane intercedebat pro filio: mandatum intercessio est. Ergo si ex eo conueniatur, adiuuanda est exceptione Senatusc. Dices, an procurator ille agendo mandati aduersus mulierem, & muliere opponente exceptionem Senatusc. possit se tueri replicatione doli? Dicemus non posse, quia fuit sciens, non ignorans. non potest facti ignorationem prætendere: & replicatio doli mali datur tantum ignoranti, non scienti: & facti proprij intelligit, vultque alieni facti tolerabilem esse ignorationem: proprij facti non esse tolerabilem. Atque adeo, non potest ignorare mulierem sibi mandasse vt fideiuberet pro defensore filij, atque ita mulierem intercessisse: non potest ignorare, se mandatum suscepisse: neque prætendere huius facti ignorationem. Quapropter non vtetur aduersus mulierẽ replicatione doli mali: quinimo in replicatione sua repelletur iure per exceptionem Senatusc. Vell. *l. vlt.* §. *mulier ne ipsa, in fi. hoc tit.* Dices, ergo in damno versabitur procurator mulieris idemque fideiussor pro defensione filij? nam quod soluerit non recipiet à matre. Verum nõ deest alius, à quo recipiat, nempe defensor. Erit enim ei in defensorem actio negotiorum gestorum, quia sua eum pecunia liberauit, & mulierem ex mandato cum effectu obligatam non habet: atque ita data actione negotiorum gestorum in defensorem, ei consuletur, ne in damno moretur. Animaduertendum est, Papin. in hac l. 7. duplici ratione vti vt ostendat, defensorem teneri negotiorum gestorum. Vna est, quia eum liberauit suo ære, suis nummis: altera, quia non habet mandati actionem aduersus mulierem: ac si diceret, quia non potest agere aduersus mulierem, recurret aduersus defensorem actione negotiorum gestorum: vnde recte colligitur, eum, qui ex negotio alieno quod gessit, habet actionem mandati aduersus alium mandatorem, non habere negotiorum actionem aduersus alterum, cuius commodo negotium cessit: & actionem negotiorũ gestorum esse quasi subsidiariã, anteire actionem mandati. Et sicut, qui apud vnum potest agere mandati, non potest aduersus eundem ex eadem causa agere negotiorum gestorum: ita qui potest aduersus eum agere actione negotiorum gestorum principaliter, non potest aduersus alium agere mandati, vt sit actio negotiorum gestorum, quasi subsidiaria. Et recte Papin. vtitur ἐνστάσει, & ἀντιπεριστάσει, id est, duplici ratione, vt ostendat defensorem teneri negotiorum gestorum, quia, inquit, non tenetur mandati, quia deficit actio mandati, & eum sua pecunia liberauit.

Ad l. 53. qui fide, Mandati.

Qui fide alterius pro alio fideiussit, presente & non recusante: vtrosque obligatos habet iure mandati. Quod si E *pro inuito vel ignorante, alterutrius mandatum secutus fideiussit: eum solum conuenire potest, qui mandauit: non etiam reum promittendi. Nec me mouet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: id enim contingit etsi meo mandato pro alio soluat.*

PRætermisimus, quæ cum l. 7. est coniungenda *l. 53. mand.* quæ est ex eo libro: nam ita sunt nexæ, vt videatur vna alterius ope indigere, aut esse imperfecta quælibet, nisi apponatur etiam altera. Ex *l. 7. ad Vell.* (vt diximus) datur actio negotiorum gestorum ei, qui pro alio fideiussit mandato alterius, aduersus reum debendi, quem soluendo sua pecunia liberauit, maxime si nullus sit, qui mandati conueniri possit, vt si mandatu

A mulieris fideiussit, quod constat irritum fieri SCto Velleiano. Ex hac autem lege 53. eidem fideiussori non datur actio mandati aduersus reum principalem: nullum enim mandatum antecessit, sed datur tantũ ei actio mandati in eum, qui pro eo fideiussit, in marem, scil. non in fœminam: nam fœminæ mandatum irritum est. Ergo coniuncta vtraq; lege, vt lex *Gallus, de liber. & postum.* ait, coniunctis capitibus legum, probe interpretationem rerum fieri, ac proinde coniuncta vtraq; l. intelligimus, non esse actionem mandati huic fideiussori, qui fideiussit mandato alterius, sed esse negotiorum gestorum actionem, præsertim si nec sit in alium actio mandati vtilis: vt si is, cuius mandatu fideiussit pro alio, sit fœmina, vel clericus. etiam intercessio irrita constituitur canonibus: B nam & ita, vt heic ostendit Papinianus, si non fideiusserit pro alio, sed soluit tantum mandatu alterius, quamuis eum sua pecunia liberauit, non aget cum eo mandati: sed cum mandatore duntaxat, cuius mandatu soluit pro eo, quo tamen liberato SCto, alio legis beneficio in eum, quem sua pecunia liberauit, dabitur actio negotiorum gestorum, ne in damno versetur. Et in summa res ita se habet: non omnem, qui pecunia mea liberatus est, mihi teneri mandati, certe negotiorum gestorum teneri, si nec in alium mihi suppetat actio mandati. Et hæc omnia, quę necesse erat demonstrari, vera esse Papin. ait in *l. 53.* si quis mandato alterius fideiusserit pro inuito vel ignorante. Hic non habebit actionem mandati in eum, pro quo fideiussit, sed habebit negotiorum gestorum: nam ea etiam datur iis, qui recusantium, contra- C dicentium negotia gesserunt, modo ea vtiliter gesserint, *l. soluendo, de negot. gest.* & si soluero pro te, mihi competit actio negotiorum gestorum, cum non possis effugere debiti solutionem, vel cum immineret periculum pœnæ, aut vsurarum nisi soluissem pro te. si ergo mandatu alterius fideiussero pro altero inuito, is qui mandatum exposuit, tenetur mihi mandati. Is vero pro quo fideiussi inuito, non potest mihi teneri mandati, sed tenebitur negotiorum gestorum. Hæc erit mihi extremum rei meæ seruandæ subsidium, si non sit alia actio potior, qua meum seruare possim, id est, id quod solui pro reo debendi. sed si mandato alterius fideiussero pro præsente, & tacente, actio mandati mihi dabitur non tantum in eum, qui nominatim mandauit: sed & in eum pro quo D fideiussi præsente & tacente: nam silentium pro mandato habemus, & patientiam pro ratihabitione: nec minor est vis taciti mandati, quam expressi.

Ad l. 8. quod priuilegium, depositi.

Quod priuilegium exercetur, non in ea tantum quantitate, quæ in bonis argentarij ex pecunia deposita reperta est: sed in omnibus fraudatoris facultatibus: idque propter necessarium vsum argentariorum ex vtilitate publica receptum est. plane sumptus causa qui necessario factus est semper præcedit: nam deducto eo bonorum calculus subduci solet.

HÆc l. est de creditoribus argentariorum, & docet quis ordo inter eos seruetur, id est, quibus in bonis argentarij vendendis, qui bonis cessit, prius satisfieri oporteat. Argentarij (quod sæpissime ostendimus, & nunc breuiter ostendemus, nam ea res debet omnibus hodie esse cognita) sunt, qui in foro publico tabernam publicam habent nummariam, apertam, & expositam volentibus ratiocinia sua conficere vel purgare: erant enim ratiocinatores optimi. Item volentibus pecunias permutare siue cambire: pro qua re, id est, pro permutatione nummorum veterum pro recentibus dari solet collybus siue aspratura. Apertam etiam tabernam habent volentibus nummos probare. Erant enim nummorum peritissimi, nec fiebat solutio sine nummulariis, aut non existimabatur posse recte

fieri, nisi expendissent, num quid subesset subærati, numquid lacunæ. Quicunque contrahebant, ad mensam ibant frequentes: & propterea nec sine argentario vllus contractus habebatur, in quo scilicet pecunia interueniret: nam apertam tabernam habebant volentibus pecuniam accipere; sicut fœneratores publici, vel etiam volentibus dare fœnori, & dare vel ipsis argentariis, vel aliis per argentarios: nam plerumque dabatur certa quantitas nummorum, vt eos apud alios occuparent, vel exercerent. Item volentibus pecunias suas dare custodiendas sub publica fide, quod plerumque faciunt peregre profecturi domini, fidem suis non magnam habentes: & quidquid habent nummorum, id malunt concedere argentariis: maior enim illorum fides erat olim, quam nunc sit in iis, qui eos hodie imitantur: & sicut æditauis pecunia dari solebat in causam depositi, ita & argentariis, *l. si ventri* §. *in bonis, de rebus auct. iud. poss.* & (vt ait Papinianus in hac l. 8.) vsus eorum est necessarius, sed quandoque periculosus: propterea quod nonnunquam foro cedunt clausa taberna, prodita fide, fraudatores, decoctores: quod quum contingit, euertit ea res, & proturbat non vnius tantum, sed multorum negotiatorum rem, qui rem habebant cum argentario, qui cessit foro: & solent, dum id contingit, creditores omnes coire in vnum, & distrahere bona fraudatoris per procuratorem seu magistrum, & ex pecunia redacta ex venditione omnium bonorum decoctoris portionem ferre pro rata crediti: quod ita ostendit iisdem fere verbis *l. vlt. de curat. bon. dat.* Et ad eum morem liquidum est respexisse Senecam lib. de Benefic. dum ait: *Debitorem appellabo, & si foro cesserit, portionem feram ex contractu*: scilicet, ex pecunia, quam redegerit procurator constitutus bonis distrahendis. Vide quid sit nescire ius. qui non sunt in eo versati, referunt illum locum ad actionem quasi Seruianam: quasi vero ea actione fiat distributio inter creditores: nec enim in ea quicquam agitur de dispertiendis bonis. etiam pessime addunt ea auctoris verba posse referri ad actionem tributoriam: Nam hæc actio distributionem tantum facit mercis peculiaris, in qua seruus negotiatus est sciente domino: inter dominum & creditores mercis peculiaris, non omnes: & perperam, per actionem tributoriam creditores capere partem de peculio, imo de merce peculiari, non de peculio: Nam aliud est merx peculiaris, aliud peculium. Peculium intelligitur deducto eo, quod domino debetur: merces, etiam eo non deducto, *l. 1. §. peculiarem, de tribut. act.* sicut aliud est peculium, aliud seruus peculiaris. legato seruo cum peculio, & alienato, & manumisso vel mortuo viuo testatore extinguitur etiam peculij legatum, *l. 1. & l. 3. de pecul. leg.* legato seruo cum vicario, mortuo seruo manet vicarius legatus. Nunc finge: multi erant argentarij, qui fregit fidem, & clausit tabernam, creditores variis ex causis. alij erant ex causa fœneratitij, alij ex causa depositi, alij ex causa mandati, vt quia datis nummis eis mandauerant, vt eos exercerent, vt ne otiosos relinquerent: alij ex causa societatis, vt pote miscuerunt suos nummos cum nummis argentarij fœnoris exercendi causa, alij ex aliis causis: & erant ex iis priuilegiarij quidam, pupilli puta, quorum tutelam gesserat argentarius, vel fiscus, vel respub. qui etiam habent priuilegium, vel qui crediderant pecuniam ob confectionem ædificiorum, vel ob nauem instruendam, armandamque, vel qui in eorum locum successerant, id est, quorum pecunia creditores priuilegiarij dimissi fuerant. Ii sunt priuilegiarij, & alij quidam, id est, qui habent priuilegium exactionis, πρωτοπραξίαν. Ex his etiam est mulier, quæ de dote agit: hæc est valde priuilegiaria, vel qui, quæue in funus defuncti sumptus fecit, quæ causa est etiam valde priuilegiaria: sed & mulier, quæ de dote agit, non tantum habet priuilegium exactionis, sed & hypothecæ, id est, præfertur omnibus creditoribus, & chirographariis, & hypothecariis. Et

A breuiter siue agat personali actione, quod est priuilegium exactionis, siue hypothecaria agat, excludit cæteros creditores: nam ei satisfieri oportet: eius rationem prius purgari oportet, quam veniatur ad cæteros. Sed nos hic loquimur tantum de priuilegio exactionis. qui hoc habent, præferuntur cæteris: ergo eis prioribus satisfit. Vlpian. *l. 7. §. vlt. hoc tit.* ex qua pendet l. 8. docet, omnibus priuilegiariis creditoribus præferri depositarios, id est, qui pecuniam depositam apud argentarios habuerunt, præferuntur etiam priuilegiariis: namque ait, rationem haberi depositariorum, qui pecuniam deposuerunt apud mensam, stante fide publica ante priuilegia. satisfit igitur depositariis prius, deinde sequuntur priuilegiarij. quod ita procedit, si vsuras depositarum pecuniarum non acceperunt ab argentariis. Nam si

B acceperunt vsuras, non sunt depositarij. depositum est gratuitum, quod explicabitur in *l. 24. hoc tit.* Et deponere pecuniam sub vsuris, credere est, non deponere. Quum ergo dicimus, depositariorum rationem haberi ante priuilegiarios, depositarios accipimus proprie, id est, qui simpliciter pecuniam apud mensam argentariorum deposuerunt, nec vllas vsuras acceperunt: eorũ habetur ratio ante priuilegia. Et quidem omnium, qui deposuerunt, eorum nullo obseruato ordine temporis: simul omnes depositarios conuocabimus, eisque satisfaciemus, antequam rationem vllam habeamus priuilegiorum, *d. l. 7. §. vlt.* Verum huic definitioni obstat *l. si ventri §. in bonis, ff. de rebus auct. iud. poss.* alias est sub tit. *de priuil. credit.* qui tamen tit. est suppositiius: ait,

C *in bonis mensularij*, id est, argentarij, *distrahendis, post priuilegia haberi rationem eorum qui deposuerunt suas pecunias.* Lex 7. ait, *ante priuilegia*, illa, *post priuilegia.* non videtur vlla lex alteri magis aduersari posse. Sed si perlegatur *d. l. 7.* facile erit se expedire posita hac differentia: aut pecunia deposita exstat, aut non exstat (deponebantur obsignatæ pecuniæ in arca) si exstant pecuniæ, præferuntur priuilegiariis, quia æquissimum est, eis pecunias suas restitui: neque enim depositione desierunt esse domini. sed si non existant, si consumptæ sunt, præferuntur non priuilegiariis, sed cæteris, qui non sunt priuilegiarij: pecunia non exstante, ipsi sunt infimi, vltimi priuilegiarij. Res ergo ita se habet. Depositariorum rationem haberi, si exstent loculi non inanes, nec resignati. Et rursus priorem esse causam depositariorum

D post priuilegia, si non exstent nummi, hoc casu præferri priuilegiarios depositariis, atque ita hoc casu depositarij vltimum gradum obtinent, & secundum hoc, est accipiendum quod ait Papinianus in l. 8. hoc priuilegium, quod datur depositariis non tantum in pecuniis depositis exerceri, sed etiam in vniuersis bonis fraudatoris. Adducit rationem, cur hoc priuilegium detur depositariis, quod publica vtilitas hoc exigat, ne fallantur, qui sequuti sunt fidem publicam, quique necessario vsi sunt opera argentariorum, dum alios non habent, apud quos deponant nummos suos. Et postremo ait, si quod priuilegium interueniat, vel horum, vel illorum, semper haberi ante omnia rationem sumptuum necessario factorum, quia expediendæ auctionis causa, (*les frais des*

E *criées sont les premiers payez*) expediendæ bonorum venditionis causa: nam bona intelliguntur deducto eo sumptu, nec ante bonorum calculus subducitur, quam ea impensa subducta sit *l. quantit. ad l. Fac. l. 119. in fi. ad Treb. l. vlt. §. in comput. C. de iure delib.* In l. Falcidia, vel alias, in computatione patrimonij vel bonorum semper deduci ante omnia, quod impensum est in confectionem inuentarij: quod impensum est in insinuationem siue publicationem testamenti. Hi sumptus post mortem domini necessario fiunt, ac minuunt bona, neque enim bona calculo subiiciuntur, antequam hi sumptus impleti fuerint.

Ad l. 24. Lucius, eod. tit.

Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos quos hoc die commendasti mihi, adnumerante seruo Sticho actore, esse apud me, vt notum haberes, hac epistola manu mea scripta, tibi notum facio, quæ quando voles, & vbi voles confestim tibi numerabo. Quæritur propter vsurarum incrementum. Respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare, quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, vt corpora nummorum eadem redderentur: nam si, vt tantundem solueretur, conuenit: egreditur ea res depositi notissimos terminos: in qua quæstione, si depositi actio non teneat, cum conuenit tantundem, non idem reddi: rationem vsurarum haberi, non facile dicendum est: & est quidem constitutum in bonæ fidei iudiciis, quod ad vsuras attinet, vt tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio. sed contra bonam fidem, & depositi naturam est, vsuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de vsuris præstandis conuenit, lex contractus seruabitur.

Ex tractatu legis 8. *depos.* hæc potissimum in memoriam redigi velim. Vlpian. in *l.* 7. §. *pen.* ex qua pendet *d. l.* 8. *depositarios* interpretatur hoc modo, id est, *eos*, *qui depositas pecunias habuerunt*: non abs re; nam vulgo depositarij sunt, non qui pecuniam deposuerunt, sed qui acceperunt pecuniam depositam: alij qui dederunt, sunt depositores: sed in constitutione ea, qua priuilegium dabatur depositariis (nam hoc constitutionem aliquam effecisse necesse est) depositarios interpretatus est Vlpianus esse depositores. Ita inuenio in iure, fideicommissarium, quem scilicet vulgo dicimus pro eo, cui est relictum fideicommissum, accipi tamen nonnunquam pro herede. fideicommissarius nonnunquam est heres, vel legatarius, qui rogatus est præstare fideicommiss. *l. quamuis*, *de iudic.* & *Nouell.* 108. Illud quoque in memoriam veniat, depositores, quos dixit priuilegiũ habere in bonis nummularij vendundis, qui bonis cessit, omnes concurrere, & simul admitti, omniũ simul rationem haberi ante priuilegia, si exstent pecuniæ depositæ, & non seruari ordinem temporis, non satisfieri antiquiori depositori, sed omnibus simul. Ex quo intelligitur, in hypothecis quidem seruari priuilegium temporis, & potiorem, potentioremque esse eum in vindicanda hypotheca, qui est prior tempore: sed in actione personali non obseruatur priuilegium temporis in exigendo debito, in actione in personam non seruatur priuilegium temporis inter creditores, qui sunt eiusdem tituli, id est, quibus ex eadem causa debetur, vt inter depositarios plures, *l. priuileg. de reb. auct. iud.* in hypothecis priuilegia æstimantur ex tempore. In personali actione ex causa debiti, non ex tempore, hoc est, non præfertur cæteris, qui est antiquior creditor, sed qui causam debiti habet priuilegiariam, veluti causam dotis, aut similem, quæ sit fulta priuilegio iuris. Postremo redigamus etiam in memoriam, quod didicimus ex *d. l.* 7. §. *pen.* depositarios habere priuilegium exactionis, si modo depositarum pecuniarum vsuras non acceperint, si fuerint simplices depositarij. Nam si vsuras acceperint, non vtuntur priuilegio depositariorum, nec depositarij esse censentur, vel etiam si per argentarium, apud quem pecuniam deposuerunt, ex iis pecuniis fœnerentur, ij quoque non sunt proprie depositarij priuilegiarij. Huic parti est statim coniungenda lex 24. *hoc tit.* Priuilegium depositariis datur iis tantum, qui vsuras depositarum pecuniarum non acceperunt. Nam qui vsuras accipiunt, vel qui pecuniam deponunt ea lege, vt vsuras ferant, creditores potius sunt, aut fœneratores, quam depositarij, *l. si ventri* §. *in bonis*, *de reb. auct. iud.* vel etiam, qui depositis pecuniis gratuito, nulla facta

A mentione vsurarum, postea vsuras acceperunt, videntur renuntiare deposito, & in creditum transire. Non est igitur depositum proprie, si veluti pro vsu vsuræ præstentur, ac si liceret vti pecunia deposita, quod certe non licet, & qui vtitur fur est, *l. si sacculum*, *hoc tit.* non est proprie depositum si pecuniæ depositæ fœnus accipiatur, licet contrahentes appellauerint depositum, rem enim spectamus, non verba. Non est vsus pecuniæ depositæ: sed custodia permissa tantum: ergo nec vsuræ debebuntur. Et sane quod ad priuilegium attinet, de quo tractatur in l. 8. non est depositum: at crediti potius iure censetur siue fœnoris. Hinc quæritur, an eo casu, quo de vsuris præstandis conuenit, earum pecuniarum, quæ velut depositæ sunt, sicuti cessat priuile-
B gium illud, si de vsuris præstandis conuenerit, an cesset etiam actio depositi? num possunt repetere pecuniam depositam actione depositi? an impedior conuentione vsuraria, quam deposito apposui, quod alia res acta sit, quam depositi. Denique si cessat priuilegium depositi, an cesset etiam actio depositi? Finge, deposui apud te pecuniam eo pacto, vt tantundem redderes, vt idem genus redderes, non eandem speciem: quo quidem pacto tacite id agitur, vt pecunia vtaris, si velis, vt abutaris, vt consumas, neque enim eadem corpora nummorum mihi reddi spero, sed tantundem, quantitatem eandem. Ex hoc negotio estne actio depositi, necne? an est potius actio si certum petetur, id est, quæ ex mutuo competit? vel an actio præscriptis verbis, quæ ex negotio dubio & incerto? quod magni interest scire propter vsuras.
C Nam si percunctetur quis, an ex negotio veniant vsuræ, spectandum est, quæ actiones dentur, ex quo cognoscimus, vsuræ ne veniant, nec ne. Nam si est actio depositi, vsuræ veniunt ex pacto: vel si pactio nulla interuenerit, ex mora officio iudicis: si sit ex mora officio iudicis: si sit actio creditæ pecuniæ, vel actio præscriptis verbis, quæ sunt strictæ, vsuræ non venient nisi ex stipulatione, non venient ex pacto, etiamsi pactum sit initio contractus, & ex continenti, id est, etiamsi pactum sit ex continenti appositum. Non venient igitur ex pacto, non etiam ex mora officio iudicis. Nam hæc est certissima differentia inter iudicia bonæ fidei & stricta, quod in bonæ fidei iudiciis vsuræ veniunt ex pacto con-
D uento ab initio, *l. Publia* §. 1. *hoc tit. l. cum quidam* §. *ex loc. de vsur. l. initio*, *C. de pact. int. empt. & vend.* In strictis autem, non veniunt ex pacto sine stipulatione, licet pactum insit continentiæ contractus, *l. idemque* §. *si Titio*, *l. si Titio*, *l. qui neg. mand. l.* 10. §. *sed vtrum*, *de in rem verso*, *l. Titius*, *de præscript. verb. l. quamuis*, *de vsur.* Ratio diuersitatis est, quia in contractibus stricti iuris pacta incontinenti non insunt ex parte actoris, insunt ex parte rei, id est, non formant actionem, sed exceptionem tantum. In contractibus bonæ fidei insunt ex parte actoris, id est, ex eis agere possumus, nedum excipere, ac proinde insunt non tantum ex parte rei, sed ex parte actoris. Est & alia differentia non minus certa. in bonæ fidei iudiciis vsuras venire ex mora officio iudicis citra
E pactionem, si ita arbitretur iudex, quia in illis iudiciis tantum potest officium iudicis, quantum in strictis stipulatio, quod repetitur in *l. quia tantundem*, *de negot. gest.* In iudiciis strictis vsuræ non veniunt officio iudicis, quod nullum est, aut perquam exiguum: formula enim includitur iudex, nec sui iuris est, apud quem agitur stricto iure. Magni ergo interest scire, an sit actio bonæ fidei, id est, depositi, an stricta, id est, condictio ex mutuo, vel præscript. verbis. Et Papinianus, vt hoc definiat ita distinguit: duo genera ponit contrahendi depositi; vel (inquit) pecunia deponitur obsignata, aut clausa, vt scilicet eadem corpora nummorum reddantur, vt idem sacculus, iidem loculi, quo genere non proponitur gestum esse negotium in hac lege: aut pecunia deponitur non obsignata, non obserata, vt scilicet tantundem reddatur, de quo negotio hic agit. Priore casu

constat esse depositi actionem, imo nihil habere id negotium, quod ita gestum est, quod non conueniat naturæ depositi, si obsignatus detur sacculus ea lege, vt idem reddatur cum pecunia eadem, sed proposuerat Papinianus contrahentes, quod ita rem gesserant, non fuisse vsos verbo deponendi, sed commendandi. *centum*, inquit, *nummos quos hac die commendasti*: non dixit, quos deposuisti mihi: vtrum est depositum, an nouum negotium commodati, ex quo detur actio præscript. verbis? in eo non laborat Papinian, cum ait, commendare nihil aliud esse quam deponere. *Quid est enim aliud commendare quam deponere?* hoc idem ex Vlpian. lib. 30. ad edictum refertur in *l. commendare, de verb. sign.* Commendare nihil aliud est, quam deponere. Et notandum eo libro 30. tractasse eundem Vlpian. de priuilegio depositariorum, *l.* 7. *hoc tit.* quæ est ex lib. 30. *ad edict.* Sicut ergo Papinian. eodem libro tractauit & de hac re, & de illa quæstione, ita & Vlpian. nempe ad edictum. Et sane iam initio ostendi, esse affinem seu proximam alteram alteri, vt sit facile ex vna labi in alteram, propterea quod distinguuntur depositarij, qui vsuras accipiunt, ab his, qui non accipiunt. Eodem sensu dicimus commendare corpus mortui terræ, *l. etsi quis*, §. *funeris*, *de religios.* quod est deponere, *l. si quis*, 40. *eod. tit.* deponuntur quoad fiat iusta sepultura: & aliud est sepelire, aliud cõmendare. Commendatio mortui non est iusta sepultura: fit enim temporis causa tantum, sepultura fit, vt perpetuo ita sit. In legendis auctoribus accurate semper cauendum est, ne decipiamur: nam innumeris locis legitur verbum *commendare*, deprauatum in *commodare*, vt olim legebatur in *l.* 9 *C. depos. res commendatas*, id est, *depositas*. qui error effecit, vt Tribonianus *legem vlt. C. commod.* poneret sub eo tit. quod in ea constit. legisset commodatum pro *commendatum*. Perperam: quod discusso iure, vel animaduerso diligentius debuisset emendare, *commodare* in *commendare*, atque ita eam legem ponere debuit sub titulo depositi. Nam & sententiam *d. l. vlt.* tueri nemo potest absque calumnia. Quod vult ea lex in actione commodati non esse compensationi locum, sed rem commodatam statim reddendam, etiamsi quid vicissim debeatur, est falsum, *l. Lucius*, *mand. l. in reb.* §. *quod autem*, *ff. commod.* & specialiter tantum hoc est receptum in actione depositi, vt non possit ei obiici compensatio, ne quid moretur redditionem depositi: omnes alię actiones compensationem patiuntur ipso iure hodie. Et merito excipitur actio depositi: quoniam hæc actio summam fidem exigit, non par est fides, quæ in bonæ fidei iudiciis exigitur vbique: maior in vno exigitur, quam in alio, sicut quæ sunt stricta iudicia non sunt pari modo stricta; alia arctiora, alia minus. Contractus depositi est sacer contractus, vt Iuuenalis dixit, *sacrum depositum*, non quod in ædes sacras deponere solerent pecuniam, sed vt non fas sit fidem fallere depositi. Quod etiam in eo apparet, quia qui fefellit depositi fidem, fit infamis: qui commodati, non fit infamis: & quod actio depositi est priuilegiaria, commodati non item. & quod deposito non opponitur exceptio non numeratæ pecuniæ, *l. in contract. C. de non num. pec.* commodato opponitur & cæteris actionibus. & ita etiam in solo deposito hoc receptum est, vt ei non opponatur compensatio, *l. pen. C. depos. l. vlt. C. de compens.* Verum ad rem: si pecunia, quæ est altera pars diuisionis Papin. data sit non obsignata, ea lege vt tantundem solueretur, an ex hoc negotio est actio depositi? Papin. ait, *eam rem excedere depositi notissimos terminos*, excedere depositæ pecuniæ modum. Termini depositi sunt, in quos resoluitur definitio depositi. Quid est depositum? Est conuentio qua id agitur, vt rem meam custodias, & mihi possideas non tibi, eamque mihi reposcenti restituas, *l.* 2. *in pr. de reb. cred. l. licet* §. *rei*, *hoc tit.* hos terminos egreditur, qui paciscitur, vt tantundem reddatur quantum deposuit: Nam hoc agit, vt is, apud quem deponit, sibi habeat, sibi possideat, & non eandem speciem reddat, sed quantitatem, *l. in nauem*, *loc.* Est igitur hæc conuentio contra naturam deposit. Papin. non definit aperte in hac l. 24. vtrum sit actio depositi ex hac conuentione, an non, quod tamen multum interest scire. Nam vt ipse Papin. ostendit in hac l. si non sit actio depositi, sed creditæ pecuniæ, vel præscriptis verbis, vsuræ non venient nec ex pacto, nec ex mora, neque ex officio iudicis: sed si sit actio depositi, vsurę venient ex pacto conuento in continenti officio iudicis, siue ex pacto ex fide bona. Ex mora igitur, non ante moram, nisi aliud conuenerit ab initio, vt vsuræ præstentur etiam ante moram. Vnde notandum est, off. iud. in actionem depositi non venire vsuras, nisi ex mora, propria quadam ratione, quia esset contra bonam fidem, & contra naturam depositi, si vsuris alligaretur is, qui beneficium dedit in recipienda re, & custodienda, nec recusauit vnquam, aut moram fecit in ea reddenda. hoc est proprium in deposito. Ergo in aliis contractibus veniunt vsuræ etiam ante moram officio iudicis. In aliis contractibus bonæ fidei officio iudicis vsurarum ratio habebitur, etiam eius temporis, quo debitor non erat in mora, veluti ex tarda solutione. Nam non omnis tarda solutio est mora. Mora est tarditas, quam creat interpellatio. Potest esse tarditas in re ipsa, quod longius trahat solutionem, licet non interpelletur, *l. cum quidam* §. *ex locato*, *de vsur.* quæ constituit differentiam inter tardam solutionem & moram ἐκ τῆς συλλήψεως. Ergo possunt venire vsuræ ante moram ex tarda solutione, vel quod pecuniam (exempli gratia) mandatarius conuerterit in suos vsus, licet nondum sit interpellatus de ea reddenda, *l. idemque* §. 3. *mand. l. socium*, *pro socio*. Præterea stipulatio vsurarum ante moram iure procedit, quis hoc negabit? in *l. lecta*, *de reb. cred.* tantum proficit officium iudicis, quantum stipulatione. quod stipulatione contrahentes efficere possunt, idem facit iudex ex officio. Ergo (quod sæpe iterandum est) multum interest scire, quæ actio sit ex proposito negotio. Sed ad extremum Papin. rem non definit, mouet omnem lapidem excutiendæ huius rei causa, nihil tamen efficit, quia rem indefinitam relinquit, sed subolet, Papinianum, facile admisisse actionem depositi: cessare quidem priuilegium depositi, sed non actionem: non male agere eum, qui depositi agit, & consequenter in hoc negotio venire vsuras ex pacto, vel ex mora officio iudicis, licet excedat modum depositi, quod significat & *l. sequ.* §. *vlt. l. Publia* §. 1. *l. Quintus*, *l. si sacculum* §. *vlt. hoc tit.* Exponenda nobis sunt primo reliqua *l.* 24. *depositi*. deinde id quod proposuimus, contra naturam contractus pacta facta non esse rata. Proponitur initio *l.* 24. cautio pecuniæ depositæ his verbis: *Lucius Titius Sempronio salutem, &c.* cautio & chirographum depositæ pecuniæ fit per epistolam: sed quæritur, an ex ea cautione sit actio depositi? & hoc quæritur propter vsurarum incrementum: Nam si sit actio depositi, accrescẽt vsuræ ex pacto vel off. iud. quia actio depositi est bonæ fidei: quod non contingeret, si non teneret actio depositi, sed competeret alia actio stricta. Et sequitur proposita cautione: *quæritur*, inquit, *propter vsurarum incrementum*. Est methodus breuitatis, quæ dicitur κατὰ τὸ σιωπώμενον. Nam explenda est omnino hoc modo, aut intelligenda, ac si ita explanata fuisset. Quæritur an sit actio depositi propter vsurarum incrementum? & ita etiam in *l. Publia* §. 1. *hoc tit.* Si de præstandis vsuris pecuniæ depositę conuenerit, eum contractum excedere modum depositi, ideoque secundum conuentionem vsuras peti posse actione depositi: hoc postremo non infertur: neque enim inferretur probe, sed ex eo quod subintelligitur, ac si dixisset contrarium, excedere modum depositi, neque tamen ideo minus depositum esse censeri: inde recte infert, actione depositi vsuras peti posse. Cur autem dubitat an ex cautione proposita sit actio depositi? nempe, quia is, qui cautionem emisit, non scri-

psit depositam, sed commendatam sibi pecuniam fuisse. Verum Papin. ait, esse act. depositi, quod idem sit commendare & deponere: & hoc ita se habere sine vlla controuersia, si obsignata pecunia data sit ea lege, vt idem sacculus, eademque corpora nummorum redderentur. Nam in hoc contractu nihil est, quod non conueniat deposito, nihilque est, quo quis fretus, possit denegare actionem depositi: Et hoc est quod sequitur. Quid ergo? si id actum est numerata pecunia, vt alia tanta redderetur, non eadem, quid fiet? hoc deinde explicat Papinianus, *si numerata sit pecunia, &c.* Papin. ait, hanc rem excedere modum depositæ pecuniæ, depositum vel commendatum esse quidem nomine, non re, non substantia, non natura. Hæc lex subiecta deposito, vt tantundem reddatur, facit, vt quod depositum esse dixerunt, non sit depositum, & hoc forte casu non erit actio depositi, sed erit actio creditæ pecuniæ, quia ea res credito magis accedit, vel, quod in ambiguo, erit actio præscript. verbis, & consequenter non accrescent vsuræ sine stipulatione. & hoc est quod subiicit, *nam si tantundem, &c.* si non est, inquit, actio depositi, non venient vsuræ ex pacto, vel ex officio iudicis, venient ex stipulatione sola: quæ omnia satis probauimus constituta differentia inter iudicia stricta & bonæ fidei. Contra si non conuenit tantundem reddi, actione depositi venient vsuræ, accrescent vsuræ officio iud. perinde atque si essent in stipulationem deductæ, quoniam officium iudicis tantum potest quantum stipulatio, id est, quantum stipulatio potest exprimere, vel extorquere, idem & iudex potest, qui est addictus bonæ fidei actioni: & accrescent officio iudicis ex tempore moræ, non ante moram: nam iniquum & absurdum & alienum à natura depositi est, vt vsuris opprimatur depositarius, qui in custodienda pecunia beneficium dat, qui neque vtitur ea pecunia, nec moram facit in ea reddenda. Vsuram dat, qui beneficium accipit, non qui non accipit, non qui beneficium dat, si vacet mora. natura depositi est, vt custodiam solam iniungat absque vsu & vsuris. Igitur non ante moram. Sed si initio deponendæ pecuniæ conuenerit de præstandis vsuris etiam ante moram, lex contractus seruabitur, id est, præstabuntur vsuræ ex pacto: nam in bonæ fidei iudiciis veniunt vsuræ officio iudicis: In hoc iudicio depositi, ex mora tantum, vel ex pacto ante moram: & hoc est, quod subiicit, *& est quidem constitutum, &c.* Hoc ergo vult in extrema parte h. l. Papin. si sit actio depositi, vsuras deberi ex pacto etiam temporis eius, quod fuit ante moram: ex officio iudicis, nonnisi ex mora. Et ait, *si tamen de vsuris præstandis conuenerit,* ante moram scilicet, *lex contractu seruabitur,* id est, vsuræ præstabuntur. Ex eo colligo, quod notandum, esse actionem depositi, licet conuenerit de vsuris præstandis depositæ pecuniæ ante moram, alioquin non deberentur vsuræ, si deficeret actio depositi: non enim alia suppeteret, quam stricta. Item colligo non esse actionem depositi, si conuenerit, vt tantundem solueretur, non idem: quod agi plerumque intelligitur, si pecunia numerata deponatur non tamen in folle, non in sacculo obsignata vel obserata: hæ duæ pactiones, *vt tantundem soluatur, vel vt vsuræ præstentur ante moram,* sunt contra naturam depositi: hoc Papin. ait aperte in illo loco: *sed contra bonam fidem, &c.* Item superiori quo dixit eam legem, vt tantundem soluatur, egredi notissimos terminos depositi: nihil enim aliud est, quam eam legem egredi naturam depositi. Qua vero ratione sunt contra naturam depositi? quia tacite permittunt vti pecunia. si vis me vsuras præstare, vis ergo, vt mihi liceat vti pecunia. si vis vt tantundem soluam, non illam quam deposuisti, vis me eam consumere. Permittitur enim tacite, vt vti liceat: hæc sunt contra naturam depositi, *l. pacta, de contrah. empt. l. iure gentium §. idem responsum, de pact.* nec sunt audiendi qui differentiam constituunt inter ea, quæ sunt contractus naturalia, & substantialia: ex na-

A tura (inquam) & substantia, ex ipsomet contractu hoc est, ne vtatur pecunia, siue re deposita, qui accipit, sed eam seruet intactam: depositum consistit ex custodia, non ex vsu. Quæ lex siue pactio depositæ pecuniæ vsum permittit, aberrat à natura depositi. Et hinc sumpta occasione dicet aliquis; si hæ pactiones sunt contra naturam depositi: ergo non seruabuntur. & tamen ait Papinian. seruari, quod verbum est ex edicto prætoris, *pacta seruabo,* in §. *de illa, Inst. de societ.* Res explicabitur adhibita distinctione huiusmodi. Pactio dicitur esse contra naturam contractus, vel quod palam sit contra naturam contractus, vel quod tacite dumtaxat: hæc seruatur, illa non seruatur. Propterea contra naturam contractus est pactio, quæ manifeste aduersatur contractui: vt puta si quid conuenerit, quod pugnat omnino
B cum eo, quod primo contractum est, vt si post contractam societatem, quæ nihil aliud est, quam communio lucri & damni, conueniat, vt vnus totum lucrum sentiat, alter totum damnum, conuentio non valet: quid enim est aliud, quam conuenire, ne sit societas? Potest etiam exemplum sumi de precario, *l. precario 9. de precar.* Precarij natura est, si tu rogas me rem meam precario, vt eam reuocem, ego qui precibus tuis locum dedi, cum mihi libuerit, quod commodato dedi, non reuoco antequã vsus fueris: nam id tibi vtendum dedi: vt si equum tibi commodauero Lugdunum vsque, antequam veneris Lugdunum, non possum equum reuocare. quod datur precario, non ita vtendum datur, sed vt hac liberalitate mea vtaris, quandiu mihi libuerit. nec datur proprie vtendum, quod precario datur, sed precibus do tantum
C locum, non etiam in hoc me astringo, vt ne reuocẽ rem precario datam, antequam vsus fueris certæ rei causa: deniq; quod precario datur, non datur palam vtendum. Verum finge: contracto precario conuenit, ne ante Calendas Iulias repeteres. hæc conuentio est contra naturam precarij: Nam hoc perinde est, ac si diceres, ne sit precarium. Item si contrahatur feudum, & conueniat, ne fidelitas præstetur: hoc enim est, ne sit feudum. Item si contrahatur mutuum, & mox conueniat, ne pecuniam attingas, nec consumas, ne ea vtaris, non erit mutuum. hæ pactiones sunt contra naturam contractus, quæ manifesto sunt contrariæ ipsi contractui, quæque euertunt palam, quod actum ante. Item in deposito, si conuenerit vt pecuniam consumeres, vt ea abutereris si velles: nam
D depositum contrahitur custodiæ causa, & hæc sunt contraria, *custodire & consumere,* siue *absumere.* Quid fiet, si hæ pactiones contractibus ex continenti adiiciantur, vt in superioribus exemplis? duorum alterum accidet, vt vel nullæ sint pactiones, & habeantur pro non adiectis, nec tamen vitient contractum: sicut dicitur in *l. 6. §. 1. de pecul. leg.* adiectionem legati, quæ est contra naturam legati nihil adiicere, id est, pro nulla & non scripta haberi, & non vitiare legatum. Exempli gratia: legatum est peculium serui (peculium intelligitur deducto eo, quod domino debetur) subducitur debitum, & æs alienum domini, non potest videri in peculio esse, vt quod ego debeo, non est in bonis meis. Finge tamen legari peculium, & adiici non deducto eo, quod domino de-
E betur. Hęc adiectio est contra naturam, contra substantiam peculij, & ideo nihil adiicit: nec propterea minus fiet ea deductio, aut minus præstabitur legatum: nec enim vitiatur per adiectionem repugnantem legati naturæ. Simili igitur modo hæ pactiones adiectę contractibus, quæ manifesto contractum impugnant, non vitiabunt contractum, sed vitiabuntur ipsæ, vel etiam aliud continget, vt confestim propter pactionem, quæ adiecta est contraria contractui ante habito, si negotium id ferat, vt res transeat in aliud genus contractus. veluti si deposuero apud te pecuniam, & confestim conuenerit, vt ea vtereris, interpretabimur creditum esse contractum, non depositum, *l. 9. §. vlt. l. 10. de reb. credit.* Palam edico, vt pecunia deposita vtaris, non depono;

sed credo. Et ita Accursius recte in *l. seq.* §. *vlt. hoc tit.* distinguit, vtrum vsus pecuniæ permittatur nominatim, an tacite. Nam si nominatim pecunia credita sit, in ipso momento videntur contrahentes mutasse propositum, & depositum mutasse in creditum. Sed si tacite permittatur vsus pecuniæ depositę, non desinit esse depositio: & ita in mutuo, si conuenerit, vt eadem corpora nummorum redderentur, quod videtur alienum à natura mutui, quia mutuum damus recepturi idem genus, non speciem, mutuum est quantitatis, non corporis: valet tamen ea pactio, quia non palam tibi interdico vsum pecuniæ, licet legē adiiciam, vt reddas eandem pecuniam, & possis vti medio tempore. Idem erit in deposito, si conuenerit, vt vsuras præstes, vel vt tantundem reddas, quia hoc non palam edico, vt ea pecunia vtaris, sed tacite tantum per consequentiam. Et multa quæ non fiunt rite propalam, fiunt rite per consequentiam, & tacito intellectu: sunt huius rei innumera exempla. Et si quis generatim quærat, vtrum sit maior vis expressi, an taciti, vel an par sit, vel non? debes respondere, ex eo quod fit plerumque, maiorem esse vim taciti, quam expressi, hoc est, pleraque tacite procedere, quæ palam non admitterentur. Ergo argumento proposito breuiter ita respondendum est: intelligendos casus de pactionibus, quæ nominatim concipiuntur contra naturam contractus, non de iis quæ sunt tacite contra naturam contractus, quales sunt hæ duæ in *hac leg.* vt tantundem reddatur, quantum depositum est, & vt depositi vsuræ reddantur.

Ad l. 81. si soc. pro fil. pro socio.

Si socius pro filia dotem promisit: & prius quam solueret, herede ea relicta decessit, quæ postea cum marito de exigenda dote egit, accepto liberata est: quæsitum est, an si pro socio ageret, dotis quantitatem præcipere deberet si forte conuenisset inter socios, vt de communi dos constitueretur. Dixi pactum non esse iniquum, vtique si non de alterius tantum filia conuenit: nam si commune hoc pactum fuit: non interesse quod alter solus filiam habuit. Cæterum, si numeratam dotem pater, defuncta in matrimonio filia, recuperasset, reddi pecuniam societati debuisse: pactum ex æquitate sic nobis interpretantibus. Quod si salua societate, diuortio matrimonium solutum foret, cum sua causa dotem recuperari, scilicet, vt ea vel alij marito dari posit, necsi prior maritus facere non posset denuo de societate constituendam dotem: nisi si nominatim ita conuenisset. Verum in proposito largiter esse videbatur, dos numerata esset, an vero promissa: nam si filia datam dotem posteaquam patri heres extitit, iure suo recepisset, non esse referendam pecuniam societati, quam mulier habitura fuit, etsi alius heres extitisset. quod si accepto à marito liberata esset, nequaquam imputari posse societati non solutam pecuniam.

SEquitur, vt transeamus ad *l.* 81. *pro soc.* quæ lex continet plura & singularia multa. vellem, ne mihi vel aliis illius tenor memoria excideret: nam posset multis rebus accommodari, habetque rationem summam. Sciendum est, mortua in matrimonio filia, dotem profectitiam redire ad patrem: hoc nemo est, qui nesciat, *l. iure, de iure dot.* Et dotem profectitiam esse, non tantum, si de suo eam dederit pater, sed & si de communi. Verum hoc interest, quod si dederit de suo proprio, dos reuertitur ad eum, & remanet apud eum iure perpetuo: mortua enim in matrimonio filia, si dederit dotem de communi pater, rursus eam debet redigere in commune, quod hoc loco ostenditur singulari. Dos profecta de communi à patre recipitur, sed mox refertur in commune, nec retinetur à patre. Diuortio autem facto inter virum & vxorem, repetitio dotis est communis patris & filiæ: nec enim pater potest dotem profectitiam repetere inuita filia, *l.* 2. *solut. matr. l. pater filiæ, ad l. Falc.* Et si eam repetierit, vt oportet

A volente filia, eam ei seruare debet, quoad nubat forte alij viro. non potest eam minuere vel perdere, aut adimere filiæ: nam in patrimonio filiæ esse cœpit, quamuis sit in patris potestate, *l.* 24. *de collat. & l.* 1. §. *vlt. de collat. dot.* Et finito matrimonio non desinit esse in patrimonio filiæ, ac eadem filia rursus fungi potest repetito matrimonio. Atque hoc est, quod ait Papinian. *dotem à patre recuperari cum sua causa*, vt scilicet vel alij marito detur, vt eadem dos fungatur pro eadem filia, nec immutatur causa eius pecuniæ, quia in bonis intelligitur esse filiæ etiam soluto matrimonio, potius quam in bonis patris. filijfamil. habent castrense, vel quasi castrense peculium in proprio patrimonio: filiæf. dotem profectitiam. sed si diuortij tempore pater non fuerit in rebus humanis, à quo dos profecta est, repetitio dotis competit soli filiæ, &
B recipit eam iure suo, vt Florentiæ scriptum est hoc loco. Idem dicam, si diuortij tempore mortuus fuit pater, & iure suo, ad differentiam iuris hereditarij, quia ponitur in *h. l.* filiam patri heredem extitisse: nam filia non recipit dotem iure hereditario, licet patri heres extiterit, sed iure suo, iure proprio. Et ita idem Papin. in *l. pat. fil. ad l. Falc.* filiam, quæ heres instituta, & rogata est hereditatem restituere, habituram Falcidiam iure hereditario, dotem autē iure suo. Confert ibi palā ius hereditariū cum iure proprio: & vis differentiæ in eo consistit, quod qui iure suo recipit dotem, eam nō refert societati & referet societ. sicut pater, si eam reciperet iure hereditario quod post dicemus enucleatius, & apertius. Ad hoc sciendum est, soluto matrimonio maritum teneri de dote reddenda socero vel vxori, vel heredi eius, non tantum si dotem
C acceperit, sed etiam, si per eum steterit, quo minus acceperit, & alias teneri in dotem ipsam, hoc est, in quantitatem dotis, quæ deducta vel promissa est, alias in hoc tantum teneri, vt actorem liberet ab obligatione dotis, quod exemplis fiet manifestius. Finge: mulier debitorem suum delegauit marito, vt quod sibi is deberet, marito promitteret, idque acceptum maritus haberet in causam dotis: quo genere dos sæpissime constituitur. Si debitor sit à muliere marito delegatus, & id quod debet mulieri marito doti dixerit, vel promiserit, nec maritus eum exegerit, ac deinde defectus sit facultatibus debitor delegatus: diuortio facto mulier repetet dotem, perinde ac si eam exegisset: quoniam hoc ei imputatur, cur sibi delegatum debitorem mulieris non vrserit ad solutionem,
D priusquam laberetur facultatibus, *l. si extraneus* 33. *de iur. dot.* Cur non exegit in tempore? cur fuit segnis? culpanda est segnities mariti, & plectenda redditione dotis, perinde ac si numerata fuisset, & exacta. Sed si socer, qui dotem promisit genero, nec soluit, mortua in matrimonio filia (quo casu dos ad eum redit) agat de dote, quam maritus debuit exigere, nec exegit, vel etiam si vxor, quę dotem promisit, vel quæ debitori à se delegato, & promissori dotis, vel quæ alij debitori dotis heres extitit: aut, si debitor delegatus, qui mulieri heres extitit, soluto matrimonio agat de dote, quam exigere debuit maritus, nec exegit, non consequetur dotis quantitatem: quia sine rubore non potest imputare, aut culpæ vertere viro benignitatem suam, qui eum non vrserit ad solutionem.
E non possum imputare honesto marito, qui me non exegerit, qui mihi pepercerit, qui eram debitor dotis, vel iure proprio, vel iure hereditario. possum ei imputare, quod ab extraneo non exegerit dotem, quod à patre, non item. non possum imputare viro, quod patrem meum non vrserit, *d. l. si extraneus.* Ergo si qui sunt debitores dotis, vel iure proprio, vel nomine hereditario soluto matrimonio agant de dote, quam non exegit maritus, non consequentur dotem, quia culpa omni vacat, quod non exegit, quod agentibus de dote pepercit, sed hoc tantum consequentur, vt liberentur obligatione dotis per acceptilationem, quæ obligatio sola fuit apud virum dotis loco, non res ipsa, *l. nupta* §. *quoties, sol. matr. l. promittendo* §. *vlt. de iur. dot. l. deposui* §. 1. *de pecul.*

Et

Et secundum hanc definitionem iuris res proponitur gesta fuisse in hac lege. modo eius speciem videamus. Species hæc est: duo sunt socij omnium bonorum, primus & secundus. Conuenit inter eos, vt vnusquisque filiæ suę dotem constitueret de communi, hoc est, vt dotem quam quisque constitueret pro sua filia, sumeret de arca communi, & vtrique imputaret. Commune fuit pactum, communis conuentio, alioqui esset iniqua: Nam si ita conuenisset, vt primus pro sua filia dotem constitueret de communi, non secundus, inæquale esset pactum, *l. 3. C. comm. vtriusq. iudic.* & contra naturam societatis, nec valeret: sed hoc casu commune fuit pactum, vt quisque filiam suam dotaret de communi, pactum igitur cum sit iustum, seruandum est. Nec obstat, quod conuentionis tempore vnus filiam habuerit, alter non: nam potest habere. de pacto igitur, cum sit commune, nulla est dubitatio quin pactum ratum habendum, & seruandum sit. Porro vnus ex sociis dotem promisit pro filia, nec soluit: communioni igitur eo nomine secundum conuentionem nihil abstulit, & priusquam solueret pater, eo mortuo filia heres extitit, pro qua dotem promiserat, atque ita filia cœpit debere dotem marito, quam debuit pater, iure hereditario, nec soluit, non coegit eum maritus ad solutionem. Postea diuortio facto solutum est matrimonium, & mulier agit de exigenda dote, hoc est, quam exigere debuit maritus, vt eam sibi reddat, quid consequetur? Non consequetur dotis quantitatem. quam ipsa debet marito, sed liberationem obligationis tantum. Satis enim esse diximus acceptilatione eam liberari, quia non possit argui maritus vel culpari, si ei pepercerit, si eam non præcipitauit ad solutionem, *d. l. si extraneus.* Deinde filia accepto liberata, vt diximus, agit pro socio rationum reddendarum causa, cum eo qui fuit socius patris, nunc desinit esse: nam mors soluit omnem societatem, nedum coniugalem: quæritur in iudicio pro socio, an possit filia deducere quasi præcipuo iure, an possit percipere quasi præcipuam, *au preallable*, dotis quantitatem, hac ratione, quia inter socios placuerit dotes constitui de communi filiabus? Hæc ratio non est idonea, nec ad eam attendit Papin. noster, qui respondet, non posse eam dotem percipere de communi: & fortis est ratio, qua potuit moueri Papin. quia pater eam dotem promisit tantum, non constituit, quo verbo vsi erant socij in paciscendo, vt vnusquisque pro filia dotem constitueret de communi: pater, inquam, promisit tantùm, non constituit, & constitui non potest dirempto matrimonio. Dos quomodo constituitur? traditione, solutione, numeratione. Breuiter, re, non verbis, non promissione, quod & vox ipsa demonstrat, *l. 5. sol. matr. l. dotale §. dotale, de fund. dot.* de communi igitur non auferet filia, quod non abstulit pater. Et hoc est, quod definit *in fi. l.* Si, inquit, filia sit acceptilatione liberata à marito, cum pater dotem promisisset, non numerasset, non posse eam imputare societati dotem promissam tantum, non numeratam. Quod ita Cyrillus: *εἰ δὲ μόνον ἐν ἐπερωτήσει ἦν ἡ προὶξ, οὐδὲν ἀπαιτεῖται ἡ θυγάτηρ τὸν κοινωνὸν λυθέντος τοῦ γάμου.* *Si*, inquit, *dos promissa sit tantum, non numerata, nihil filia petere potest à socio soluto matrimonio.* Diximus de dote promissa à patre, de cuius repetitione si agat filia heres, consequitur tantum liberationem obligationis, non pecuniam. Nunc dicamus de dote genero data à patre de communi. Et hoc casu distinguit Papin. acutissime. Est quod admiremur eius ingenium: hoc loco ait Papin. aut morte solutum est matrimonium, aut diuortio. Si morte filiæ, dos redit ad patrem, sed necesse est, eam redigere in commune, vnde profecta est: & ait Papin. se ita interpretari pactum ex æquitate, ne dos remaneat apud patrem quasi propria, quæ pro filia amplius fungi non potest, cum sit mortua. Iureconsultus est interpres æquitatis: hanc ipse excogitauit Papin. sicut & alia pleraque. Valde enim auxit ius nostrum. Sin autem diuortio solutum sit matrimonium,

A subdistinguit: nam videndum est, vtrum diuortium factum sit viuo patre, an mortuo patre. Si viuo patre, id est, manente societate, dotem repetit pater adiuncta persona filiæ, refert in commune, cum sua causa tamen, vt scilicet, pro eadem filia alij marito dari possit, & iterum subduci de communi. Verum finge: pater nihil potuit recipere à priore marito propter inopiam eius, an poterit iterum dotem reficere de communi suę filię? minime, quia de vna tantum dote constituenda actũ est, non de duabus: quod si ita actum esset, obtineret, sed ita actum non est. Dos igitur illa perit societati, & patri & filiæ, propter egestatem mariti, nec refici potest ex communi: sed si mortuo patre factum sit diuortium, hoc est, finita societate, filia dotem repetit, nec eam referet societati, siue heres sit in-
B stituta, siue exheredata: nam exheredatio non aufert dotem profectitiam. repetet igitur, nec referet societati, quia non repetit eam iure hereditario, quasi ex persona patris, quia si eam iure hereditario reciperet, referret societati, sed recipit eam iure suo, quia scilicet factum est proprium patrimonium filiæ, vt diximus ab initio.

Ad l. cum filiofam. 11. de leg. 1.

Cum filiofamilias vel seruo alieno legatum vel hæreditas datur, fideicommitti patris vel domini potest: ac tunc demum ex persona ipsorum fideicommissum vires capit, cum ipsis per quos commodum hereditatis, vel legati patri do-
C *minoue quæritur, fideicommissum relinquitur. Denique Iulianus non subtili ratione motus, patrem, cuius filius heres institutus est, extero quidem habita ratione l. Falcidiæ restituere hereditatem respondit: quoniam ex persona filij teneretur: ipsi vero filio, non admissa Falcidia: quoniam ex persona sua sibi filius obligari non posset: ac pater non vt heres, sed vt pater rogari videtur. Et ideo si filio rogatus sit pater post mortem suam, quod ad se peruenit ex legato vel hereditate filio relictis, restituere, isque viuo patre decedat: omnimodo patrem id retenturum, quoniam fideicommissum ex persona patris vires acceperit.*

AD hanc l. Doctores multum puluerem mouent, dum ignoratione iuris antiqui nesciunt, quid sibi velit pars vlt. eius l. scribunt in eam, chartarum non est
D satis: si differunt, nullus est de eo differendi modus. Est tamen res nullius momenti. Exordium sumit Papinian. à reg. iur. quæ est huiusmodi: *patri vel domino heredis instituti, aut legatarij fideicommitti posse*, id est, *patrem vel dominum eius, qui heres est scriptus, vel cui legatum est relictum, posse rogari, vt faciat aliquid, vel det aliquid alteri: non heredem tantum, vel legatarium onerari posse fideicommisso, sed & patrem vel dominum.* Et recte ait, *fideicommitti*, secundum ius vetus: nam à patre vel domino heredis non potuit legari, at fideicommitti potuit, quod ostendit Vlpian. in fragm. tit. de legatis. Æquiora sunt iura fideicommissorum: consistunt enim in nuda voluntate heredis, nec tam reguntur iure, quam sola voluntate: legata præter voluntatem etiam ius exigunt, id est, solemnitatem & regulas iuris, obseruationes iuris: &
E inde pendent tot differentiæ inter legata & fideicommissa. Et eodem modo in *l. 4. de leg. 3. à patre*, inquit, *vel domino heredis instituti fideicommissum relictum.* bene: nam legatum non potuit relinqui. Hæc autem regula, vt possit fideicommitti patri vel domino heredis instituti, aut legatarij, ita vera est, si domino certo fideicommittatur, & præsenti siuę ei, qui nunc, qui eo tempore, quo fideicommissum relinquitur, est dominus heredis instituti, vel legatarij. Huic fideicommitti potest, quia scilicet testator tacite videtur ei dare hereditatem, quam dat seruo eius, per quem adeuntem iussu eius, non ignorat hereditatem confestim adquisitam iri. Cui testator vel tacito iudicio dat aliquid, cum etiam fideicommisso onerare potest: ab eo autem,

qui non est dominus heredis instituti, vel legatarij fideicommissum relinqui sub conditione, si fiat dominus serui heredis instituti aut legato honorati, fideicommissum relinquitur inutiliter, quia incertum est, an sit futurus dominus: quod pendet ex casu fortunæ. quæ futura sunt, non sunt certa, sed fortuita: à domino certo possum fideicommissum relinquere: ab incerto, & quandoque forte fortuna futuro vel non futuro fideicomm. relinqui non potest: quia etsi postea fiat dominus serui hered. instituti, & iussu eius seruus adeat, non videtur hereditas obuenisse certo, principalique iudicio defuncti, sed fortuito, non beneficio testatoris, sed fortunæ. Infirmum enim fuit & incertum iudicium defuncti, quod contulit in casum arbitriumque fortunæ: denique huic facto domino postea nihil videtur dedisse defunctus. Ergo nec fideicommissum ab eo valet, cui nihil dederis: quem non honoraueris, eum onerare non potes. Et hæc est sententia, *l. 6. §. vlt. de leg. 3.* Ergo hæc regula, quæ proponitur initio h. l. ita vera est, si sit præsens certusque dominus heredis serui instituti vel legatarij: nam ab eo relictum fideicommissum valet non minus, quam si relinqueretur ab ipso herede instituto. Et notandum ad hęc, à patre vel domino heredis instituti vel legatarij, cui omne emolumentum adquiritur iure, posse fideicommissum relinqui, non tantum extraneo, sed & ipsi filio vel seruo heredi instituto. Filius aut seruus institutus est: huic filio vtiliter relinquo fideicommissum à patre eius, vt si pater rogetur restituere hereditatem, quam est adquisiturus per filium, eidem filio post mortem suam, vel si rogetur restituere cum emancipatus fuerit filius. Idem erit, si rogetur seruum manumittere. vtilia sunt fideicomm. *l. quæsitum 91. §. cum seruus, de leg. 1. l. quidam §. si filio, ad Trebel. l. 5. §. si seruum, de his quæ vt indig. l. quærimus, C. de fideicomm.* Sed pergamus. multum tamen interest, vtrum à patre vel domino heredis instituti fideicommissum relinquatur extraneo, an ipsi filio, aut seruo: nam si extraneo, ei pater obligatur nomine fideicommissi ex persona filij vt heres, quia sustinet vicem heredis, id est, filij. & filiusfam. si esset paterfamil. teneretur fideicommissario, quod relictum à patre, relictum à se intelligatur. Ergo, extraneo tenetur pater ex persona filij vt heres: filio autem si sit rogatus præstare fideicommiss. tenetur ex sua persona, non ex persona filij, quia & filius, si esset paterfamil. non teneretur sibi ipsi: nemo obligatur sibi ipsi, ex persona mea mihi deberi non potest, alij potest. Ergo si ipsi filio à patre sit fideicommiss. relictum, pater non tenetur vt heres, hoc est, non tenetur vt filius, sed tenetur vt pater, vt quilibet ad quem morte testatoris aliquid peruenit: nam regulare est, fideicommissum posse relinqui non tantum ab herede, sed etiam ab omnibus iis, ad quos morte testatoris aliquid peruenit, velut à legatario, fideicommiss. donatario causa mortis, à marito, qui lucrum dotale ex causa mortis fert, *l. 1. §. sciendum, & seq. de leg. 3.* Ex eo sequitur res magni momenti, vt si priori quidem casu pater instituti heredis, aut legatarij rogatus sit præstare fideicommissum, vt possit detrahere Falcidiam, si interueniat: sed si sit relictum filio, hoc est, si rogatus sit filio post mortem suam restituere hereditatem, quæ ei per filium obuenit, non potest deducere Falcidiam, sed restituere totam sine diminutione, quia beneficio legis Falcid. vtitur tantum heres, aut veluti heres, *l. mulier 22. §. vlt. ad Trebell.* Et filio non præstat fideicommissum vt heres, ergo non vtitur Falcidia; extraneo præstat fideicommissum vt heres, ergo recte vtitur Falcidiæ beneficio. Falcidia, inquam, vtitur tantum heres, vel quasi heres. Exempli gratia, bonorum possessor vtitur Falcidia, quoniam est veluti heres. Item pater, qui filiofamil. militi successit ab intestato in castrensi peculio, si ab intestato miles filiusfamil. reliquerit multa fideicommissa, ex eis deducit Falcid. *l. filiusfamil. 18. ad l. Falcid.* quia est veluti heres filij sui: he-

A res certe non est absolute, quandoquidem bona castrensia redierunt ad patrem non quasi hereditas, sed quasi peculium, *l. 1. & 2. de cast. pec.* Item Falcidia vtitur pater heredis, qui rogatus est restituere hereditatem extraneo, vt ostenditur hac *l. & l. Nesennius 22. §. seruo, ad leg. Falcid.* quia est veluti heres. Et fideicommissum pręstat ex persona filij scripti heredis. Quæro, an legatarius oneratus fideicommisso detrahet Falcidiam? minime, quia neque est heres, neque veluti heres, etiamsi sit partiarius, *d. l. mulier §. vlt.* Legatarius igitur non vtitur Falcidia ex sua persona, sed ex persona heredis, hoc est, si ipse passus sit Falcidiam. Et rescissionem legati sui in fideicommissario, cui est rogatus præstare aliquid, reputabit pro rata, *l. pœnales §. si Titio, ad leg. Falcid.*

B Idemque statuendum est de fideicomm. speciali. Quæro fideicommissarius generalis, an detrahet Falcidiam? Finge: heres scriptus rogatus restituere hereditatem primo, primus secundo, an primus secundo detrahet Falcidiam? minime, quia ea iam antea vsus heres scriptus, aut vti potuit. Falcidia non iteratur, semel tantum in eadem hereditate deducitur Falcidia, *l. si patrem 55. §. qui fideicomm. l. 1. §. denique & seq. ad Trebell. l. lex Falcid. §. vlt. ad. l. Falcid. l. coheredi §. quod si hered. de vulg. substit.* Excipiuntur casus quidam: si ideo heres non detraxerit Falcidiam, vt detraheret fideicommissarius prior, dum ei vult donare Falcidiam, non posteriori fideicomm. *l. 1. §. inde Neratius, ad Trebell.* Excipitur etiam hic casus, si fideicommissarius conueniatur à

C legatariis ex persona heredis, quia onus legatorum relictorum ab herede transit in fideicommissarium, cui est restituta hereditas: & ita si conueniatur ex persona heredis, vtetur etiam Falcidia, qua heres vti potuisset, *l. Marcellus §. 1. ad Trebell.* Non vtetur etiam Falcidia pater filij heredis instituti, qui rogatus est restituere ipsi filio hereditatem, sed restituet solidam hereditatem filio, quia neque est heres, neque veluti heres, hoc est, non debet fideicommissum filio vt filius, ergo nec vt heres: sed vt pater, quod hac lege ostenditur. Nec obstat *l. 1. §. si filio, ad Trebell.* si pater filij instituti rogatus sit filio restituere hereditatem, locus est Senatusc. Trebell. Fateor, locum esse Senatusc. Trebell. sed non legi Falcidię, hoc est, à patre restituta hereditate, hæ actiones transeunt in filium ex Trebelliano; verum ipse pater non detrahit Falcidiam.

D Nec obstat lex *iubemus §. 1. C. ad Trebell.* pater rogatus est restituere filio, deducit Falcidiam. Resp. pater heres institutus est, & rogatus restituere hereditatem: sed pater heredis instituti rogatus eidem restituere, non detrahit Falcid. quia non est heres, neque vice heredis, quæ heredibus tantum permittitur, aut veluti heredibus, siue iis, qui explent voluntatem testatoris, velut heredes vel heredum loco, ex persona heredum. Et hoc est, quod ait Papin. in hac l. videamus tamen antequam ad posteriorem. l. deueniamus, filio herede instituto, vter sit heres, filius an pater. Idem quæritur de seruo herede instituto, vter seruus, an dominus sit heres? Res est expeditu facillima. Dicam enim dominum non esse heredem: sed velut heredem: quod ex superioribus liquet. vel dicam, dominum non esse heredem suo nomine, non directo, non principa-

E liter, sed per suum, & patrē per filium, per intermediam personam, *l. 2. de petit. hered. l. 9. §. illud, de interrog. in iure fac. l. qui liber §. vlt. de vulg. substit.* Vel dicam, dominum non esse heredem ἁπλῶς, sed κατά τι, quod rem habeat, id est, hereditatem. Heres est, qui scriptus, vel nuncupatus est, cui honos habitus est, qui honoratus est nomine heredis. Institutio est honos, *l. si filium §. sed & si. l. 3. §. hoc autem, de leg. præst.* non exigimus, vt habeat rem, sed vt nomen: nam & qui se abstinuit hereditate, heres est, & qui restituit hereditatem ex Trebell. heres est. Heres est, scil. sine re, qui adiuit, aut miscuit. nec qui restituit heres est cum re sc. heres igitur alias sine re, alias cum re, vt Ambros. dicit in Epist. & ex iure nostro in *l. filius, D. de inoff. test. & Vlp. in fragm.* Et qui successit loco eius.

qui se abstinuit, non est heres, nec vsurpat nomen heredis; sed est bonorum possessor, & fideicomm. cui est restituta hereditas, non est heres, nec dicitur heres, sed fideicomm. Trebell. Denique heres est, qui nomen & titulum heredis habet, tametsi rem ipsam non habeat, sed alius. dominus non habet nomen heredis: ergo non est heres, licet rem obtineat, quia res non facit heredem, sed nomen. Et ita *l. qui hered. de cond. & demonst.* qui iussus est dare heredi, si seruus sit heres, non satisfacit voluntati defuncti, si domino dederit, *l. 3. l. qui liber § . vlt. de vulg. subst.* His verbis substitutionis: *Qui mihi heres erit, sit etiam filio meo impuberi:* non comprehenditur dominus, vel pater factus heres per seruum, aut filium, *l. 3. §. hoc autem, de leg. præst.* Rescisso testamento per bonor. possess. contra tab. corruunt omnia, sed legata seruantur liberis tantum & parentibus relicta: an etiam, quæ sunt relicta seruis eorum? Minime: nam non quærimus, cui adquirantur, sed cui honos habitus sit: & leuia sunt, quæ in contrarium obiiciuntur, eaque paucis expediam. Obiiciunt in contrarium, vt efficiant dominum esse verum heredem, *§. item nobis, Instit. per quas pers. nobis adq.* Adquiritur patri vel domino hereditas perinde, atque si heres institutus esset. Ergo heres est. Resp. non dicit, eum esse heredem perinde, atque si institutus esset, sed dicit ei adquiri, quod non nego. Item obiiciunt, quod diximus ante ex hac l. patrem vti Falcidia rogatum extraneo restituere hereditatem: si vtitur Falcidia heres est: nam vti Falcidia solius est heredis. Resp. vti eum Falcidia ex persona filij. Obiiciunt *l. placet 79. de adq. hered.* filio instituto & adeunte iussu patris confestim hereditas adquiritur patri, & ne momentum quidem, inquit lex, intelligitur remansisse apud filium, quoniam confestim adquiritur patri. Resp. non ex eo sequitur, patrem esse heredem: adquirit rem ergo heres est, vitiosa est collectio. Filius patri adquirit, rem, sed non nomen heredis, quod notandum. Posset magis vos mouere *lex 12. §. si vsus, de vsu & habit.* Finge: vsus ædium est legatus filiofam. adquiritur patri: pater autem vtetur ædibus cum vxore & cum liberis, & cũ seruis omnib. an etiam filius, cui legatus est vsus ædium potest habitare cum liberis & vxore? Minime. Ergo pater videtur esse vsuarius, non filius. consimiliter pater videtur esse heres, non filius. Resp. hoc ita fieri, vt pater solus habitet cum suis, non etiam filius cum suis, quod patri sit adquisitum omne emolumentum. vsus abiit à filio, & resedit nudum nomen vsuarij: vnde sic statuo. Vsuarius est, cui relictus est vsus, non cui adquisitus: & simili modo heres, cui relicta est hereditas, non cui adquisita, quanquam etiam possit dici heres, sed non ἁπλῶς. Repetamus paucis quæ didicimus ex *l. 11. de leg. 1.* Regula est iuris, qua constituitur, à patre vel domino, qui hereditatem vel legatum adquisiuit per filiumf. vel per seruum iure potestatis fideicommissum relinqui posse. Regula concepta est de fideicommisso. In hac *l. 11.* & in *l. 4. de leg. 3.* & in *l. si alienus, de leg. 2.* quia ante constitutionem Iustin. de exæquatione legati, & fideicomm. recte à patre vel domino relinqui legatum nõ potuit, fideicomm. potuit, vt Vlpianus docet in fragm. *de fideicomm.* Et vera est regula, siue pater aut dominus rogetur præstare fideicomm. extraneo, siue filio ipsius, aut seruo suo sub conditione, scil. cum erit sui iuris, vel post mortem suam, id est, cũ mortuus fuerit pater vel dominus. Vtile ergo est fideicomm. relictum à patre vel domino heredis instituti, aut legatarij, siue relictum sit ipsi filiofam. vel seruo, vel extraneo: sed hoc interest inter filium & extraneum, quod si extraneo relinquatur fideicommiss. vires accipit ex persona filij: si autem relinquatur filio fideicommissum, vires accipit ex persona patris: vel aliter: fideicommissum debet pater extraneo vt heres: filio vt pater, & vt alius quilibet, ad quem morte alterius commodum aliquod peruenit. Hæc omnia sunt certissima. Nam satis perspicuum est filio non posse deberi fideicommissum ex persona filij: nemo enim sibi ipsi debere potest, nec obligatus esse potest:

A denique pater filio fideicommissum non debet, vt heres, id est, vt filius, vt vicem gerens filij, sed debet fideicommissum filio vt pater, vt persona, quæ fideicomm. onerari potest. Ex iis, quæ diximus esse certissima, duo Papinian. definit. Vnum est, patrem rogatum restituere extraneo, in eo fideicommisso exercere Falcidiã, quia id debet vt heres, *l. Nesenn. §. seruo, ad leg. Falcid.* & lex Falcidia lata est heredis gratia, *l. 71. eod. tit.* ne hereditatem repudiaret, ne destitueretur testamentũ, non etiam alterius personæ gratia, ad quam commodum aliquod peruenisset ex bonis defuncti: beneficiũ legis Falcidiæ datum est heredibus: sed si filio pater rogatus sit restituere fideicomm. non exercebit Falcid. quia id non debet vt heres, sed vt pater, vt quilibet: Falcidia autem non vtitur quilibet, sed heres tantum. Est elegans quod ait *d. l. 71.* legem Falcid. esse
B latam heredis gratia, propter κληρονόμον heredis tantum, ne respueret hereditatem defuncti: & hoc primum quod dixi efficere Papinianum ex superioribus, latius exposuimus supra. Restat vt tractemus de altero. Positis superioribus principiis duo Papin. efficit. Vnum exposuimus, alterum proponitur in vltima parte h. l. his verbis, *quod si pater, &c.* hanc partem explicant male qui aspernantur iuris antiqui cognitionem, ex quo petenda huius partis interpretatio. Interpretes multum dissimiles ab Aristone quem Plinius scribit *sic iura publica tanquam priuata, sic antiqua tanquam noua, sic rara vt assidua tractasse:* nec erit vnquam fidus interpres iuris, nisi qui & antiquũ, nouum & medium ius bene cognouerit. Ergo imitemur Aristonem, & nullius iuris cognitionem negligamus. In
C quo doctores nostri versati errare malunt quam veritatẽ cognoscere. Nec existiment nihil ex iure antiquo residere in Pandectis: resident enim innumera, quæ si nolis agnoscere, necesse est hæreas semper in luto: nec existimemus ea, quæ sunt scripta in Pandectis omnino congruere cum nouissimis constitutionibus Cod. hoc enim est manifeste falsum. Ne existimemus hoc Iustinianum ipsum voluisse, cum iubet in præfatione *D. de vet. iure enucl.* ea quæ sunt scripta in his libris, ita accipi tanquam ab ipso Iustiniano scripta, non tanquam scripta à Papin. vel aliis auctoribus. Dicemus igitur superfluas esse inscriptiones auctorum? quod scimus, quodque cernimus, neque licebit nobis scire neque cernere? Iustin. scribere,
D nihil esse dissonum, nihil simile in D. vel Cod. cum tamen multa sint non similia tantum, sed eadem, & iisdem verbis repetita: multa sint quoque dissona atque contraria: nihil est hac opinione pernitiosius. Et quod Iustin. ait, nihil esse contrarium, nihil dissimile, & congruere inter se omnia ex quibus constat Codex & Digesta, id est commendatio operis potius, quam affirmatio vera & demonstratio eius, quod conatus est, quod satis egit, non etiam peregit. Pleraque scribuntur à nobis aut dicuntur, non quod vera sint, sed dicuntur ostentationis gratia, vel demonstrandi conatus nostri. Ita est iis respondendum: neque ad summum perueniet, qui fuerit iuris veteris contemptor, quique non cognouerit restare in D. multa vestigia duarum familiarum inuicem dissidentium Sabinianorum & Proculianorum. Exponennenda igitur nobis vltima pars huius legis ex iure an-
E tiquo. Finge: patri per filium adquisita est hereditas vel legatum, & fuit rogatus pater, vt filio restitueret eam hereditatem, vel legatum post mortem suam, vel cum morietur. Denique à patre fuit relictum fideicommissum filio, ita vt filius repeteret post mortem patris: fideicommissum inquam hereditatis aut legati sibi adquisiti per filium: defecit conditio fideicomm quoniam mortuus est filius viuo patre, & fuerat relictum fideicomm. filio post mortem patris, atque adeo sub conditione, si superuiueret patri, non præmoreretur. Quæritur an fideicomm. remaneat apud patrem, quod defecit conditio præmortuo filio? & omnimodo ait, remansurum esse: nec rationem dubitandi explicat: decidendi tamen hanc rationem subiicit, remansurum

fideicommissum apud patrem, quia id debuit vt pater, nõ A vt heres. Supplenda igitur à nobis est ratio dubitandi, quæ proculdubio hęc fuit, quia videbatur fideicomm. recidisse in fiscum post mortem testatoris mortuo filio, cui fideicomm. erat relictum ante patrem. Nam caduca sunt, quæ deficiunt post mortem testatoris, vt si legatarius aut fideicommiss. conditione fideicommissi deficiatur post mortem testatoris: filius hic defectus est conditione fideicommissi post mortem testatoris viuo patre, qui rogatus est: ergo est caducum. In causa autem caduci rediguntur in fiscum etiam, quæ deficiunt viuo testatore post testamentum. Hæc quæ sunt caduca, vel in causa caduci ab initio sunt vtilia, sed deficiunt postea. Alia sunt quæ relinquuntur testamentis, quæ ab initio sunt inutilia, quę B dicuntur esse pro non scriptis. At Papinian. ait fideicommissum, quod defecit præmoriente filio, cui relictum erat, non fieri caducum, sed remanere apud patrem, quia onus caduci irrogatur soli heredi. leges caducariæ, id est, Iulia & Papia inuident lucrum heredi, non aliis personis, heredem solum incessunt. Pater autem hoc fideicommiss. non debet vt heres, sed vt pater, vt quilibet, & fideicommiss. vires capit ex persona patris: ergò non subiicitur legibus caducariis, quæ heredem solum insequuntur. Et recte ponit exemplum in patre rogato restituere filiofamil. nam secus erit si rogetur pater restituere extraneo, & moriatur extraneus viuo patre, & ita deficiat fideicomm. nam hoc casu fiet caducum, nec remanebit apud patrem, quia id debuit vt heres, non vt persona quælibet, & heredi soli obiicitur C fiscus, nõn personæ cuilibet. Quam quidẽ distinctionem inter extraneum & filium volumus tantũ aptari ad fideicomm. hereditatis. Si pater rogetur restituere hereditatem filio, præmortuo filio, non fit caduca hereditas: si rogetur restituere extraneo, præmortuo illo fit caduca hereditas. Separemus igitur extraneum à filio si fit fideicomm. hereditatis: non separemus extraneum à filio si fit fideicomm. legati, si legatum quod adquisiuit per filium rogetur restituere. Nihil enim interest vtrum rogetur restituere extraneo, vel filio. Nam præmortuo extraneo, vel filio non fit caducum fideicomm. sed retinetur à patre eadem ratione, quia onus caduci irrogatur heredi soli: pater vero hoc casu fideicomm. rei legatæ filio vt pater, extraneo autem id debet vt legatarius, neutri vt heres: non D est igitur cur debeat patri onus caduci, excludet igitur fiscum. Quod confirmatur etiã hac ratione, quandoq; heres præfertur fisco etiamsi legatum deficiat mortuo, aut viuo testatore. Est duplex ius, antiquum & nouum. Antiquum appellatur quod obtinuit ante legem Iul. & Pap. ante leges caducarias, quo non inuitabatur fiscus, sed quæ deficiebant legata viuo vel mortuo testatore, apud heredem remanebant. Hoc ius antiquum hodie post leges nouas reseruatum est liberis & parentibus defuncti heredibus institutis, *l. 1. §. & cum, de cad. toll. l. Celsus in fi. de leg. 2. Vlpianus in fragment.* nam liberi & parentes deficiente legato post testamentum, vel mortuo testatore præferuntur fisco, neque aduersus eos habent locum ll. nouæ *l. vlt. de reg. Caton.* Finge igitur, E heredem esse ex liberis vel parentibus, ab herede legatũ Titio, Titium rogatum restituere Caio, mori Caium viuo Titio, an legatum remanebit apud legatarium: an vero cedet lucro heredis? Et constat legatarium præferri heredi habenti ius antiquum, *l. pater §. fideicomm. de leg. 3. l. Iulianus 60. de leg. 2.* Inde sic colligo. Legatarius excludit heredem, qui ius antiquum habet, ergo excludet etiã fiscum. si heredem excludit, & fiscum excludit: nam ea tantum fiscus vendicat, quæ apud heredem erant remansura, hoc est remansurum apud legatarium, non apud heredem. Qui igitur vincit heredẽ, & fiscum vincit. Duo sunt casus, quibus legatarius in proposito casu non præfertur heredi, id est, quibus fideicommiss. relictum à legatario si deficiat, cedit heredi, non legatario. Vnus est, si testator legatarium elegerit, vt dispensatorem legatorũ: nam hoc casu fideicommissum ab eo relictum quod defecit, non remanet apud eum, sed redit ad heredem, qui ius antiquum habet, vel ad fiscum, si heres vtatur iure nouo. Alter est, si legatarius moram fecerit in præstando fideicommisso, quod licet colligere ex *d. l. pater §. fideicomm.* Finge, à legatario reliquit fideicommissum collegio cuiusdam templi. is moram fecit in præstando fideicomm. cum iam nata esset actio collegio, & interea dissolutum est collegium auctoritate principis: quæritur an fideicõmissum remaneat apud legatarium? non, quia fuit in mora, quia conueniri potuit ab actoribus collegij fideicomm. nomine: an pertinebit igitur ad heredem? Minime, sed ad eum, cui bona eius collegij princeps adiudicauerit: quod ita obseruatum fuit in Gallia in dissolutione collegij Templariorum. Et hæc dicuntur de his, quæ possunt cadere in fiscum, id est, quæ deficiunt post testamentum vel mortem testatoris, quæ dicuntur esse caduca: nam ea quę ab initio sunt inutilia, proculdubio remanent apud heredem omni iure. Concludamus igitur in hac quæstione, non idem iuris esse in hereditate, quod in legato. In hereditate commissa fidei patris, separari extraneum, cui fideicomm. est relictum à filio: in legato nullam esse inter eas personas separationem: & ideo patrem omnino retenturum, id est, non tantum legatum, sed etiam hereditatem: omnimodo, id est, quodcunque per filium consequutus est, siue sit legatum, siue sit hereditas: & ita in *l. si mihi 59. de leg. 2.* omnino, id est, in totum. τὸ πᾶν ὁ πατὴρ παρακρατεῖ, id est, sine vlla diminu- C tione accipit, quia debet fideicommissum vt pater: nam si debet vt heres, subiicitur caducariis.

Ad l. si debitori 47. de fideiussor.

Si debitori deportatio irrogata est: non posse pro eo fideiussorem accipi scribit Iulianus: quasi tota obligatio contra eum extincta sit. §. 1. Si filius in causa peculiari ita fideiussorem acceperit, quantam pecuniam tradidero fide tua esse iubes. & emancipatus credat, patri quidem si non est reus obligatus, non tenebitur, filio vero humanitatis intuitu obnoxius esse debet?

IN hac l. duæ quæstiones definiuntur. vna est de fideiussore, qui pro debitore deportato intercessit, ex causa D præcedente deportationem, an teneatur. Altera est de fideiussore adhibito futuræ obligationi quem filiusfam. accepit, si post emancipetur filius, & tunc ea obligatio nasci incipiat, vtri teneatur, patri an filio Quod ad priorem quæstionem attinet, deportatio est exilium, quo damnatus ad peregrinitatem redigitur, id est, quo ex ciue fit peregrinus, & exlex: nec enim deportatus vtitur legibus aut iure ciuium, sed vtitur liberorum hominum iure, id est, iure gentium. Igitur deportatio est media capitis deminutio, non maxima, quia libertatem non adimit, ea quæ iurisgentium sunt non adimit. Ciuitatem adimit & bona, sola nuncupatione deportationis auferuntur bona: neque enim necesse est hæc adimi nominatim: nam satis est, si ita iudex reum con- E demnet: Illum deportari in insulam illam placet. & eleganter in *l. vlt. in fi. C. de sent. pass.* dicitur, ipsum per se nomen deportationis bonorum omnium spoliationem esse, vna cum ciuitate, cumque iis omnibus, quæ manant ex iure ciuili, quæ nobis, qui ciues sumus, competũt. hoc conuenit cum *l. deportatorum, C. de pœn.* quæ constituit differentiam inter relegatum & deportatum: quod relegato in insulam non adimuntur bona, nihil adimitur, nisi sit expressum specialiter in cõdemnatione, & omnia bona nunquam, sed plerunque pars quædam ei nominatim adimitur, deportato omnia adimuntur tacito iure, tacito intellectu: hæc est vis verbi. Plerique existimant nostros auctores promiscue abuti iis verbis deportandi & relegandi: quod fieri non potest, quandoquidẽ deportationis verbum multa secum trahit: & sicuti iudices in foro religiose distinguunt vnum ab alio per consequentias: sic &

auctores nostri semper: & recte etiam in *l. tutelas in fi. de cap. min.* Deportatum amissis bonis & ciuitate relicta nudum exulare. Hæc sunt propria deportationis. Relegatus dicitur improprie exul, vel quia neque libertatem, neque ciuitatem amittit, nec familiam mutat: relegatio non est capitis deminutio, sicut nec damnatio ad tempus ad opus publicum. Errant plerique qui dicunt illam esse capitis deminutionem. Nam integerrimus est status relegati: ergo bona adimuntur deportato vna cum ciuitate. cui vero cedunt ea bona? rediguntur in fiscum: fiscus est veluti successor deportati cum oneribus: (quod notandum:) aduersus fiscum quasi aduersus successorem creditores deportati agunt, & vicissim fiscus quasi successor agit contra debitores deportati, *l. 5. C. de bon. proscr. l. 3. l. 5. C. de sent. pass.* Ipse autem deportatus liberatur. Deportatio liberat ab omni obligatione, *l. 2. l. tutelas §. vlt. de cap. min.* nam omnis liberatio refertur ad instar legitimæ liberationis, veluti solutionis, acceptilationis, nouationis: deportatus liberatur veluti morte: deportatio quasi mors est. Intereunt homines non morte tantum, sed etiam maxima aut media capitis deminutione. Imo nonnunquã sine capitis deminutione intereunt, proscriptione scilicet, relegatione, vel publicatione bonorum, quę contingit sine capitis deminutione: nam possunt bona publicari sine capitis deminutione, si quis relegetur in insulam, & specialiter ei adimatur magna pars bonorum, ac redigatur in fiscum, pro ea parte bonorum relegatus liberatur, quasi videatur pro ea parte fiscum habere successorem, & semiuiuus esse: pro ea parte, quæ publicata est, pro mortuo habetur, pro ea parte quam retinet, non videtur mortuus: atque ita quodammodo partim successorem habet, partim non habet, *l. 1. C. de fideiuss. l. 2. C. ad leg. Iul. de vi.* vbi eleganter ait, successorem pro oneribus portionis suæ respondere: fiscum igitur respõdere pro parte bonorum relegati, quæ ei adempta est, pro reliqua parte respondere ipsum relegatum. Ergo non deportatio tantum quasi mors est, mortis effectus habet, sed etiam relegatio, cui iuncta est publicatio partis bonorum: atque ideo quæritur cur deportatus pro mortuo habeatur. an quia insula circumscribitur? an quia fit peregrinus? minime, sed quia bona adimuntur. Quæro nunc deportatione liberato debitore, an etiam fideiussor eius liberatur quem dederat, antequam deportaretur? Id quæritur non abs re. Nam plerunque liberato reo liberatur etiam fideiussor, propterea quod fideiussor habet regressum aduersus debitorem, si soluere compellatur, atque ideo non plene liberatur reus, nisi fideiussor eius liberetur. sed hoc tamen non euenit semper, quia interdũ liberato principali non liberatur fideiussor, etiamsi sit ei regressus aduersus reum principalem. Possit enim non esse regressus propter inopiam debitoris: exempli gratia, reus liberatur cessione bonorum ex lege Iulia, an & fideiussor? minime, *§. vlt. Instit. de replic.* Rursus liberatur debitor deportatione, vel publicatione bonorum: sed non etiam fideiussor eius, ne fiat contra mentem contrahentium. Cur datur fideiussor? cur accipitur? quid respiciunt, qui fideiussorem dant, siue accipiunt? nempe hoc, nec aliud quidquam, quam vt si forte debitor labatur facultatibus, suum consequantur à fideiussore. Ergo per omnia lapsu facultatum liberato debitore, non vtique liberatur fideiussor. imo magis obligatur, si obligatio possit accipere incrementum, id est, tum maxime necesse est experiri cum fideiussore euersa re debitoris: quod confirmat *l. 1. C. de fideiussor.* sed fideiussor si soluerit, habebit regressum aduersus fiscum, qui occupauit bona, quasi aduersus successorem debitoris. Idem confirmat *l. defensor C. de except.* quæ ait, defensiones competentes reo principali, competere etiam fideiussoribus: quibus remediis liberatur principalis, iisdem etiam liberari & vti posse fideiussores: sed addit *integro manente statu*, id est, reo principali non capite deminuto. Nam reus principalis liberatur per capitis deminutionem: non liberatur etiam fideiussor, nec mirum cum neque liberato reo per publicationem bonorum integro manente statu liberetus fideiussor. At rursus quæro an post deportationẽ datus fideiussor à deportato ex causa, quæ præcessit deportationem, obligetur? quod quæri potest etiam de pignore dato post deportationem, & de eo, qui constituit se pro deportato soluturum an obligetur. Et Papinian. definit, non obligari fideiussorem his verbis: *si debitori, &c.* Vtitur hac ratione, quia tota obligatio aduersus eum extincta est, quia deportatio sustulit totam obligationem: fideiussor autem vel pignus, vel is, qui constituit pro debitore, non obligatur nisi præcedat obligatio principalis. Et quod ait in prin. *si debitore, &c.* id est accipiendum, vt loquuntur auctores nostri ἀναφορικῶς, quia nunc non est debitor, sed fuit: tota enim obligatio contra eum extincta est, id est, etiam naturalis. fideiussor accedere potest naturali obligationi, & constitutæ pecuniæ reus, & pignus vel hypotheca, sed vel naturalem obligationem præcedere necesse est, alioquin nulla est obligatio. Ita enim in *l si vnus 17. §. pact. de pact.* totam obligationem. id est, etiam naturalem, *l. si mulier, §. vlt. ad Vell.* Senatusconsulti beneficio liberari non tãtum mulierem, sed etiam fideiussorem mulieris: quod rationem habet perspicuam: si fideiussor erat habiturus regressum aduersus mulierem: sed quid si fideiussor non erat habiturus regressum, vt si fideiussit animo donandi in rem suam, si inuita muliere? iis casibus non poterit vti beneficio Senatusconsulti, quia Senatusconsultum totam obligationem improbauit, id est, etiam naturalem. Qui improbat naturalem, improbat & fideiussorem: quod non ita procederet in Senatusconsulto Maced. nam illud nõ improbat totam obligationem, id est, non tollit naturalem, sed ciuilem tantum, *l. quia naturalis, ad Maced.* Igitur Macedoniano liberatur filiusfamil. at pater fideiussor filiifamil. non liberatur, quibus casibus nõ est habiturus regressum aduersus filiumfamil. nam si habiturus est aduersus filiumfamil. & ipse fideiussor filiifamil. liberatur: qua de causa mihi valde placet, quod Accurs. hic notauit, tota, inquit, id est, omnes. Philosophi notant differentiam esse inter totum & omne: totum quantitatis nomen esse: omne numeri: vel totum in singulis agnosci, omne in multis. Nam non hoc vult Papinian. totam obligationem extinctam esse id est, nulla ex parte consistere, quod possit dici de obligatione ciuili tantum. Non hoc demonstrat Papinianus, in solidum, in integrum manere obligationem, sed cunctam obligationem esse extinctam, tam naturalem, quam ciuilem. Totam igitur, id est, omnem cuiuscunque generis sit: non totam, id est, integram quantitatem. Quod de vna tantum obligatione dici posset. Vnum est quod opponitur huic legi, *l. vlt. de duob. reis.* Triplex est capitis deminutio, maxima, media, minima. Minima non liberat naturali obligatione, *l. 2. § hi qui, de cap. min.* & emancipatio & arrogatio est minima capitis deminutio, an liberat causis siue obligationibus præcedentibus? minime, quia naturaliter obligati permanent, non ciuiliter. Nam & minima perimit ciuilem obligationem, sed restituit in integrum ex edicto de capite minutis: maxima autem vel media capitis deminutio perimit ciuilem, & naturalem obligationem, ita vt nec possit restitui beneficio prætoris. Qua de causa post deportationem inutiliter fideiussor datur ex causa, quæ præcessit deportationem, quia nulla superest obligatio: nulla quoque est spes restituendæ obligationis, quæ si esset, recte adhiberetur fideiussor quasi futuræ obligationi, *l. 6. §. vlt. de fideiussor.* sed deportatio omnem obligationem perimit, & spem restituendæ eius. In aliis locis magis proprie loquuntur auctores, dum inquiunt: *Omni obligationi fideiussorem accedere posse*, & alio loco: *solutione eius quod debetur tollitur omnis obligatio*, id est, *etiam naturalis.* Verum vt cœpi dicere videtur huic definitioni propositæ obstare *d. l. vlt.* Finge. Duo sunt rei debendi: singuli igitur tenentur,

& in solidum conueniri possunt. vnus deportatus est, an nihilominus alter obligatus manet? Plerumque vno ex reis liberato, liberatur alter, vt si acceptolatum sit vni ex reis, vnius acceptilatio liberat alterum: si electus sit vnus ex reis lite cum eo contestata, liberatur alter, an etiam per deportationem vno ex reis liberato, liberabitur alter? minime, quia est diuersa conditio: Duo sunt genera liberationum, Quædam liberant personam tantum, quo genere fit, vt persona liberetur, & maneat obligatio. sic sane liberatur persona, manente obligatio. e. Et hoc fit deportatione vel publicatione, quæ cōtingit cap. deminutione. Aliud est genus liberationum, quo res dissoluitur, id est obligatio. Alias ergo persona soluitur, alias res siue obligatio, veluti acceptilatione, litis contestatione, nouatione. Quoties autem res soluitur, & personæ omnes soluuntur, siue principaliter, siue alieno nomine se obligauerint. Quoties autem persona tantum eximitur, liberatio tantum personæ proderit, non cæteris personis, quæ accesserunt obligationi. Ideoque deportato reo principali, nec liberatur fideiussor, nec constitutæ pecuniæ reus, nec pignus, nec correus, siue consors obligationis eiusdem, quia deportatio est liberatio, quæ personam soluit, non rem. Et ita recte ait *d. l. vlt. de duobus reis*, persona liberatur manente obligatione, id est, in vniuersum manente obligatione, præterquam in vna persona. Cum igitur persona liberatur, alter, qui fuerat obligatus, manet obligatus: & ideo si deportatus sit vnus ex correis, fideiussor postea datus ab eo tenetur. Quod si ita legamus, pugnabit omnino cum sententia Papiniani. sed animaduertendum est, Florentiæ esse scriptum, *Et ideo si alicuius fideiussor*, id est, alterius, vt supra dixit, *alter erat obligatus*, ita nunc ait, *alterius fideiussor tenetur*: vel legendum, *alius*: vnde sic statuamus. Deportati fideiussor postea datus tenetur, correi illius fideiussor postea datus tenetur, quia correus non fuit liberatus deportatione correi: deportatio correi non liberat eum, quia non rem, sed personam deportatam liberat. Diximus hactenus satis de quæstione priori legis nostræ: dicendum nunc nobis est de posteriori. Ea est de fideiussore adhibito futuræ obligationi, quem filiusfamil. accipit: si post emancipetur filius, & post emancipationem filij ea obligatio nasci incipiat, vtri teneatur, patri an filio? fideiussor potest antecedere obligationem, id est, adhiberi potest futuræ obligationi, *l. eo temp. 50. de pecul. l. 9. §. vlt. hoc tit. l. non quemadm. 35. de iud.* Pono filiusfamil. crediturus ex suo peculio, fideiussorem accepit in futurum de pecunia, quæ postea in obligationem veniret, & accepit his verbis; *Quantam pecuniam credidero Titio tua fide esse iubes? fideiubeo*: deinde emancipatus Titio credidit cum nondum ei esset ademptum peculium. plerumque patres emancipatis filiis non adimunt peculium: imo si non sint peculiati filiifamil. solent eis aliquid donare. filium ergo pater emancipauit, nec ei ademit peculium: ergo tacite videtur ei concessisse, vel donasse: nam hoc generale est, peculium, quod non adimitur specialiter emancipato,, vel manumisso inter viuos, tacite concessum videri, *l. donationis 39. §. pater de donat. l. vn. C. de pecul. eius qui libert.* Hinc quæritur, fideiussor acceptus à filiofamil. quum erat in potestate patris, futuræ obligationis nomine, si ea obligatio nascatur, post emancipationem filij, vtri obligetur, patri an filio? Et certi iuris est, fideiussorem non posse obligari patri, quamuis acceptus, sit filio existente in familia patris. Cur vero non potest? quia reus principalis non est ei obligatus, quum principalis obligatio contracta fuit post emancipationem, & fideiussor non obligatur, nisi iis, quibus rei principales obligati sunt: sunt enim accessiones. Et hoc significat Papinianus, dum ait, *Patri quidem si non est reus obligatus.* vbi existimandum est omnino, *si* esse affirmantis, non dubitantis, id est, siquidem, vt in *l. penult. vt legat. nomine cau. si solidum ad se pertinere*, id est, siquidem? *patri* ergo, inquit, *si reus non est obligatus*,

A id est, quia non est obligatus, cum quo contraxit filius, *post emancipationem fideiussor non tenebitur.* Et hoc accipiendum est, vt nullo modo nec ciuiliter, nec naturaliter teneatur. Et consequenter, patri nec directa, nec vtilis competit actio in fideiussorem. qui nullo iure reum obligatum habet, pro eo fideiussorem accipit inutiliter. At videtur etiam eum fideiussorem non obligari filio, propterea quod filius eum fideiussorem accepit, quum erat in potestate patris, atque adeo ne momento quidem videtur stipulatio constitisse in persona filij: contraxit in persona patris cum fideiussore; ergo ex illo nancisci actionem non potest. Quæcunque contrahit filius in familia patris, aut cedunt patri, aut neutri. Et hac ratione verum est, filio, qui fideiussorem in futurum accepit, non dari actionem directam, vulgarem, ciuilem. Dabitur tamen vtilis, non dabitur directa actio, sed obliqua,
B vt Theoph. actiones vocat πλαγιαστικάς, id est obliquas siue inflexas. Et hoc demonstrat Papinianus his verbis, quæ sequuntur: *filio vero obnoxius esse debet*, id est, filio dabitur actio vtilis ex humanitate quadam, & beneuolentia, non iure ipso, quæ humana quadam ratione & ex æquo & bono datur, non iure ipso, sed *humanitatis intuitu.* His verbis significatur vtilis ex stipulatu actio in fideiussorem. Ratio autem humanitatis hæc est, quod sit æquum, eam fideiussionem non accipere vires ex præsenti tempore, id est, ex die interpositæ stipulationis, sed nata demum & constituta principali obligatione: & quod filiofamil. reus principalis sit obligatus. facile obligatur fideiussor ei cui reus principalis obligatus est, etiamsi qua obstet iuris regula. Nam sicut fideiussor patri non obligatur, quia reus non est obligatus, æquum
C etiam est contra fideiussorem filio obligari, cui reus principalis est obligatus perinde ac si intercessisset fideiussor post emancipationem, *l. quidam 132. §. vlt. de verb. oblig.* fideiussoris obligatio trahetur retrorsum. Pleraque in iure nostro trahūtur retrorsum, vt videatur fideiussisse, quo tempore numerata pecunia est. Hęc est definitio Papiniani, cui duo obiiciunur: primum *lex si filiusfam. 78. de verb. oblig.* Finge, filiusfamil. stipulatus sub conditione, & post emancipationem extitit conditio: quæritur vtrum adquiratur obligatio ex stipulatu patri, an filio? Si inspicias tempus contractus, adquiritur patri, quia eo tempore fuit in potestate patris: si inspicias tempus conditionis, adquiritur filio, quia eo tempore eman-
D cipatus fuit. Et certissimum est patri adquiri obligationem inspecto tempore stipulationis, non filio: Inspecto tempore emancipationis vel conditionis, filio. Cur ergo non etiam in specie proposita spectamus tempus stipulationis? cur hoc intuitu non damus patri actionem in fideiussorem, qui intercessit eo tempore, quo filius fuit in potestate? Respondeo, separandam esse obligationem principalem ab accessoria. *lex si filiusfamil.* loquitur de principali: nos tractamus de accessoria. Principalis stipulatio facta sub conditione statim ex præsenti tempore vires accipit, nec videtur esse in suspenso, quamuis ex ea petitio suspensa sit, quæ sunt verba legis *vsusfruct. 16. de stipulat. seru.* dies igitur quodammodo cedit statim: quod tamen non dico absolute. Nam facta sti-
E pulatione sub conditione neque cessit, neque venit dies, id est, conditio suspendit non tantum petitionem, sed etiam obligationem, & rem ipsam, *l. cedere diem 213. de verbor. signific.* sed quodammodo cedit dies statim, quandoquidem si stipulator moriatur antequam existat conditio, stipulationem transmittit in heredem suum, quam non transmitteret, si ante conditionem nullarum esset virium, §. *ex conditionali, de verbor. obligat. Instit.* Similiter si ab initio fuerit vtilis stipulatio conditionalis ex causa quadam legitima, erit etiam inutilis tempore, si postea extet conditio, *d. l. vsusfruct.* Inspicitur ergo tempus contractus, non conditionis. Finge, conditionis tempore in ea causa esse omnia, vt si tum interponeretur stipulatio inutilis futura sit, an erit vtilis? Minime: quia

defecit ab initio. quod quidem nos ſpectamus. Initium ſtipulationis ſpectamus, non euentum conditionis. Et ſecundum hæc, qui ſtipulatur ſub conditione, eſt creditor, quanquam legatarius conditionalis non ſit creditor, quia ex præſenti vires accepit ſtipulatio, non tamen ſimpliciter eſt creditor, ſed creditor conditionalis, neque enim ita recte argumentor. Titius eſt creditor conditionalis: Ergo eſt creditor. Nam in adiuncto eſt repugnantia. Titius eſt homo mortuus, ergo eſt homo. non ſemper valet argumentum à coniunctis ad diuiſa. Et hæc de ſtipulatione principali. Stipulatio acceſſoria collata in futurum vel facta ſub conditione, vires non ſtatim accipit ex præſenti tempore, ſed omnino eſt in ſuſpenſo, quoad exiſtat aliqua principalis obligatio. Acceſſoria pendet ex principali: principalis ſubſiſtit per ſe nec pendet ex alio: alioqui non eſſet principalis. Acceſſoria expectat principalem antequã dicatur vires habere aliquas: ideoque in ſtipulationibus acceſſoriis collatis in futurũ, non tempus ſtipulationis ſpectamus, ſed tempus natæ principalis obligationis. Loquimur de fideiuſſore, qui anteceſſit obligationem, quæ defecit. quo tempore nulla exiſtebat principalis obligatio, neque pura, neque conditionalis: nam ſi fideiuſſor acceſſerit obligationi conditionali, & poſt emancipationem filij extiterit conditio, patri adquiritur obligatio in fideiuſſorem, quia principalis obligatio ex præſenti tempore vires accipit, licet fuerit conditionalis. Reus principalis eſt obligatus patri, ergo & fideiuſſor. Et ponendum eſt, fideiuſſorem interceſſiſſe ſub eadem conditione: nam ſi pure interceſſerit fideiuſſor; non tenetur, *l. 8. §. item ſi acc. hoc tit.* Sed ſi pro reo principali obligato ſub conditione interuenerit ſub eadem conditione, vtraque obligatio ex eo tempore vires accipit & acquiritur patri poſt emancipationem filij. Secundo obiicitur *lex vlt. de ſtipulat. ſeru.* Seruus meus ſtipulatus eſt, & ſtipulationem contulit in alienationis vel manumiſſionis tempus. ſi alienetur vel manumittatur, an adquiritur ex ea ſtipulatione actio domino priſtino? ſic ſane: quia ſeruus eius in poteſtate fuit eo tempore quo contraxit. Inſpicimus tempus contractus. Ergo ex eo adquiritur domino actio. nec mutat hoc ſtipulatio collata in manumiſſionem, quo genere ſemper fraus fieret domino, ſi adquiſitiones ſeruorum differrentur obligationibus collatis in tempus manumiſsionis. Idem eſſe aio in filiofam. nam ſi filiusfam. ſtipulationem contulerit in tempus emancipationis, nihilominus patri competit actio poſt emancipationem. quod vtroque caſu verum eſt, ſi dolo id fecerit: nam poſſet conferre ſine dolo malo in illud tempus. coercetur tantum dolus malus. Reſpondeo in ea ſpecie, quam tractat Papinian. filium dolo non contuliſſe in tempus emancipationis: filium nihil dolo malo feciſſe, ſed ſtipulatur tantum hoc modo: *Quantam pecu. &c. d. l. vlt.* nihil pertinet ad ſpeciem propoſitam. non coercet dolum malum: in hac ſpecie nullum eſt argumentum doli mali, & placet valde, quod dicitur in *d. l. vlt. ſi dolo malo*: nam ſi bona fide, dabitur filiofamil. actio vtilis ex contractu habito in familia patris, *l. quidam 46. de hered. inſtit.* Ego te filium volebam inſtituere ſub conditione emancipationis, quoniam nolebam mea bona peruenire ad patrem tuum. tu timens ne ea re offenderetur pater, cognita deſtinatione mea rogaſti, ne te ſcriberem ſub iſta conditione, & adieciſti, vt inſtituerem potius Titium, quem ſuppoſuiſti, & cui mandaſti, vt poſt emancipationem tibi eam reſtitueret hereditatem. Quæritur, an poſt emancipationem tibi competat aduerſus Titium actio mandati? Reſpond. non quidem vulgaris, id eſt, directa, ſed vtilis dabitur. Atqui mandatum contuliſti in tempus emancipationis, ſed ſine dolo malo ex voluntate defuncti, qui voluit ſua bona peruenire, non ad patrem, vel ad Titium, ſed ad te, ex bona fide fit, quod fit volũtate teſtatoris. Et ita etiam alio caſu poſt emancipationem filio datur actio vtilis ex contractu habito ante emancipationem, *l. ſi vero non remunerandi 12. §. filiofam. mand.* mandaui filiofamil. vt pro me fideiuberet, fideiuſsit, & poſt emancipationem ſoluit, an ei dabitur actio mandati, vt recipiat quod ſoluit? Dabitur ei vtilis: ex mandato igitur contracto ante emancipationem. Quidni, cum ſoluerit poſt emancipationem? Et ſic habemus tres caſus, quibus ex contractu ante emancipationem habito, poſt emancipationem filiofam. dantur actiones vtiles.

Ad l. ſi debitor 79. de furtis.

Si debitor pignus ſubripuit, quod actione furti ſoluit, nullo modo recipit.

SVpereſt ex lib. 9. Papin. *l. 79. de furt. & l. ſi pignore §. & quidem, D. de pign. act. & l. 81. de furt.* Breuis eſt, ſed qua de re eod. libro Papin. copioſius ſcripſit, vt Vlp. refert in *l. ſi pignore 22. de pign. act.* quæcunque ibi referuntur ex Papin. ſunt aptanda huic legi, & plenius ibi ſcripta inueniuntur. Sciendum eſt autem, creditori, cui ſubripitur pignus, dari actionem furti, non tantum aduerſus extraneum, ſed & aduerſus debitorem dominum rei furtiuæ: neque enim rei alienæ furtum fit tantum, ſed etiam rei ſuæ: rei, inquam, ſuæ, ſed poſſeſsionis alienæ, furtum facio rei meæ, cum tamen poſſeſsio non fuit mea, ſed aliena, vel cuius vſus aut fructus fuit alterius, *l. 20. §. vlt. hoc tit.* Fit etiam furtum rei ſuæ, ſed hypothecæ alienæ, quamuis hypothecarius non poſsideat hypothecam, *l. in actione 19. §. vlt. hoc tit.* Furtum enim eſt interuerſio rei, hoc eſt, proprietatis alienæ, vel poſſeſsionis, vel vſus, vel vſusfructus, vel hypothecæ alienæ. Verum eſt igitur ſubrepto pignore, creditori dari actionem furti & aduerſus dominum rei, ſi eam ſurripuerit, *l. itaque 12. §. vlt. hoc tit.* Et addendum, dari etiam creditori pignore ſubrepto condictionem furtiuam aduerſus debitorem, qui ſubripuit. Credo vos ſcire, ei cui furtum factum eſt, dari condictionem furtiuam, atque etiam actionem furti, & condictione furtiua eum perſequi rem vel poſſeſsionem, vel commodum aliud, quod ei abeſt, vel æſtimationem eius, aut id quod intereſt circa eam rem. actione autem furti extra rem, cum pœnam perſequi dupli, ſi ſit nec manifeſtum: quadrupli, ſi ſit manifeſtum. vtramque autem actionem dari creditori aduerſus debitorem ſubrepto pignore. Dices, condictionem furtiuam dari ſoli domino, *l. 1. de cond. furt.* creditorem non eſſe dominum pignoris, ergo creditori non datur condict. furtiua. Duplex eſt condictio furtiua, certi & incerti. condictio certi, id eſt, condictio rei datur ſoli domino: actio furti pœnalis datur etiam non domino, cuiusmodo iuſta cauſa interſit rem non ſubripi: condictio quoque incerti datur non domino, veluti condictio poſſeſsionis. poſſeſsio fuit creditoris, hæc interuertitur furto. Creditor recte condicit poſſeſsionem interuerſam, ſed hæc non erit condictio certi, ſed incerti: poſſeſsio enim eſt res incerta, quia nec cerni, nec tãgi poteſt, & numeratur inter incorporalia. eſt ἀναφὴς, ἀσώματος ἐν νοήσει μόνῃ ληπτή. Hanc ergo rem poteſt condicere: neq; enim poſſeſſio eſt ex iis reb. quæ tangi poſſunt, neque qui dicit ſe poſsidere, is hanc rem condicere poteſt. Et reſpicit ad formulam vindicationis, quæ eſt huiuſmodi: *hanc ego rem meam eſſe aio.* Poſſeſsionis nomen non eſt vindicatio, ſed itur ad interdictum vti poſsidetis: ergo creditori etiam aduerſus debitorem datur condictio furtiua incerti, non certi. & in ſumma non tantum actio furti, ſed etiam condictio furtiua datur creditori pignore ſubrepto tam aduerſus debitorem, qui id ſubripuit, quam aduerſus quemlibet extraneum. Sed obſeruandum eſt, quibuſdam in reb. multum intereſſe, vtrum agat creditor furti, vel condictione furtiua incerti cum extraneo vel debitore: nam cum egerit cum extraneo hac vel illa actione, id quod hac actione percepit, vel imputat debito (*il ſe paye par ce moyen*) & id quod debitum excedit, debitori reſtituit, vel nihil imputat debito, & totum quod percipit, reſtituit debitori. Duplex eſt via, quæ eodem ſpectat. duplex modus quidem efficit, vt quod con-

sequitur creditor ab extraneo condictione furtiua vel actione furti, id vel imputet debito, vel restituat debitori, vt exigat debitum. Et hoc ita refert Vlp. ex Pap. in *d.l. si pign.* quæ est veluti commentarius h.l. & confirmat *l. creditor, h.t.* & adiicit Vlp. hoc verum esse, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit, quod indiget explicatione. Finge: furtum factum est culpa creditoris, quod fit plerunque. furtum culpæ adscribitur, non vi maiori, aut casui fortuito, sicut ruinæ, latrocinio, &c. cæterum, etiamsi culpa furtum factum sit, creditor quod actione vel condictione furtiua percepit, id debito imputabit, vel restituet debitori. Quib. verbis satis demonstratur, posse furtum fieri sine culpa eius, cui fit. Sunt furta quædam, quæ nulla diligentia vitari possunt, vt quę admittunt saccularij, qui præstigiis quibusdam & arte ineuitabili sinu pecunias nobis eripiunt. horũ furtum adscribam non culpæ, sed casui: quod etiam oculatissimo & prudentissimo contingit. Sed tractemus primo de furto, quod creditori fecit extraneus culpa sua: si furtum creditori factum sit culpa sua ab extraneo, eo nomine tenetur debitori, quod creditor non tãtum dolum, sed etiam culpam præstare debet, *l. eum, qui* 14. §. *idem scribit*, *h. t.* ex hac igitur causa quod furto obuiam non ierit, non euitauerit, creditor tenetur actione pigneratitia. Ergo ęquum videtur, vt suum faciat, quod consequitur actione furti, hoc est, condictione furtiua, quia & hæc dicitur actio furti, vel actione furti pœnali: vt quemadmodum damnum sentit, pignoratitia actione, lucrum etiam sentiat, & sibi habeat. Verum non ideo habebit ius retinendi vel faciendi lucri eius, quod percepit, nisi in causa crediti id retinere velit. Imo sicut furtum ei imputatur, quod non fuerit satis diligens in seruando pignore: id etiam ei imputari debet, quod ex causa furti consequitur: atq; ita fit, vt creditum perdat, qui perdit pignus culpa sua. Quid vero si furtum pignoris factum sit sine creditoris culpa? Eo casu non tenetur pignoratitia, quia non præstat casum fortuitum, & omne periculum. Et non dubitatur hoc casu, quin quod percepit debeat imputare debito, vel restituere debitori, nõ sibi habere vel lucrum facere. Verum videamus cum percipiat creditor à fure extraneo per actionem furti pœnalem duplum aut quadruplũ, an duplum veri pretij pignoris percipiet, an vero summę solius debitæ? Est etiam in hac quæstione vtendum eadem distinctione. aut furtũ culpa creditoris factũ est, aut non: & posteriori casu percipit duplum summæ debitæ. non duplum pignoris, quia non pluris interest, cum non teneatur debitori pigneratitia. Et summam pignoris vocat *l. cred.* 89. *h. tit.* (*la valeur du gage*) *ἀξία*, dignitas, quantitas. Quia ergo pignore subrepto cum vacet culpa, non tenetur pignoratitia actione, non consequitur ab extraneo actione furti duplum aut quadruplum summæ pignoris, sed tantum summæ debitę quia credito tenus tãtum eius interest. Et ideo, quod maxime notandum, quodq; prætermittitur à multis propter difficultatem rei, si plus valeat pignus, quam sit in debito, creditor quidem agit actione furti tãtum in summam debiti, & duplum vel quadruplum summæ: in residuum debitor aget in furẽ actione furti, *l. inter* 47. §. *hac actio, h. t.* atque ita fur tam creditori, quam debitori tenebitur actione furtiua, & non vni eorum, sed ambobus, & conficiet duplũ aut quadruplum pretij pignoris. Priore autẽ casu, si cum creditoris culpa furtum factum est, creditor agit in summam pignoris, quia & ipse in eam summam culpæ nomine tenetur debitori, *l. credit.* 15. *h. tit.* & debitor hoc casu non aget furti, sed recipiet à creditore, quodcunque percepit à fure extraneo, & hoc de fure extraneo. Quid dicendum, si debitor pignus subripuerit, & creditor cum eo egerit actione furti, vel cõdictione furtiua, an imputat debito, quod ea actione percepit? Minime: atque ita apparet, multum interesse, an cum debitore, an cum extraneo agatur. Nam quum agit cum debitore, id quod percepit, retinet, non reddit debitori, pœnam furti lucri facit si agat actione furtĩ, alioquin esset inanis actio

A pœnalis. æstimationem quoque litis suam facit, si egerit cum debitore condictione furtiua. Et quamuis hęc actio non sit pœnalis, tamen instituta est odio furum contra constitutiones legum, quæ volunt, ne quis rem suam condicat. Qua de causa etsi hæc actio non sit proprie ex maleficio, tamen est ex quasi maleficio, §. *si itaque, Inst. de act. l. si mulier* §. *hac actio, rerum amot.* Et vt breue faciam, condictioni furti inest vindicta quædam (quod summe notandum) qua de causa creditor non tantum lucrifaciet pœnam dupli aut quadrupli, sed etiam rem, quam amisit, feret, & supererit ei petitio creditæ pecuniæ, vt recte Azo existimat: atque ita bis eandem rem videtur persequi. Consequitur rem, nam hæc actio rem persequitur, non pœnam. Item consequitur rem actione creditæ pecuniæ. Et hoc est quod ait *lex id quod* 74. *de solut.* B id quod exegit à debitore creditor pœnæ nomine, debere lucro creditoris cedere, non debere imputari debito, nec debere restitui debitori, qui ea pœna functus est: quis hoc audiuit, vt mihi ex post facto restituatur pœna qua semel functus sum iure meritóque? Et subiecerat Papin. vt constat ex *d. l. si pign.* idem esse, si cum debitore creditor egerit quod metus causa, id est, in quadruplum, quod ei debitor pignus extorserit: nam quod hac actione consequutus fuit, id etiam creditor lucro suo computabit, non debito imputabit. Et recte mihi videtur Accursius adiũgere ad hanc regulam *l. pœna. de cõd, ind. pœna depẽsa semel repeti non solent.* recte, quia nec vere indebitæ depẽsæ sunt nec redeunt ad causam indebiti, postea soluente eo, qui pœnam subiit: & ita Græci cum hoc loco proposuissent C sentẽtiam h.l. ποινὴ γὰρ καταβληθεῖσα, οὐκ ἀναλαμβάνεται. Pœna depensa non repetitur: quod accidit non tantum hoc casu, sed etiam aliis plerisque, vt qui incidit in pœnã pecuniariam legis *Iuliæ de ambitu*, & relegatus vel deportatus, si restituatur in integrum, non recipiet pœnã semel depensam, etsi videatur redire ad indebiti causam, vt si restituatur in pristinum statum, qui pœnam intulit, *l. 1. ad l. Iul. de amb.* & ita in hac *l.* 3. §. *condem. de tab. exhib.* Erat quidam legatarius cõditionalis, qui desiderabat sibi tabulas exhiberi. noluit exhibere eas, qui in potestate eas habebat, & pœnam contumaciæ dependet ex edicto de tabulis exhibendis. Post deficit cõditio legati, an legatarius, cuius legatum interiit, cogitur restituere pœnam ei, qui pœna semel functus est? Minime. Hic erit finis, si admoneamus hoc tantum, creditorem agere cum extraneo D in summam crediti, si sine culpa eius furtum factum sit, vel in summam pignoris, si culpa sua furtum factum sit: cum debitore autem creditorem agere indistincte, siue culpa eius furtum factum sit, siue culpa absit, in summam debiti vniuersi, hoc est, pecuniæ creditæ & vsurarum, quia tanti eius interest. ea summa actione furti duplatur vel quadruplatur, non summa pignoris, siue minor, siue maior fuerit, *l. creditori* 87. *h. tit.*

Ad l. 4. §. soli, quod cum eo, qui in alien. &c.

Soli autem filio succurritur, non etiam heredi eius. Nam & Papinianus libro 9. Quæstionum scribit, in heredem filij in solidum dandam actionem.

E VLpian. Papiniani studiosissimus ex hoc lib. 9. duobus locis vsus est auctoritate Papiniani in *l. 6. ad Vell.* & in *l. si pign. de pign. act.* qui à nobis satis explicati sunt. Sed sunt adhuc quatuor loci, in quibus idem Vlpianus ex eodem libro Papin. vtitur eius auctoritate. In *l. 4.* §. *soli, ff. quod cum eo, &c.* Filiusfamilias quando est in familia patris, ex suis contractibus conuenitur, & condemnatur in solidum, vel si non soluat ex peculio castrẽsi vel quasi, aut per patrem (quanquam pater non possit cogi soluere solidum.) si, *inquam*, non agatur cum patre, vt pro se soluat solidum, in carcerẽ mittitur, *l. 1. C. de cess. bon.* Qua de causa fit, vt nõ solum patresf. sed & filiif. cedant bonis vitandi carceris causa. Cessio bonorum erat beneficium

beneficium legis Iuliæ, quod debitores liberat molestia carceris, & hoc beneficio etiam vtitur filiusfam. cum vrgetur ad solutionem solidi, cedendo scilicet omnibus, quæ habet, quantulacumque sint. Illud ergo exploratissimum est, filiumfam. dum est in potestate patris, ex suis contractibus teneri in solidum. Sed & si fiat sui iuris emancipatione, vel morte patris, Iudex tamen non temere condemnabit eum in solidum, sed æstimabit prius causa cognita, & re omni bene perpensa, an damnari debeat in id tantum, quod facere potest: atque ita fit, vt qui in familia patris condemnatur in solidum ex suo contractu, extra familiam patris, si fit sui iuris effectus, non in solidum condemnetur, sed in id, quod facere potest, hoc est, quatenus facultates pati possunt. Nam facultas & facere, sunt eiusdem generis, & recte ita argumentamur, facultatem non habet, ergo facere non potest. Ex causa igitur, qui factus est sui iuris, eius rei nomine, quam contraxit in familia patris, condemnatur tantum in id, quod facere potest. Nam si sit exheredatus à patre, vel si abstinuerit se ab hereditate paterna, vel etiamsi institutus fuit à patre, & rogatus restituere hereditatem alteri, & cum vellet se abstinere à fideicommissario coactus se immiscuerit; hoc casu, quia coactus immiscuit se, perdit Falcidiam, *l. quia poterat, ad Treb.* Et ita nihil consequitur ex bonis patris. qui coactus immiscet se, similis est abstinenti, quia non detrahit Falcidiam. His vero casibus æquum est, non vrgeri ad solutionem integram debiti nouum patremfam. ad quem nihil peruenit ex bonis paternis, *ἵνα μὴ πένης τις νεωστὶ γενόμενος, καὶ μὴ δυνάμενος κτήσασθαι ἱκανὴν περιουσίαν, vt non redigatur ad inopiam, qui nuper factus est nouus paterfamil quique non idoneas facultates sibi acquisiuit.* Idemque erit, si filiusfamil. institutus sit à patre ex modica, id est, ex debito bonorum subsidio, ex legitima portione, quæ minuscula erat: & sic semper modica portio accipitur pro legitima, quia minus relinqui non potest. Filio igitur morte patris sui iuris effecto, quod minusculam portionem tulit ex bonis patris succurritur, ne damnetur ex negotio gesto in familia vltra quam facere potest. Imo interdum succurritur instituto, non ex modica parte, sed etiam ampliore, vt ostenditur in *h. l. 4. in pr.* Res tota ex æstimatione iudicis dependet; cui cum æquum videtur, qui nuper factus est paterf. non damnabitur in solidum, sed pro modo facultatum. Dices: filiusfam. nihil proprium habet extra causam castrensem aut quasi castrensem, quæ non semper suppetit. Cum filiusf. nihil proprium habet, cur ei non parcimus? cur damnatur in solidum? Dicam, non parcimus inopiæ debitorum: hoc nunquam auditum est, vt propter inopiam condemnemus debitorem in id, quod facere potest. Nam eius ratione, quod non facere potest, coërcemus illum carcere quoad soluat aut satisfaciat: sed parcimus nouo patrif. vt nouo nupto interdum, quandoque oneribus ciuilibus parcimus: hoc beneficium datur iis, qui nuper de patria potestate exierunt, & nouam familiam instituerunt familiæ sustentandæ causa, non solius inopiæ causa, alioqui subueniendum etiam esset filio manenti in potestate, à quo tamen solidum semper stricte exigitur. Sed obseruandum semper, nouum patremf. hoc beneficio vti causa cognita, & examinata à iudice: quod exemplis planum facio. Causæ cognitio in eo vertitur, vt si statim atque exiit potestate, conueniatur, si statim præcipitatur ad solutionem solidæ pecuniæ, vt condemnetur in id, quod facere potest: si post multos annos conueniatur, damnatur in solidum: neque enim in perpetuum ei parcimus, sed ad modicum tempus in initiis nouæ familiæ: quod ostenditur in *h. l. 4. §. pen.* Item si filius exheredatus sit, & neque directo, neque per fideicommissum, hereditas ei relicta sit, in id duntaxat, quod facere potest, damnatur. Sed si exheredato per fideicommissum hereditas relicta sit, & restituta per S.C. Treb. in solidum con-

A demnatur, quia ad eum res paterna peruenit, nec locupleti hoc beneficium datur, sed mediocri, aut tenui tantum, & nouo, non etiam veteri patrif. nam effectu quodammodo heres est is, cui restituta est hereditas ex S.C. Treb. *l. 5. §. pen. h. t. l. si necem §. vlt. de bon. libert. l. filiusf. in fi. ad l. Falc.* Hic igitur exheres est iure, heres est effectu, quod notandum: nam ita fit, vt exheredatus loco sit heredis. fideicommissarius Treb. est quodammodo heres: fideicommiss. Pegasian. non fit heredis loco. Nam in eum non transibant actiones hereditariæ, quæ dantur hodie in fideicommissarium Treb. Sic igitur fit, vt exheres, fit quasi heres: exheres directo, heres, per fideic. exheres iudicio defuncti, heres beneficio S. C. Treb. Item si filiusf. in contrahendo finxerit, se esse patremf. non habet hoc beneficium, ne condemnetur vltra quam
B facere possit. Imo propter dolum, mendacium, & fictionem debet damnari in solidum, *l. 10. de re iud. h. l. 4. § 1. & l. 6.* quæ eleganter ait, eum, qui patremfam. mentitus est cum contrahebat, ex eo contractu teneri in solidum etiam post emancipationem, vel mortem patris, quamuis rem præstare non possit, id est, quamuis non sit soluendo. Notanda hæc verba, *quamuis rem præstare non possit*: nam Plautus ait modo *resoluere*, modo *rem soluere*: sic nostri eodem sensu dicunt rem præstare. & repræstare, id est, soluere, *l. Lucius, de act. emt. l. mulier §. 1. ad Treb.* nec quicquam mutandum censeo. Nam repræstare, est rem præstare, vt resoluere est rem soluere. Hoc igitur beneficium mentientibus se esse patresfam. filiisfam. non datur: & ita beneficium Senatus-Cons. Maced. non datur iis, qui se esse patresfam. finxerunt.
C Sic Velleianum non datur his, qui se mares finxerunt. Beneficia iuris non impertiuntur mentientibus, sed iis tantum, qui in contractibus bona fide versantur. cæteri indigni sunt, qui alios decipere conati sunt. In causæ igitur cognitione hæc omnia animaduertet iudex, & secundum hęc, eum qui nuper factus est paterfamil. damnabit in solidum, vel in id tantum, quod facere potest. Ad hæc sciendum, hoc esse personale beneficium: hoc est, concedi filiofam. suis iuris effecto. ergo non heredi eius, extinguitur cum persona, nec in heredem transit. Et ita vt refert Vlp. hic Papin. dixisse, heredem filij damnari in solidum: quod generaliter procedit in iis omnibus, quibus idem beneficium competit, ne damnentur in solidum, vt in marito, cum quo vxor agit, in fratre, in pa-
D tre, in patrono, in socio: hæ personæ vtuntur hoc beneficio, non heredes eorum, quia personale beneficium est, *l. verum 63. §. patri, pro soc.*

Ad l. 3. §. vlt. de peculio.

Si filiusfamilias duumuir pupillo rem saluam fore caueri non curauit, Papinian. lib. 9. Quæst. de peculio actionem competere ait. nec quicquam mutare arbitror, an voluntate patris decurio factus sit: quoniam rempublicam saluam fore pater obstrictus est.

DVumuiri sũt magistratus municipales creati ex ordine decurionum: nec enim ex plebe creabãtur, sed
E ex Curia. Vnumquodque municipium olim fere habuit curiam, siue ordinem decurionum, quam vocabant senatum minorẽ, quoad Leo sustulit omnes curias in nouella quadam. Qua de causa omnes leges de decurionib. absunt à Basil. quia tempore Leonis nullæ erant curiæ, vnus tantum senatus, isq; Romæ. Creantur ergo duumuiri ex ordine decurionũ, ac duumuiri ius habent dandi tutores, *l. 3. de tut. & cur. dat.* Sed curare debẽt, vt tutor quẽ dant, satisdet rem pup. sal. fore, alioqui tenẽtur pupillo, si is suũ seruare non potest à tutore. Tenẽtur igitur subsidiaria actione, si tutor pupillo non possit indẽnitatem præstare, in factũ actione, quę nascitur ex quodam S C. vt ostenditur *in tit. de magist. conueniend.* id est, de duumuiris conue-

niendis subsidiaria actione, cum à tutore dato satisdari non curarunt, & ex aliis quibusdam causis. Nunc finge: filiusfam. cum esset factus decurio voluntate patris (hoc enim necessario ponendum, filiumfam. venisse in curiam voluntate patris, hoc est, non refragante patre: nam taciturnitas patris habetur pro voluntate) filius igitur famil. cum esset factus decurio voluntate patris, in duumuiratu tutorem dedit, nec curauit satisdari rem pupillo saluam fore, quæritur quatenus pater teneatur? Ipse quidem pupillo tenetur in solidum, pater de peculio tantũ, & ita definitur in *h.l.3.§.vlt.* Obiicitur statim, quod filius factus sit decurio volũtate patris, id est, quod taciturnitas patris obligat patrem omnibus oneribus pro filio, quæ sc. filio iniunguntur, & habetur pater vice fideiussoris pro filio: ergo tenetur in solidum, *l.2. ad municip.l.1.C.de decur l.1.C de filiisfam.& quemadm.pat. lib.* 10. Filius factus est decurio voluntate patris, ac B deinde idem creatus est duumuir: eius igitur rei nomine quam gessit in duumuiratu, pater tenetur in solidum, non de peculio tantum. Ita respondeamus: pater tenetur in solidum, non pupillo, cui filiusfam. dedit tutorem non exacta satisdatione, sed reip. tenetur in solidum, quia dum patitur filium fieri decurionem, videtur fide sua iubere, aut promittere rem reipublicæ saluam fore, non rem pupilli priuati hominis cuiusdam. voluntas patris, quæ patitur filium fieri decurionem obligat eum reip. si quid facto filij, dum male sibi iniuncto munere fungitur, reip. deperierit, quia videtur promisisse rempublicam saluam fore. Igitur pupillo tantum tenetur de peculio: reip. in solidum, si filius voluntate eius decurio factus sit, *d.l.2.§.vlt. ad municip.l.1.§. vlt.de magist. conuen.l.si filiusf.7. de adm.rer. ad ciuit. pert.* Et hoc est, C quod ait Vlpian. hoc loco ex Papin. *quoniam remp.saluam fore pater obstrictus est.* Huic tamen parti obiici solet *lex* 1.*C.quod cum eo.* si filiusfam. tutelam gesserit, vel curam, ait, patrem teneri de peculio, vel de in rem verso actione tutelæ, aut negotiorum gestorum. Et subiicit: sed si voluntate patris filius decurio factus sit, & tutor à magistratu datus, pater tenetur in solidum, quod filius eius voluntate decurio factus sit, quam voluntatem dixi patrem obstringere reip. non pupillo. Et sane secundum ea, quæ dixi, accipienda lex 1. vt pater teneatur curiæ vel reipubl. cuius periculo datus tutor est, non etiam pupillo.

Duos exposuimus locos, quibus Vlpianus vtitur Papiniano ex lib. 9. Quæstion. Locus secundus negotium facit nobis, cui obstat *lex* 1. *C. quod cum eo*, quem nondum mihi videor bene expediuisse: nã & de eo tractaui in extremo. Ex his locis, hoc est, ex *l.3.§.vlt. de pecul.l.2.§.pen. ad municip.l.1.§.vlt.de magist.conuen.* apertissime constat, etiamsi filiusfam. factus sit decurio voluntate patris, & post duumuir creatus tutorem dederit, illi, cui tutorem dedit, ex causa tutelæ patrem non teneri in solidum, sed de peculio, & de in rem verso. Huic definitioni, quod euidenter proponitur in trib. illis locis obiicitur *d. lex* 1. *C. quod cum eo*, cuius duæ sunt partes. In priori ponitur regula: patrem ob tutelã gestam à filiofam. teneri de peculio, & de in rem verso. In posteriori ponitur exceptio, nisi filiusfam. qui à magistratu tutor datus est, fuit creatus decurio voluntate patris: nam hoc casu pater tenetur in solidum: Tentabam, num dici posset, patrem teneri in solidum reip. non pupillo: sed hoc non possum euincere recte: quia necesse est, si hoc velis admittere, magistratum tutorem dedisse filiumfam. qui fuerat creatus vo untate patris decurio, & tutorem datum fuisse filiumfam. à magistratu municipali periculo curiæ, quoniam curia recepit in se periculum tutelę delatæ à duumuiro: alioquin curiæ non obligaretur, sed pupillo. Sed hoc casu quia obligatur pupillo filius, & pater curiæ in solidum, sed non etiam pupillo, hæ diuinationes, si fieri potest, semper vitandæ sunt. Et præterea animaduerto quæstionem *d.legis* 1. pertinere eo, quatenus pater pupillo

A teneatur, cuius tutelam filius gessit, & post regulam statuit, teneri de peculio, & de in rẽ verso, & per exceptionem filiif. patrem teneri, si filiusf. factus sit voluntate patris decurio, & tutor datus à duumuiris: denique ait lex, eum teneri in solidum. Res omnino ita se habet, quemadmodum sum dicturus, remq; omnem dilucide explicabo. Obseruandum, aliam esse speciem *l.* 1. *C. quod cum eo.* & aliam speciem *l.3.§.vlt.de pec.* & similium: Nam in specie legis 1. filiusf. factus est decurio voluntate patris: videtur etiam tutor datus volũtate patris, sicut si creetur curator Kalendario, si curator operum, si rei frumentariæ, vel si quod aliud opus ciuile iniungatur, videtur voluntate patris creatus, quia cõsentiendo decurionatui filij, videtur agnoscere omnia munera ciuilia, quæ postea iniungũtur filio. tutela est munus ciuile: qua de causa pupillo tenetur in solidum, quod agnouerit tutelã: vt fideiussor agnoscit omnia munera ciuilia, quęcumq; ei postea deferẽtur, vel tutelam, vel curam adolescentum, vel curationem aliquã publicam: & ex cõstitutionib. sufficit taciturnitas patris. pater qui tacet, nihilominus fideiussisse intelligitur. Sunt multæ tacitæ stipulationes. Longe aliter res procedit, si filius non sit decurio, vel si filius qui factus est decurio, contradicente patre palam, tutor datus sit: nam hoc casu taciturnitas patris non habetur pro consensu, id est, non videtur agnouisse periculum tutelæ si tacuerit, cum nec videatur consensisse, si monuerit filium, vt bene tutelam gereret. monitio hæc non habetur pro consensu, *l.si filiusf. de tut.l. Lucius, de adm.tut.* Et ideo si filius, qui tutor datus est, nõ sit decurio, vel si sit factus inuito patre decurio, pater pupillo, cuius tutelã filius gessit, non aliter tenetur, quam si specialiter tutelæ periculum in se receperit. In casu autem *l.3.§. vlt. de pec.* & similium, filius factus est decurio voluntate patris, & post duumuir creatus: in duumuiratu tutorem dedit, in illa filius tutor datus est: hoc igitur casu, si patris voluntate vel tacita filius factus sit decurio, videtur etiam duumuir creatus voluntate patris, sed non videtur etiam tutor iste, quem filius duumuir dedit, datus voluntate patris: & ideo pupillo, cui datus est tutor, pater non tenetur in solidum, sed de peculio tantum, & de in rem verso. Hoc casu non videtur cauisse pupillo de periculo, illo videtur.

Ad l. si pro patre §. 1. De in rem verso.

D NVnc exponamus alios duos locos. vnus est in *l. si pro patre §. cui simile, de in rem verso.* Pater eius rei nomine, quæ contracta est à filiofamil. non tantum tenetur de peculio, sed etiam quatenus in rem eius versum est, quo nomine est actio de in rem verso, quæ inest actioni de peculio: nam qui agit de in rem verso, agit de peculio. Sed qui de peculio, non contra de in rem verso. De in rem verso proponuntur in h. l. tria exempla. Primum est si filiusfamil. fideiussit pro patre & soluit. in rem patris videtur vertisse: imo in rem filij, quia se liberauit, sed & patrem liberauit, & principaliter animo gerendi negotij patris soluit vti fideiusserat: ideoque in rem versum videtur. Item si quasi defensor patris iudicium pro patre susceperit & soluerit, in rem patris versum videtur, quia & hoc genere patrem liberauit. Iudicio accepto quasi contrahitur, *l.3. de pec.* Ex hoc igitur E quasi contractu, hoc est, si filius pro patre iudicium susceperit & soluerit, pater tenetur de in rem verso, quia eum filius liberauit. Iudicatum, est species nouationis. si condemnetur defensor alterius, alter liberatur, & is, qui condẽnatus est, solus manet obligatus. Actio iudicati nouat priorem actionem. Et adiicit Vlp. idem esse, si filiusf. expromiserit pro patre nouatione facta, & soluerit. Expromittere in iure, est semper subire locũ rei principalis liberato reo, & totã obligationem in se trãsferre, vel substituere se loco rei. expromissio est vera nouatio Hoc igitur genere etiã liberat patrẽ, & omnino paria facit hęc tria, fideiubere, iudiciũ pro alio accipere, & expromitte-

re, quod est suscipere debitum alienum: & duo posteriores, qui iudicium suscipiunt pro alio, vel debitum, sunt similes primo, hoc est, fideiussori, *l. in person* 30. §. 1 *de pact.* Expromissor dicitur quasi fideiussor, & ita SC. Vell. fideiussionis verbo continetur etiam expromissio: quamquam proprie fideiussio accedat sine nouatione, expromissio cum nouatione, id est, cum liberatione rei principalis. & ita in *l. vlt. quod cum eo*, vbi scriptū est, *quasi fideiussionem esse videri cum pro alio soluerit debitum*. Sic vulgo legitur nullo alio addito ad eam clausulam. Flor. aliter, vbi additur, *non pro aliis suscipit debitum*, illo loco non est vtrumq; retinendum, quod extat Flor. nec quod retinet vulgus. ego probo posteriorem, sicut *d. l. in person.* quasi fideiussionem esse videri, cum pro aliis suscipit debitum. Et res ipsa hoc manifestissime docet. species est *d. l. vlt.* Quidam præposuit institorem non cuilibet rei, sed pecuniis dandis sub pignore: ille etiam expromisit pro emptore hordei apud venditorē: venditor agit actione institoria aduersus dominum. Dn̄s negat in eam rem se proposuisse institorem: nō præposui institorem, vt pro aliis expromitteret, ergo non teneor. Res disceptata est apud præfectum annonæ, & ille præfectus condemnauit dn̄m, hac ratione, quia apparebat eum seruum, non tantum mutuas pecunias dedisse, sed etiam alia pleraque gessisse, & horrea conduxisse, & multis soluisse, non perstitisse in institutione, sed omnia tractasse, quæ ad dominum pertinebant, vel quæ ad eum pertinere poterant. quasi igitur ex contractu institoris generaliter condemnauit dominum: dominus appellauit. Princeps in consilium Paulum adhibuit. Paulus dicebat, quasi fideiussionem esse videri, cum seruus pro aliis susceperit debitum: seruus autem fideiubens pro alio extra causam peculij, non obligatur naturaliter, cum soleat tantum obligari ex peculij causa: & consequenter nulla actione obligari dominum, nec de peculio, nec alia actione: si seruus non est obligatus, nec dominus. quia igitur hoc casu quasi fideiussit, non videtur dominus teneri: ac propterea adiiciebat Papinian. dominum non videri mandasse, vt seruus expromitteret: princeps tamen non est sequutus sententiam Pauli, *l. 20. de fideiussor. l. vlt. quod cum eo.* & conseruauit sententiam præfecti annonæ, magna ratione, quia videbatur ex his omnibus, quæ gesserat seruus, eum in omnibus præposuisse. Lex quidem præpositionis angustior fuit, sed post successu rerum videbatur in omnibus præposuisse. Et hoc igitur casu tenebitur ex omnib. causis institoria. Quod diximus, seruum qui fideiussit pro alio, extra rem peculiarem non obligari naturaliter, quamuis ex aliis negotiis soleat, & consequenter ex eius fideiussionis causa nullam actionem in dominum competere, id probat *lex 20. de fideiussor. & l. vlt. quod cum eo.* Idem procedere arbitratur, si seruus quasi fideiusserit extra causam peculiarem, id est, expromiserit. Hic casus est valde notandus, quo seruus ex contractu non obligatur naturaliter, nec dominus tenetur vlla actione. Addemus *l. 20. D. de fideiussor.* quæ maxime pertinet ad explicationem *l. vlt.* Est etiam aliud quod omisi ad *l. si pro patre* 10. *de in rem verso* In rem patris videtur versum, si filius pro patre fideiusserit, vel si quasi fideiusserit, id est, expromiserit, vel si pro patre iudicium acceperit: quod etiam genus quoddam expromissionis est. Nam litis contestatione si sequatur etiam condemnatio, nouatio fit obligationis, non minus quam ex stipulatione. Expromittere est debitum suscipere pro alio: litem contestari pro alio est iudicium suscipere pro alio, & quasi expromittere: nam iudicio suscepto siue pro nobis, siue pro alio suscipimus, obligamur, & debitum nouamus. His igitur tribus modis in rem versum videtur, si fideiusserit, si expromiserit, si iudicium susceperit, & soluit. Addit Vlpianus in l. 10. hoc procedere, si non animo donandi id fecerit filius, si non donare voluit patri cum fideiussit vel expromisit, vel iudicium suscepit; nam si donare voluit, non videtur versum in rem patris: hoc est pene in-

A credibile, sed nihil est certius. In rem versum non æstimatur ex euentu, sed ex consilio filiifam. & eius, qui cum eo contrahit. si filiusfam. soluit pro patre, dum ei vult donare, sane locupletiorem eum fecit, & in rem patris versum est: sed non ita, vt inde detur actio, vt sit actio contra patrem, quia in rem videtur versum, si filio fuerit animus gerendi negotij paterni, quasi procuratori patris, atque ita obligandi patrem. si hoc animo rem eam, quam contraxit redegerit in patrimonium patris, pater tenetur de in rem verso, quia filius fuit patris quasi procurator hoc casu: atque ita patrem obligare voluit, *d. l.* 10. §. *vlt. & l.* 11. nam si eum obligare noluit, dum rem eius auget, cessat actio de in rem verso.

B

Ad l. 8. quamuis pignoris §. 1. ad Velleianum.

Si mulier interuenerit apud tutores filij sui, ne hi prædia eius distraherent, & indemnitatem eis repromiserit: Papin. lib. 9. quæstionum non putat eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem neque nouam, sed ipsam fecisse hanc obligationem.

QVæstio §. 1. *h. l.* est, an cautio indemnitatis promissæ à muliere sit intercessio: & est species huiusmodi. Tutor volebat distrahere prædia pupilli, æris alieni dissoluendi causa auctore prætore, alioquin non valeret alienatio: mater hoc cum intelligeret, tutorem rogauit ne faceret, & promisit ei indemnitatem, id est, si quid tutor conuentus iudicio tutelæ ob prædia non distracta, quasi re non bene gesta, præstiterit, ipsum indemnem eo nomine recte præstari. tutor eo nomine præstitit aliquid pupillo culpæ nomine, qui debuerat prædia distrahere, quæ non distraxit, an quæ præstiterit poterit à matre recuperare? sic videtur, quia non poterit iuuari mater Senatusconsulto Velleiano; nec enim videtur intercessisse pro alio: & Senatusconsultum Velleianum est tantum de intercessionibus mulierum improbandis. mater hanc obligationem fecit, non etiam factam, aut cum ibi esset vt fieret, in se recepit, vel (vt vtar verbis legis) eo genere, neque veterem, neque nouam obligationem alienam in se recepit, sed ipsa fecit obligationem. Recte, *neque veterem, neque nouam.* Nam siue vetus, siue noua sit obligatio aliena, quam in se recepit mulier, ei succurritur, *l. fœminis C. ad Velleian.* Et vetus obligatio in Senatusconsulto significatur verbo fideiussionis: noua verbo mutuidationis. Mulier veterem obligationem recepit, si fideiubeat pro alio, si constituat pro alio, si expromittat pro alio, si iudicium suscipiat pro alio, si mandet alij mutuam pecuniam dari. quæ omnes intercessiones infirmantur, & actio restituitur in veterem debitorem. Nouam autem in se recipit mulier, si mutuum acceperit, quod alius rogauerat, cui mox ipsa eam pecuniam numeratura est: quo genere suscipit obligationem alienam, quam alius erat subiturus nisi ipsa intercessisset. Et hoc plerumque genere occulto intercedunt, dum qui volunt vt mulier intercedat, agunt, vt ipsa contrahat: sed hæc intercessio etiam infirmatur, & in eum, pro quo intercessit, nulla restituitur actio, quia nulla fuit, sed instituitur perinde ac si mutuum accepisset. Et ita in hoc Senatuscons. dicitur, modo institui actionem in nouum debitorem, modo restitui in veterem debitorem. Et hoc genus intercessionis, cum scilicet, mulier accepit mutuum intercedendi gratia, significatur in Senatusconsulto his verbis, *Quod ad mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint fœminæ, pertinet:* nam mutui dationes oportet accipere passiue, id est, si mutuum detur fœminę. & ita in *l. ciuitas, de rebus cred. ciuitas mutui dationi obligari potest*, id est, si detur mutuum ciuitati. non est etiam, cur in eo Senatusconsulto (quod quidam tamen tētant) quo loco scriptum, *de ea re ita consuluerunt*, emendes, *censuerunt*, Videamus cur in specie proposita non videatur intercessisse mulier: hoc ostendā hoc

(margin letters: C, D, E)

modo. si intercessit, aut intercessit pro pupillo, aut pro tutore: nō intercessit pro pupillo, hoc est, non intercessit pro eo quod deberet pupillus, sed pro eo quod culparetur tutor à pupillo. ergo euidens est non intercessisse pro pupillo: sic nec pro tutore, quia se ei obligauit: si tutori se obligauit: ergo non pro tutore, *l. Granius, de fideiuss. l. tutor, in princ. hoc tit.* denique neque pro pupillo obligatur, neque pro tutore, sed tutori proprio nomine: ergo non intercessit. Quid est intercedere alij? pro alio se obligare: hoc modo, se quidem obligat alij, sed non pro alio, nisi pro seipsa, quod non potest dici eleganter, quin delinquas: non belle hoc dici potest. Aduersus hanc definitionem Papin. obiicitur *lex si mater 6. ad Velleian.* Sed Accursius respondet recte: eget tamen explicatione responsio ista. Species huius legis est. Tutor se excusare volebat à tutela, nec deerant causæ iustæ: mater rogauit, vt tutelam acciperet, & indemnitatem ei repromisit. videtur intercessisse, & pertinet ad Senatuscons. Velle. In specie *l. 8. §. 1.* indemnitatis promissio non est intercessio. In specie *l. si mater.* indemnitatis promissio, est intercessio. In *l. 8.* mater, quæ promisit tutori, non videtur intercessisse. In specie *l. si mater,* videtur intercessisse. Et sane ita est omnino, videri intercessisse hoc postremo casu, quandoquidem se obligauit pro pupillo tutori: non suscepit periculum contrariæ actionis tutelæ, quam habiturus esset tutor aduersus pupillum: non ita dixisse videtur mater nude: suscipe tutelam: nam si quid debuerit tibi pupillus, nec præstare possit, eo nomine te indemnē præstabo, quo casu intelligitur intercedere pro pupillo. Paulus lib. 1. sentent. ita scribit: *Mulierem quæ pro tutoribus filiorum suorum indemnitatem promisit, non pertinere ad beneficium Senatusconsulti,* quæ sententia est intelligenda secundum *l. 8. §. 1.* si pro tutore apud ipsos tutores indemnitatem promiserit: nam si pro filiis tutoribus indemnitatem promiserit, vel contra, si pro tutoribus filiis indemnitatem promiserit, pertinet ad Senatusconsultum. Ex quibus verbis rem explicat Accursius, etiamsi nomine eius, quod debiturus est tutor pupillo, pupillo indemnitatem promiserit. Item si nomine eius, quod pupillus debiturus est tutori, tutori indēnitatem promiserit. Sed si nomine eius, quod pupillus debet tutori, ipsi pupillo indemnitatem promiserit, vel contra, si ratione eius, quod tutor debet pupillo, ipsi tutori indemnitatem promisit, non intercessit, sed ipsa facit obligationem, atque ideo ea res non pertinet ad Senatuscons. Vell.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. X. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 17. de cond. furtiua.

Parui refert ad tollendam condictionem offeratur seruus furtiuus, an ad aliud nomen, aliumque statum obligationis transferatur. nec me mouet præsens homo fuerit necne, cum mora quæ eueniebat ex furto, veluti quadam delegatione finiatur.



X libro 18. quæstionum Papiniani prima quę exponitur quæstio est de purgatione moræ in *l. 17. de cond. furt.* quæ nunc explicabitur. Ostendit in hac l. Papin. moram finiri & purgari, & condictionem furtiuam tolli tribus modis, oblatione, delegatione, nouatione. Sed hoc ante omnia notandum est, multum interesse rem aliquam debeat quis

A ex causa furtiua, quod eam furto abstulerit, an ex alia causa.: nam alius debitor, si ea res ante moram interierit, liberatur. si post morā, vel quam aliam culpam, debitor non liberatur, *l. si ex leg. 23. de verb. oblig. l. quod te, de reb. cred.* quia mora perpetuat obligationem, siue producit eā in perpetuum, *l. si seruum 91. §. sequitur, de verb. oblig.* In fure non vtimur hac distinctione, quia fur nunquam non facit moram in restituenda ea re, quam non debuit auferre. Igitur nec vnquam liberatur morte vel interitu rei furtiuæ: semper enim intelligitur interiisse post moram, *l. 8. §. pen. l. vlt. hoc tit. l. inter 83. §. pen. de uerb. oblig.* Item alterius debitoris mora fit in personam, quia non fit nisi si conuentus opportune, & rite interpellatus debitor non soluerit. In alio debitore interpellatio creat
B & gignit moram, nec videtur alius debitor non interpellatus, non admonitus, non conuentus moram adhibere in soluendo, *l. mora, de vsur.* mora autem furis fit ex re etiam non interpellato fure, ipso iure, *l. vlt. C. de cond. ob turp. caus.* Res ipsa satis interpellat furem, nec admonitio domini exigitur, vt intelligatur fur moram facere. Etiam illud sciēdum est, aliam esse causam moræ, quam, vt diximus fur semper adhibere intelligitur etiam non interpellatus, longe aliam maleficij, id est, furti quod admisit. Nam maleficium non purgatur oblatione, imo nec restitutione rei furtiuæ, & siue obtulerit, siue restituerit rem, is, qui furtum fecit, non ideo tollitur actio furti, quæ ad pœnæ persecutionem pertinet: nemo tali pœnitentia nocens esse definit, *l. qui ea mente 63. de furt. l. pen. vi bon. rap.* Seneca 4. declam. *Tam mihi teneris,* in-
C quit, *quam qui vulnerauit aliquem, licet eum seruauerit.* tantum abest, vt oblatione liberetur fur, vt nec restitutione liberetur duplo, aut quadruplo, id est, actione furti. Pœna semel commissa emendari non potest, vt pœna semel soluta repeti non potest: mora autem purgatur oblatione etiam sola, & tollitur condictio furtiua, quæ ad rei recuperationem pertinet, non ad pœnæ persecutionem, si res offeratur ei, cui furtum factum est, integra scilicet, & congruo loco & tempore: mora enim non est maleficium, sed culpa, *d. l. si seruum §. sequitur, de verb. oblig. l. fundum Corn. 58. de nouat.* vbi Accursius annotat, moram & culpam, in verbo, *sine culpa,* & solemus ita definire moram, culpam non respondentis ad conuentionem opportunam creditoris vel debitoris. Et dicimus, ad
D conuentionem, quoniam hæc proprie est mora quam conuentio, id est interpellatio gignit: & exceptis paucis casibus, quibus mora fit ex re, non ex persona. certe vt plurimum fit mora ex persona, ex conuentione, & interpellatione personæ, non ex re sola, sed quæ ex persona fit, & ex reipsa fit, non contra. culpa facilius aboletur quam maleficium, & emendatur, & remittitur facilius. Oblatio purgat culpam veluti moram, sed non maleficium, & consequenter oblatio pœnali actione non liberat, quæ est ex maleficio, rei persecutoria actione liberat, quæ non est proprie ex maleficio: nam quæcunque est ex maleficio, vindictam, vltionem, pœnam persequitur, non rem solum. Et malui vti maleficij nomine, vt nostri auctores plerumque malunt dicere obligationem
E ex maleficio, quam ex delicto: nam delictum est nomen ambiguum, quia & maleficium, & culpam significat, stultitiam, negligentiam, ignorantiam quamlibet, vt Græcis ἀμαρτία, ἁμάρτημα, vtrumq; significat. & in *l. cum mancip. de ædilit. edict.* delictum est culpa seu stultitia. Et in definitione legis, Lex est coercitio delictorum, quæ sponte, id est, opera, consulta. hæc sunt maleficia proprie, vel per ignorantiam contrahuntur. Sed ad rem: mora purgatur oblatione: moræ purgatio tollit condictionem furtiuā: sed sciendum est, duo esse oblationis genera, nudam oblationem, & consignatam, depositam. Est igitur oblatio nuda, oblatio rei testib. præsentibus. Hæc oblatio, cui additur obsignatio & depositio, statim liberat furem condictione furtiua, quia pro solutione est, cum non retinuerit, quod obtulit debitor, sed obsignauerit, & de-

poſuerit apud æditumm vel tabellarium. Obſignatio pro ſolutione eſt, *l. obſignatione. C. de ſolut.* & perpetuum illud eſt, ſolutione liberari debitorem omni obligatione, omni actione. Idem etiam de oblatione & depoſitione, *l. 1. §. ſi pecunia. in fi. depoſ.* Idem igitur effectus eademque vis ſolutionis & oblationis, quæ fit conſignatione & depoſitione. Oblatio autem nuda non liberat furem condictione furtiua, vel alium debitorem, antequam res interierit. re exiſtente tenetur condictione furtiua, re perempta ſine culpa furis non tenetur, quia periculum deſiit ad eum pertinere, quaſi mora purgata per oblationem, ſi modo actor ſiue creditor non habuerit iuſtam cauſam non accipiendi rem, quæ ſibi offerebatur. Poſterior mora creditoris facta in non accipiendo emendat & purgat priorem moram debitoris, *l. illud. de peric. & comm. rei vend. & d. §. ſequitur. l. ſed eſi alia die. de conſt. pec.* Ergo oblatio nuda liberat tantum periculo. & ita demum obligatione omni, ſiue condictione furtiua in ſpecie huius legis, ſi res poſt oblationem interierit: nam quandiu res manet, & obligatio manet. & ita conſtituenda eſt differentia inter illa duo oblationum genera. Poſſit itaque lex intelligi de oblatione nuda, ſi modo ea intellexeris tolli condictionẽ poſt mortem hominis furtiui, vel interitum rei furtiuæ, non ante. Porro non tantum oblatione purgatur mora, tolliturque condictio furtiua, ſed etiam delegatione & nouatione, vt ait, veluti quadam delegatione, ſubindicãs, nouationem eſſe quandam delegationem, delegatione purgari moram, ergo & nouatione. Eorum quæ ſimilia ſunt plerunque in iure idem eſt effectus; quod eſt veriſſimum. De eo, quod ſimilitudinem habet ſolutionis idem ſtatuamus, quod de ſolutione. nec intereſt ſoluerit quis, ſiue fecerit, quod ſolutioni ſimile eſt vel proximum: delegatione mora purgatur, ſi id quod mihi debes ex cauſa furtiua iuſſerim creditori meo ſtipulanti promittere, & promiſeris, quo facto liberaris à me omnimodo, nec mihi amplius teneris condictione furtiua, & obligaris creditori meo ex cauſa ſtipulationis, non ex cauſa furtiua: nam hæc eſt abolita. Delegatio eſt abolitio & finis cauſæ furtiuæ: ergo & moræ, quæ ex ea pependit: nouatione quoq; mora purgatur, & tollitur condictio furtiua, ſi nouandi animo ſtipulor à fure, vel ab alio, quod fur mihi debet ex cauſa furtiua: quia hęc nouatio veluti delegatio eſt: videor enim furem, qui mihi obligatus eſt ex cauſa furtiua, delegare mihi ipſi, vt ipſe mihi debeat rem non amplius ex priſtina cauſa, ſed ex noua, id eſt, ex ſtipulatione, ſcilicet ſi ſtipuler ab eo. Nam ſi ab alio ſtipuler, videtur fur mihi delegaſſe eum, qui expromiſit pro eo, id eſt, qui totam obligationem in ſe recepit nouandi cauſa. Nouatio eſt, vt apparet ex hac l. in aliud nomen, aliumque ſtatũ prioris obligationis tranſlatio. Delegatio eſt mandatum, quo iubetur debitor id quod debet, alij promittere. Et recte mandatum, nam ex eo negotio ſiue iuſſu naſcitur actio mandati, *l. 12. de nouat.* Et recte, quo iubetur promittere: Nam delegatio conſummatur per ſtipulationẽ eius, cui debitor delegatus eſt, quæ ſtipulatio efficit nouationem. Delegationem igitur ſequitur nouatio. Nam nouatio eſt non tantum ſi mutetur debitor vel cauſa debendi, ſed etiamſi creditor mutetur: & interueniente delegatione, atque impleta per ſtipulationem ſequentẽ, mutatur tã creditor quã debitor: creditor mutatur delegatione: ei autem, cui delegatur, mutatur debitor, ſecuta, vt dixi, ſtipulatione: alioqui delegatio eſt imperfecta. rurſus dixi, quo iubetur promittere: nam ſecus eſt, ſi debitor meus iubeatur alij ſoluere. Si iubeatur promittere tibi, tu ſtatim, etiam id ſtipulando nouare potes; ſed ſi iubeatur ſoluere, non ſtatim etiam tu ſtipulando id nouare potes inuito me, *l. ſi debitorem, de nouat.* Tollit igitur nouatio priorem obligationem. ergo tollit etiam moram ſiue culpam, quæ obligationi iniuncta eſt, atque cohæret. & rurſus, ergo tollit etiam condictionem furtiuam, quæ ex obligatione naſcitur. quæ denique in vniuerſum tollit obligationem, & quæcunque eam circumſtant: &

A confluit obligatio in alium ſtatum; inque aliud nomen. Ac præterea tollit nouatio priorem obligationem, non tantum ſi res poſt nouationem intereat, ſed etiam ſi exiſtat, vt plane ſit recipienda differentia Accurſij inter nouationem, & oblationem. Oblatione nuda liberari reum re perempta demum, nouatione liberari ſtatim etiam re extante. Nec quicquam obſtat *l. ſcire debemus 29. §. vlt. de verb. oblig.* quæ enim, qui ſtipulatus eſt à fure quod fur ſibi debet ex cauſa condictionis furtiuæ, ait, vti poſſe cõdictione furtiua, condicere furi poſſe ſi res extet. Nam, vt reſpondeamus breuiter, non loquitur de ſtipulatione facta nouandi cauſa, quandoquidem ſi hoc animo facta ſit nouatio, ſtatim extinguitur condictio furtiua. Græcorum etiam differentia placet inter oblationem nudam & nouationem, vt oblatio nuda exigat præſentiam rei, nouatio non exigat.

B Oblatio exigit pręſentiam rei, quia non poteſt obtuliſſe videri quis rem, quæ non aderat. Res præſens non eſt ea quæ in conſpectu eſt, ſeu quam cernere & tangere licet: nec eſt ea, quam fur fert, aut agit, aut portat, ſed quæ eſt in ea prouincia, vbi de ea quæritur. Abſens eſt, quæ eſt peregre, & in alia prouincia, quod oſtendit aperte lex *qui decem §. idem reſponſum. de ſolut.* Ergo oblatio quidem exigit, vt res pręſens fuerit, alioqui non intelligitur obtuliſſe rem propter abſentiam, & ſolum eſt præſens, quod eſt in ea regione: nouatio autem non exigit, vt res ſit præſens, & eundem habet effectum ſiue res ſit præſens, ſiue abſens: & hoc eſt quod ait Papinianus. Nec me mouet lex *qui decem §. cum Stichum, & §. ſeq. de ſolut.* ex qua efficitur etiam in nouatione exigi præſentiam rei, id eſt, nouatione non finiri moram,

C non tolli priſtinam actionem, niſi res præſens fuerit quo tempore actum eſt de nouatione. Hoc in illo §. oſtenditur, oblationem liberare periculo, & emendare moram, ſiue à debitore fiat, ſiue ab alio nomine debitoris, ſciente debitore vel ignorante, ſcilicet ſi creditor accipere noluerit, id eſt, ſi poſterior ipſe fecerit moram. Et adiicitur, eundem eſſe effectum ſtipulationis non conceptæ pure, ſed factæ ſub conditione nouandi cauſa, licet nouatio non contigerit, quod ſcilicet res interierit pendente conditione ſtipulationis: neque enim nouatio contingit, niſi res ſit in rebus humanis cum exiſtit conditio. Et hoc ita eſſe, ſiue creditor ſtipuletur ſub conditione à debitore, ſiue ab alio ignorante debitore. Ergo ita conſtituamus: moram purgari per ſtipulationem conditio-

D nalem, licet ex ea nouatio non contingat: quod confirmat etiam lex *quotiens §. 1. de nouat.* Sed hoc ita verum eſt, ſi res præſens fuerit, quæ in ſtipulationem conditionalem deducta eſt: Nam ſi res præſens fuerit, ſtipulatione nuda, ex qua nouatio non fit, licet fuerit interpoſita nouandi animo, mora purgatur, quia pro oblationẽ cedit, ſi res præſens fuerit. Offero rem non tantum, ſi dicam me paratum eſſe ſoluere: ſed etiam ſi promittam ſtipulanti tibi, vel pure, vel ſub conditione: neque enim quod promitto, recuſo ſoluere, imo me ad ſoluendum adſtringo. denique offero & purgo moram, ſi quam ante admiſi. At ſi res ipſa, quam ab eodem debitore ſtipulatus ſum ſub conditione, fuerit perempta pendente conditione, atque ideo non ſecuta nouatio ſit, ea ſtipulatione

E non cenſetur purgata mora; non certe ſtipulatione, quia effectum non habuit re perempta interim: non etiam quaſi oblatione, nam res abſens non intelligitur oblata. Et hęc eſt ſententia illius §. ſatis obſcuri, qui tamen non aduerſatur Papiniano: Nam Papinianus in ſtipulatione, ex qua contingit nouatio, putat nihil referre, præſens fuerit res, an abſens. Marcellus in eo §. de ſtipulatione loquitur, ex qua non contingit nouatio, in qua omnino exigimus præſentiam rei, vt pro oblatione habeatur, atque ita purgat moram. Diximus in ſumma, purgari moram, & liberari debitorem periculo per ſtipulationem conditionalem nouandi cauſa interpoſitam, ſi modo res præſens fuerit, licet nouatio non contigerit extincta pendente conditione ſtipulationis, & nouationem

non contingere, etiamſi conditio ſtipulationis exiſtat poſt interitum rei. Hæc eſt ſumma doctrinæ ſuperioris. Cui tamen valde obſtat lex *ſi rem, de nouat.* quæ ſignificat, in ea ſpecie nec purgari moram, & nouationem contingere: obſtat etiam lex *eum qui* 56. *de verb. oblig.* ex qua efficitur, nouationem quidem non contingere, ſed moram etiam non purgari. Sed quidnam ſit illis legibus reſpondendum poſtea explicabimus, cum aggrediemur legem *arboribus, de contr. empt.*

Ad l. arboribus 58. de contr. empt.

Arboribus quoque vento deiectis vel abſumptis igne, dictum eſt emptionem fundi non videri contractam eſſe, ſi contemplatione illarum arborum veluti olineti, fundus comparabatur, ſiue ſciente, ſiue ignorante venditore; ſiue autem emptor ſciebat, vel ignorabat, vel vterque eorum, hæc obtinent, quæ in ſuperioribus caſibus pro ædibus dicta ſunt.

Diximus, moram purgari & debitorem liberari periculo omnino non tantum nouatione quæ fiat interueniente ſtipulatione pura: ſed etiam ſtipulatione conditionali: Nam etſi conditio exiſtat poſt extinctam rem, nouatio non fit, quia nulla eſt res, quando conditio exiſtit: nouatio non tantum emendat moram, ſed etiam ſtipulatio interpoſita nouandi cauſa, licet effectum non habuerit. Et hæc ita procedunt, ſi tempore conditionalis ſtipulationis res præſens fuerit, id eſt, ſi in eadem prouincia fuerit; hoc caſu moram purgari per conditionalem ſtipulationem, licet ex ea nouatio non exiſtat, vt res quæ præſens in ſtipulationem deducta eſt, oblata videtur; & conſtat oblatione moram purgari, nouationem autem non fieri, quia res interiit ante moram; nec enim poſt veterem moram, quæ ſublata eſt, noua interceſſit mora. Hoc eſt quod ſupra diximus: & adiecimus huic definitioni obſtare legem *ſi rem, de nouat.* & *l. eum qui* §. *vlt. de verb. oblig.* quæ nobis explicandæ ſunt, & demonſtrandum, quidnam reſpondendum ſit. Ex *l. ſi rem* colligitur in eadem ſpecie rei debitæ deductæ in ſtipulationem conditionalem factam nouandi animo, & pendente conditione re perempta debitorem non liberari periculo, & nouationem fieri, poſt interitum rei conditione exiſtente. Et vt explicatius dicam, finge: rem quã mihi debes, de te ſtipulatus ſum nouandi cauſa ſub conditione: non fiet igitur nouatio, niſi res exiſtat tempore conditionis exiſtentis, & niſi res ea fuerit in rerum natura: verum adiicit *d. l.* hoc ita verum eſſe, ſi tu ante eam ſtipulationem conditionalem moram feceris: Nam ſi morã feceris, etiamſi res non extet tẽpore exiſtentis conditionis, tu mihi teneris ex ſtipulatione, quaſi nouatione facta. ſtipulatio committitur exiſtente conditione, quia res periit poſt moram commiſſam: nec enim interim videtur purgata mora. Sed ſi verum amamus, id tantum dici poteſt, atque id procedit ſimpliciter, ſi res abſens fuerit tempore interpoſitæ ſtipulationis conditionalis. Superior definitio eſt de re præſente. res præſens pro oblata habetur, res abſens pro oblata non habetur: & ideo non videtur purgaſſe moram qui rem abſentem promiſit ſub conditione: certe non purgauit moram ſtipulatione, quæ eſt in ſuſpenſo: non purgauit etiam quaſi oblatione, quia res abſens oblata intelligi non poteſt; & conſequenter, quia periculum ad eum pertinet, quaſi mora non purgata exiſtente conditione tenetur, & nouatio fit. Sententia legis *eum qui*, §. *vlt.* hæc eſt, rem, quam mihi debes, ſtipulatus ſum ſub conditione, non à te, ſed à Titio. pendente conditione res interiit poſt moram tuam, poſt extitit conditio: non fit nouatio, & tu mihi teneris, licet res interierit: ergo ea ſtipulatio non poteſt purgare moram: hoc facilius poſſumus expedire, quam illud, quod ante diximus. Reſpondeo moram quæ præceſſit ſtipulationem condi-

A tionalem purgari per eam ſtipulationem, licet ex ea nouatio non fiat: moram autem, quæ ſecuta ſit eam ſtipulationem, quæ facta eſt pendente conditione, de qua agit lex *eum qui*, non de ea, quæ præceſſit ſtipulationem, non purgari, ſiue res præſens fuerit, ſiue abſens: & ideo quod moram commiſiſti, mihi teneris etiam re perempta. Titius non tenetur, quia res interiit antequam moram faciat: nouatio igitur non fit, quia Titius non obligatur, tu obligatus manes, *l.* 57. §. *vlt. de verb. oblig.* Nunc interpretationem legis *arboribus* aggrediamur. Quæſtio eſt de fundo vendito contemplatione arborum, quæ in eo fundo conſitæ ſunt, vt de oliueto vendito: fundus qui oliuetanus dicitur, venit contemplatione arborum, aut de vineto, de arbuſto, an valeat venditio, ſi ante venditionem arbores euulſæ, exuſtæ, deiectæ fuerint vento.

B eadem quæſtio extat de domo in *l. prox. ſup.* an domus venditio valeat, quæ ante venditionem combuſta fuit. & quæ, vt Papin. admonet in hac l. diſtinctionibus quibuſdam adhibitis, definiuntur de domo vendita, ſunt etiam transferenda ad hanc legem, & licet Papin. de fundo tantum agat, tamen demonſtrat idem tractaſſe ante de domo. Finge igitur: domus vendita eſt, quæ ante venditionem combuſta fuerat. ſuperficies perierat, area manebat, ſolum manebat, quæ eſt maxima pars domus, *l. qui res* 98. §. *vlt. de ſolut.* Superficies eſt pars minima, ſi conferatur cum ſolo, & ideo iure gentium ſuperficies ſemper cedit ſolo, *l. pen. l. vlt.* §. *ſed ſi, vti poſſid. l. qui domum* 50. *ad l. Aquil.* Vel finge: fundum vendidiſti

C contemplatione arborum, veluti oliuetum, aut vinetũ, & arbores igne abſumptę fuerant aut vento deiectæ ante venditionem. Arbores ſunt ſuperficies fundorum, atque ideo latior ſuperficiei, quam ædificij appellatio: & rurſus etiam ad aliquid latior ædificij, quam ædium. Nam ædificia alia ſunt vrbana, alia ruſtica: ædes tantum ſunt vrbana prædia; & rurſus ędium ad aliquid latior ſignificatio, quam ædificij. Nam ædes ſolum & ſuperficiem cõtinent, ædificium proprie eſt ſuperficium in *l. domo* 21. *de pign. actione. l.* 9. §. *quæſitum, de dam. inf.* Ædificium eſt pars, ædes totum, *l* 31. *de leg.* 3. ſi cui ędes legatæ ſunt, omne id ædificium habebit, quod ſolum earum ædium erit. Quęritur autem ſuperioribus duobus caſibus, an venditio conſiſtat, ſi res perierit ante venditionem, & an ex eo negotio ſit actio, id eſt, an impleri debeat contra-

D ctus vtraque ex parte? Et auctores ita diſtinguunt: Aut vterque ignorauit domum eſſe combuſtam, vel emptor ſciuit, venditor ignorauit, aut contra, aut vterque ſciuit. Diuiſio hæc eſt perfectiſſima. Si vterque ignorauit, nulla eſt venditio, quia ſine re venditio non conſiſtit: emptionis venditionis ſubſtantia conſiſtit ex re & pretio, *l. etſi conſenſum* 15. *hoc tit.* etiamſi ſit conſenſum in corpus, ſi tamen id perierit ante venditionem, nulla eſt venditio: & ideo emptor non compellitur venditionem implere, & quod ignorans ſoluit, poteſt condicere, quia neutra ex parte contrahitur obligatio. Et hoc ita, ſi tota domus, exuſta ſit, ſi totum oliuetum conſumptum ſit, vel maior pars eius. Nam in rebus humanis non videtur eſſe res, cuius maior pars interiit; res quælibet ex maiori parte

E cenſetur. Conſumpta igitur maiori ex parte res, abſumpta videtur. Nam ſolum, ſiue area non eſt domus, imo nec pars domus ſublato ſuperficio. Ergo ſine re videtur contracta venditio, ſi ea res, quæ venit, maiori ex parte perierit ante venditionem; ſed ſi pars dimidia permanſerit, & dimidia perierit, vel ſi minor pars, venditio conſiſtet, quia non intelligitur periiſſe domus, cuius pars maior ſupereſt, aut dimidia. Et ideo hoc caſu, ſi dimidia tantum perierit, emptor cogitur perficere contractum: nam perficitur nudo conſenſu, & aliud eſt proprie perficere emptionem, aliud implere. Cogitur igitur emptor ſoluere pretium rei, quamuis non ſit integra res, puta, parte dimidia conſumpta: ſed quia actio ex vendito eſt bonæ fidei, bonus vir arbitrabitur, vt diminuatur pretiũ, & boni viri arbitratu, id eſt, officio iudicis, *l. officio, hoc tit.*

Iudex quid eſt? magiſter & ſacerdos æqui & boni: arbiter, vir bonus, cui cauſæ cognitio, aut iuriſdictio data eſt; Interpres bonæ fidei & doli mali, *l. ſi ſeruus* 61. §. *circa commodatum, de furt.* Habet enim dolus malus ἀντιδιαστελλομένην bonam fidem. Si vtroque ignorante domum exuſtam eſſe vel oliuetum, venditio contracta fuerit, nec fuerit exuſta tota, ſed pro parte tantum dimidia, aut minor, valere venditionem. Obiicitur ſtulte lex *ſi duos* 44. *hoc tit.* non pugnat ea lex. Finge: Vendidi tibi duos comœdos, quorum vnus non poſſit ſeiungi ab altero ſine incommodo, finge vnum ex iis interiiſſe ante venditionem, an in vno conſiſtet venditio? minime. Cur igitur non dicis idem in domo? Ratio eſt diuerſitatis, quia nec venditori, nec emptori, niſi vtrumque habeat, expedit: partem domus habere expedit, & poteſt eſſe vſui, nec quicquam incommodi patitur emptor, cui diminuetur pretium pro rata eius, quod incendio periit. Aut venditor ſciuit, emptor ignorauit, & hoc caſu nulla eſt venditio, ſi tota res perierit ante venditionem, ſed ſi extet pars aliqua vel maior, vel minor: neque enim ſpectamus quanta permaneat, ſed dicimus indiſtincte valere, & venditorem teneri in id, quod intereſt propter reticentiam, *l. ſi poſt* 9. *de peric. & com. rei vend.* & ita coercetur dolus venditoris, non ad rem tantum, ſed etiam in id, quod intereſt. Obiicitur lex *ſi in empt.* 34. §. *item ſi, hoc tit.* agitur ibi de re furtiua vendita. non poteſt vendi res furtiua, res aliena poteſt vendi, nec tantum dicimus rei furtiuæ non eſſe vſucapionem: ſed etiam venditionem non eſſe, donationem non eſſe. Nam ſi ille §. coniungatur cum præcedenti, apparet Iureconſult. adnumerare illis rebus, quarum commercium non eſt, rem furtiuam: & conſequenter ait, nullam contrahi obligationem, ſi vterque ſcierit rem eſſe furtiuam, & contraheretur tamẽ, ſi vterque ſcierit rem eſſe alienam. Ait etiam, ſi venditor ignorauit, emptor ſcierit, non obligari venditorem, ſed nec agere ex vendito, niſi vltro id quod cõuenit præſtet: contra ſi vẽditor ſcierit, rem eſſe furtiuam, emptor ignorauerit, vtrinque obligatio naſcitur. Ergo in noſtra ſpecie cur non debet naſci obligatio? Reſpondeo vno verbo, non poteſt naſci, quia nulla res ſubeſt tota domo combuſta. In d. §. ſubeſt res. Aut è contrario venditor ignorauit, emptor ſciuit domum eſſe exuſtam, & hoc caſu non valet venditio, ſi tota ſit exuſta, ſed ſi vel portiuncula manet, venditio valet propter dolũ emptoris, & tenetur emptor adimplere contractum, quia diſſimulauit, vt forte venditorem condemnaret ex empto: diſſimulatio omnis, reticentia, dolus eſt, & ſibi imputare debet, quod emerit rem, quam ſciebat extinctam. Aut vterque ſciuit, & hoc caſu ſiue exuſta ſit tota, ſiue ex parte, venditio non valet, quia vterque ſciuit, vtraq; ex parte dolus interceſſit: ergo ex neutra parte conſiſtit contractus bonæ fidei. contraria hæc ſunt dolus & bona fides. Et falſo hic Accurſ. in *l. domum, hoc tit.* quæ hanc præcedit, in verbo, *nihil actum*, meo quidem iudicio, pro parte; quæ ſupereſt poſſe contrahi venditionem, licet vterq; ſcierit, quod acciderat rei ante venditionem. Nam doli ratio obſtat vniuerſæ venditioni. Ideo ait lex nihil penitus agi, nec poſſe ſe coarguere inuicem, dolus dolo compenſatur, *l. viro* 39. *ſolut. matrim. l.* 10. *de compenſat.* quod etiam male colligit ex §. *quotiens, d. l.* 10. qui tantum ait, quod ſupra diximus in *l. arboribus, & l. domus, de contr. empt.* quoties ex delicto oritur actio, vt pote ex cauſa furtiua, ſi de ea vel pecuniario iudicio agitur, compenſatio locum habet. Poſt hæc nimirum verba eſſe legendum, id eſt, *per, pro*; *idem. ita in l.* 30. *de act. empt.* id eſt, melius quam Florent. *idem eſt l. veteres, hoc tit. l.* 45. *& ſeq. loc.* Et eam emendationem confirmant βασιλικά, in quibus nimis iſta breui ſermone comprehenſa ſunt. Is cum quo agitur pecuniarie ex furto vel maleficio, compenſationem opponere poteſt: & de noxali actione idem adiicitur, ex quo habemus duo ſingularia; Actionem ſeu condictionem furtiuam ex maleficio dari, *vt in*

A *l. ſi mulier* 21. §. *hac act. rer. amot.* nam non ideo minus videtur ex delicto dari, quod ſit etiam rei perſecutoria, ſicut dicitur de actione in factum ex edicto de alienatione iudicij mutandi cauſa facta, quæ licet ad rei perſecutionem pertinet, tamen videtur ex delicto dari. adde *l. quia pertinet, de alie. iud. mut. cauſ. fac.* idque fit odio furum, & vt Theoph. ait contra reg. iu. Deinde eſt notandum ex his, noxalem actionem pecuniariam: & eleganter in *l.* 6. §. 1. *de re iud.* ſolius noxæ deditionis nullum eſſe iudicium, ſed condemnationem pecuniæ perſequi: in condemnatione eſſe pecuniam, noxæ æſtimationem, in ſolutione, ex 12. tab. & noxæ deditionem. Quamobrem recte mihi videtur concepta formula ſententiæ proferendæ in noxali iudicio *in t. de off. iud. Inſt. lib.* 4.

B *Publium Maeuium in pecuniam certam condemna, aut vt noxam dedat.* Præcedit verbum *condemna*, ſequitur, *noxam dedere*: Hanc igitur facultatem noxæ dedendæ habet ex 12. tab. ſi nolit ſubire æſtimationem litis: hic actionem in factum iudicij mutandi cauſa factam pecuniariam, ciuilem eſſe ex delicto, & noxalem eſſe pecuniariam. Summa autem eorum, quæ exponuntur in *h. l. arboribus*, & in *l. domus*, præcedentis hæc eſt. Si res quæ veniit, tota perierit ante venditionem, & hoc vterque ſcierit, vel ignorauerit tam emptor quam venditor, vel alteruter, non ſtare venditionem. Idemque eſſe, ſi quælibet pars perierit ante venditionem, & hoc ſcierit vterque contra venditionem, ſi perierit dimidia pars, aut minor, quam dimidia vtroque ignorante. Itemque ſi perierit pars quantulacunque ſolo venditore, vel ſolo

C emptore ſciente. Et hoc eſt quod ait Papin. hac lege, *ſine*, id eſt, non diſtinguimus ſiue ſciuerit venditor, an ignorauerit, omnes arbores conſumptas igne. Alia diſtinctio in *l. ſi poſt, de peric. & com. rei vend.* Quædam arbores vi deiectæ ſunt, & conſtat venditio, ſi emptor ignorauit, venditor ſciuit, nec admonuit. Quod ad Papin. videtur Vlp. adiecisse.

Ad l. pacta conuenta 72. eod. tit.

Pacta conuenta, quæ poſtea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur, quæ vero adiiciunt, credimus hoc non ineſſe, quod locum habet in his, quæ adminicula ſunt emptionis: veluti ne cautio duplæ præſtetur,

D *aut vt cum fideiuſſore cautio duplæ præſtetur. Sed quo caſu agente emptore, non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. An idem dici poſſit aucto poſtea vel deminuto pretio non immerito quæſitum eſt: quoniam emptionis ſubſtantia conſiſtit ex pretio. Paulus notat: ſi omnibus integris manentibus, de augendo vel deminuendo pretio rurſum conuenit, receſſum à priore contractu, & noua emptio interceſſiſſe videtur.*

Est hæc lex famoſiſſima. Pacta conuenta dicuntur non per διαστολήν, quaſi ſint quędam pacta non conuenta, ſed perpetuum eſt epithetum, quia ex ſolo conuentu valent & æſtimantur. contractus propter conuentum valent, & æſtimantur ac cenſentur nomine legitimo & proprio, vt ſocietas, mandatum: vel deficiente

E nomine æſtimantur & cenſentur ex cauſa, à qua incipiunt, id eſt, datione, vel facto aliquo, vt do vt des, do vt facias, facio vt des, facio vt facias. Do vt des, eſt contractus, quia præter conuentionem cœpit res à datione, hoc eſt, conuentioni acceſſit datio. Dabo vt des, eſt pactum. Quid eſt contractus? conuentio, quæ nomen proprium habet, quæ datione, traditione, aut facto aliquo ſumit effectum: Vel, vt Theophil. definit: Contractus eſt duorum pluriumue in idem placitum conſenſus, ex quo naſcitur obligatio. Ab effectu ſic definitur: ſed prior ad ſubſtantiam magis pertinet. Quid eſt pactum? Res de qua conuenit, quæ nomen non habet aliud, quam pactum, quæque nulla ex parte ſumpſit effectum, nec verſa eſt in ſtipulationem. Vel, imitatione Theo-

phili: Pactum est duorum, pluriumue in idem placitum A consensus, ex quo non nascitur obligatio: Vel pactum est conuentio, cuius neque vlla causa subest, quodque nomen proprium non habet. Conuentio est genus, cuius species duæ sunt, contractus & pacta, *l. 1. de pact.* Eadem ratione dicuntur pacta & conuenta. Paul. 1. *sent.* 1. Tull. pro Cæcin. *quam pacti & conuenti formula.* Seneca de benef. *nec pacta, conuentaque impressis signis.* & è cõuerso etiam conuenta & pacta. *Iuuenal. Satyr. 6.* Eadem quoque ratione dicuntur pacta nuda, non quasi alia sint non nuda: nullum est pactum, quod non sit nudum: vt si ita conuenerit, *dabo vt des*, pactum est. Etiam ea pacta, quę pariunt actionem, sunt nuda, & ex pacto sæpe res meat in contractum vel stipulationem, vel quem alium: B vt si ita conuenerit, *dabo vt des*, est pactum: si cœpero dare, definit esse pactum, & fit contractus. Dicuntur pacta nuda, quia solo consensu constant, & nuda à nomine, nuda à causa, nuda à vinculo stipulationis, circumscribuntur, stantque ad finem placiti, *l. si tibi 17. C. de loc. & cond. l. si diuisioni, C. fam. ercisc.* Ex contractibus nascitur ciuilis & naturalis obligatio: sunt enim cõtractus non tantum ciuiles, sed & iurisgentium. ex pactis non nascitur ciuilis obligatio, sed nec etiam tollitur ciuilis obligatio: naturalis tamen obligatio nascitur ex pactis, atque etiam tollitur: Ergo ex pactis actio neque datur, neque ipso iure perimitur. exceptio & replicatio datur iure prætorio, & iusta pacta ita rata habentur, vt iuri præstare dicantur. Vetus erat verbum, *pacta iuri præstare*, apud Cornif. hoc est, præstabiliora esse legibus, C licet legibus non obseruentur, sed edictis prætorum tantum, datis exceptionibus, & replicationibus: & quandoque datis actionibus, vt iure prætorio de pignore ex pacto nascitur actio pign. siue hypothecaria, *l. si tibi 17. §. de pign. de pact.* Eodem etiam iure de constituta pecunia, quasi ex pacto nascitur actio, *l. 1. de constit. pec.* De alia re quod sciam, aliove gestu, ne iure quidem prætorio ex pacto nascitur actio, quod lege non confirmatur. Quędam tamen sunt pacta, quæ legibus obseruantur: regulariter pacta legibus non obseruantur. Obseruantur autem legibus vt de iniuriis & furti ex 12. tab. Hæ actiones pacto ipso iure tolluntur etiam non opposita exceptione, *d. l. si tibi §. 1. de pact. l. post decisionem 13. C. de furt.* Idem ostenditur in *l. iurisgent. §. si paciscar, de pact.* D *post decisionem*, hoc est, post pactionem, si quis pro fure damnum deciderit. Et sumpta sunt hæc verba ex 12. tab. vt in alio capite, *fructus duplione damnum decidito.* Damnum decidere, est pacisci, quæ pactio perimit actionem de furto. Sic etiam iniuriarum actio pactione tollitur ex 12. tab. Actionem igitur iniuriarum, vt si quid addictus debitor creditori cum creditore paciscatur (vt mea fert opinio) ex iisdem legibus 12. tab. pacta obseruabantur quasi legitima, quoniam post addictionem debitoris Gellius ait, interim fuisse ius paciscendi: ex iisdem legibus igitur, & nisi pactum fuisset haberi dies 60. in vinculis. Et pacta etiam ea legibus obseruantur, quæ contractui bonæ fidei adiiciuntur ex continenti: nam leges non seruant tantum contractus, sed & leges contractuum, E hoc est, pacta adiecta in continenti. Non quodlibet pactum lex est, sed id tantum, quod additur ex continenti, quia format actionem venientem ex contractu. Hæc igitur pacta sunt legitima, hoc est, iure approbata confirmataque, *l. iurisgentium § quinimo, de pact. l. cum dotem, C. de iur. dot. l. nec ex prat. 27. de re. iudic.* Proficiunt ergo ad actionem & obligant, vt in *l. venditor 13. com. præd.* per venditionis legem obligantur, &c. & in *l. in bona fid. C. de pact.* ex his pactis competere actionem. cur ita? quia si contractus est legitimus, & ipsa sunt legitima, quandoquidem habentur pro parte contractus, continentur & insunt contractui. Ex pactis autem ex interuallo non nascitur actio, quia non videntur inesse contractui, quæ fiunt longe post contractum, quæ non cohærent contractui, sed ab eo absunt, distantque longissime. Cur pacta incontinenti facta proficiunt ad actionem? quia insunt contractui, & contractus vtilis est ad actionem. Ergo, quæ non insunt, non proficiunt ad actionem, sed ad exceptionem tantum iure honorario: imo vt ostendit Papin. in *h. l.* interdum pacta ex interuallo proficiunt ad actionem iure ipso quasi legitima. Sunt multa eius rei exempla: quærunt tamen interpretes. Est vero tota hæc lex de pactis factis ex interuallo, nihil in ea agitur de iis, quæ ex continenti. Et ait, *ex pactis ex interuallo nasci actionem interdum.* Et ideo ait, *pacta quæ postea facta*, id est, post emptionem ex interuallo. *Postea* semper significat ex interuallo, *mox* plerumque ex continenti, interdum ex interuallo, *vt d. l. 23. de captiu. & postl.* Horatius; *mox daturos progeniem vitiosiorem*, & alio loco, *vt mox nulla fides dictis, &c.* vide Festum. Sed quęro, quid sit ex continenti. quod si scieris, & statim cognoueris, quid sit ex interuallo. Quæ pacta dicit fieri in continenti, an quæ fiunt statim in ipso negotio? Minime. videntur pacta facta in continenti, quæ non sunt facta confestim, modo non post aliquod interuallum facta sint, in *l. si ventri §. vlt. de reb. auct. iud.* Nam modicum interuallum, interuallum non est. sed si ad alia negotia diuerterit, qui contraxit, vt definit *l. si ex duobus, de duob. reis.* ergo ex interuallo videtur factum, non ex continenti, quod quis fecit posteaquam à contractu diuertit ad alia negotia: & contra ex continenti, quod quis fecit antequã ad alia negotia diuertit. Et ideo chorus apud Sophoclem, dum Regi suadet vt statim monumentum extruat Polynici. ὁρᾷ μὲν τὰ δ' ἐλθὼν μήτ' ἐπὶ ἄλλοια τρέπει. quod enim fecit aliquis postquam ad alia negotia diuertit, non videtur fecisse ex continenti. Pacta autem (vt Papin. ostendit in hac l. cuius auctoritate etiam vtitur Vlpian. in eam rem in *l. iurisgent. §. idem resp. de pact.*) quæ fiunt ex interuallo, vel adiiciunt aliquid emptioni vel detrahunt. Forsitan existimaret quis ea pacta detrahere, quæ negatiua sunt: adiicere quæ affirmatiua, sed errore labitur: nam & negatiua adiiciunt, vt si conuenerit, ne venditor caueat de euictione. Hoc pactum nihil detrahit, sed adiicit. Adiiciunt pacta, quæ extranea quædam adiiciunt salua substantia contractus: vt si post emptionem paciscantur, vt præstetur cautio duplæ euictionis nomine, vel etiam si paciscantur vt satisdetur euictionis nomine, non repromittatur: iure ita se res habet, vt euictionis nomine debeat venditor tantum repromittere, non etiam satisdare datis fideiussoribus, *l. 1. §. stipulatus dup. de præt. stipulat.* Sed licet iure ita se res habeat, tamen pactum iuri præstat: id est, ita pacta iusta existimantur, vt iuri præstent, & iure potius sit pactum. Nam efficit, vt quod iuris est, non sit, & contra, veluti vt non caueatur de euictione, vel vt satisdetur, & sæpissime etiam in legibus iureque communi additur hæc exceptio, *nisi aliud conuenerit*, qua demonstratur, conuentionem legibus præstare. Quamobrem recte dices, voluntatem testatoris & voluntatem paciscentium iuri præstare. Hæc vero pacta, quæ proposui, dicuntur esse extra naturam & substantiam contractus in *d. §. idem resp.* quia nihil attingunt substantiam emptionis, quæ constat tantum re & pretio, sed pertinent tantum ad emptionis adminicula. Euictio est adminiculum emptionis, vt in *l. instrumenta C. de probat. l. 3. C. de testib.* βοήθημα. Qua de causa à Iustin. euictio appellatur pedissequa, παρακολούθημα emptionis. Denique euictio est adminiculum emptionis: pretium substantia emptionis: sine qua nulla est emptio. sine adminiculo emptio consistit, non tamen sine hoc adminiculo euictionis, rem habere, si euincatur, licet, vt vsusfr. sine aditu ad fundum consistit, non tamen vti frui licet sine aditu, *l. 1. §. 1. si vsusf. pet.* vsusfructus eget adminiculis, non vt consistat substantia vsusfr. sed vt fructus percipere liceat. Ex iis autem pactis, quæ adiiciunt emptioni, quæq; pertinent ad adminicula emptionis, non ad substantiam, ex iis, inquam, non nascitur actio, sed exceptio tantum: & hoc est quod dicitur, pacta

non

non contineri contractu, alioquin ex iis nasceretur actio. nihil commune habet cum contractu, denique non proficere ad actionem, sed ad exceptionem tantum: & ideo si agat emptor, vt sibi satisdetur de euictione ex pacto, non audietur, ne ex pacto nascatur actio, vt Papin. ait, sed contra, si agat venditor cum emptore ex pacto, emptori dabitur exceptio: & in summa pactum huiusmodi proficit ad exceptionem tantum, non ad actionem. Et hæc sunt, quę Papin. proponit in prima & secunda parte huius legis. Dixi supra Pap. in *l. pacta conuenta*, de iis tantum pactis tractare, quæ fiunt ex interuallo, post contractam emptionem, & quæ sint vires eorum, quæ fiunt ex continenti, satis exposuimus. Ergo cum Papin. tractabimus de viribus tantum eorum pactorum, quæ fiunt ex interuallo: & vt rem omnem nunc absoluam, vt perspicuam eam totam reddam, necessario paucis repetendum est, quod de iis diximus, & si fieri potest insinuandū apertius. Ea pacta, quæ fiunt ex interuallo Papin. ita diuidit (meo quidem iudicio de pactis scripta nulla lex est elegantior: quidquid enim de viribus eorum pactorum dici potest, paucis comprehendit) vel inquit, ea pacta adiiciunt aliquid emptioni, vel detrahunt: Quæ adiiciūt non inesse ex parte actoris: vel quod idem est, *non contineri contractu*, id est, non formare actionem, inefficacia esse ad agendum, non inesse etiam ex parte rei: quod notandum, quia tametsi proficiant ad exceptionem, tamen eam opponi necesse est ab eo, qui pacto nititur, qui ex pacto commodum vel lucrum quęrit: nec enim ipso iure tutus est reus, & inesse tantum ea pacta dicuntur ex parte rei, quorum exceptio proponi necesse non est, hoc est, quę reo proficiunt etiam tacenti *l. 3. de rescin. vend.* Quæ vero detrahunt aliquid emptioni, insunt ex vtraq; parte: nam & actionem pariunt actori, & reum ipso iure tutum reddunt, etiamsi non opponat exceptionem pacti, *d. l. 3.* Et hoc est, quod dicitur, exceptionem pacti inesse actioni bonæ fidei, hoc est, à iudice pacti rationem haberi, etiamsi eius pacti exceptio omissa sit ab aduersario: denique potestate iudicij bonæ fidei ei exceptionem pacti inesse. Et Papin. proposita huiusmodi diuisione ac differentia pactorum, quæ aliquid adiiciunt aut detrahunt, ait, ea non esse ex eodem contractu, hoc est, ex ipso contractu, *l. 7. §. adeo, de pact.* Quod ita interpretantur Græci, κατὰ τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος, ex statu emptionis, ex natura, ex substantia, sed esse de adminiculis, sine quibus consistit substantia emptionis & venditionis, veluti de euictionis causa, vt si pepigerit ex interuallo, ne cautio duplę præstetur euictionis nomine, vel si pepigerit, vt præstetur cum fideiussore. Hæc pacta valent ad exceptionem, non ad actionem: nam si ex illo pacto, vt cum fideiussore cautio duplę præstetur, velit agere emptor, non dabitur actio: ex illo pacto, vt satisdatio duplæ præstetur, non agit emptor vt detur fideiussor, vt detur secundus auctor, hic enim appellatur fideiussor euictionis: contra ex illo pacto, ne euictio præstetur, vel ne cautio euictionis præstetur, si agit emptor ex empto de euictione, vel de cautione euictionis præstanda, poterit venditor tueri se exceptione pacti, ne præstet euictionem, atque ita pactum, quod non valet ad actionem, valet ad exceptionem. Delenda est glossa Accurs. in verbo *agente*. quod repetitur, non idem significat: nam illo loco, agente emptore, hoc est litem faciente emptore & desiderante fideiussorem euictionis nomine, pactum non est vtile, quia non parit actionem emptori, sed agēte venditore, & defendente se venditore aduersus emptorem, qui agit de euictione, pactum venditoris proficiet iure exceptionis. Recte, iure exceptionis, nec enim proficit ipso iure, quia pactum tale, ne ex parte quidem rei inest; pactum tale neutra ex parte inest, & hāc vim tantum habet, vt proficiat ad exceptionem: nam omissa exceptione pro omisso habebitur, nec supplebitur officio iudicis, quia neutra ex parte inest. Et ita sæpe commune est in iure agere & rei & actoris, vt in *l. 1. de except. l. 1. de*

A *edend.* Æquum est reo actionem edi, vt reus veniat instructus ad agendum, id est, ad defendendum causam. Ego maxime velim vos obseruare interpretationem hāc: agente emptore, hoc est, litem inchoante & prouocante ad iudicium in hoc, vt sibi detur fideiussor, pactum nihil proficere, sed agente venditore, id est, defendente litem venditore, pactum quo cum conuenit ne venditor conueniretur de euictione, ei proficit iure exceptionis. verba illa, *iure exceptionis*, significant sequentia verba (*agente venditore*) esse accipienda de reo. Accurs. comminiscitur alia pacta, nos propositis inhęremus: nunc tractemus de pactis, quæ detrahunt. Hæc sunt ex eodem contractu, hoc est, pertinēt ad naturam ipsam, & substantiam contractus. Natura contractus est, quo consistit cōtractus, & sine quo non consistit vel contractus ipse, vel
B res ipsa, quæ contracta est: substantiam dicit Papin. hoc loco, Vlp. naturam in *l. iurisgent. §. idem respondit, de pact.* non est constituenda differentia inter naturam & substantiam. Accurs. dicit, alia esse pacta de naturalibus, alia de substantialibus, quæ idem sunt. Et rursus naturalia quę vocat & accidentalia idem non sunt, veluti euictiones: quæ Accurs. vocat naturalia, & accidentalia, nos adminicula vocamus: & pacta accidentalia sunt, quia non oriuntur ex natura contractus, & per se sine his subsistunt contractus. ergo quæ ille vocat naturalia, nos non ita vocamus. pacta, quæ sunt de adminiculis, nos accidentalia dicimus. Verum ad rem. quæ detrahunt emptioni, sunt de natura & substantia emptionis: detrahunt emptioni pacta, quæ pretium, de quo conuenit ini-
C tio, minuunt: hoc fatetur statim vnusquisque. Sed hoc etiam dicimus, detrahere non ea pacta tantum, quæ diminuunt, sed etiam ea, quæ augent pretium, hoc est, quia sunt de substantia emptionis & venditionis, quia vtroque genere siue paciscantur de minuendo, siue de augendo pretio, receditur à priori emptione & noua constituitur. Sane detrahit priori emptioni, quia à priori recedit: non autem minus recedit, qui pacto auget pretium, quam qui minuit. Ergo recedunt vtroque genere à priore contractu, & constituitur nouus. Pretio enim mutato, & emptio mutatur: mutatis adminiculis, emptio non mutatur, sed adiicitur aliquid contractui, siue conuenerit de præstanda euictione, vel non præstanda. Breuiter, detrahere emptioni est ab ea recedere; adiicere est
D intacta substantia emptionis, hoc est, saluo manente contractu pacisci aliquid de accessionibus, de pedissequis emptionis venditionis. At Papin. quæsitum esse ait, an quod diximus de pactis, quæ adiiciunt, vt non proficiant ad actionem, locum etiam habeat in pactis, quæ detrahunt, puta quibus augetur vel minuitur pretium ex interuallo, an hæc etiam sint inefficacia ad agendum? Et merito dubitatum esse ait, quia hæc pacta, quæ detrahunt, quæ augent minuuntve pretium, videntur constituere nouam emptionem: sunt enim de substantia contractus, quæ consistit ex re, pretio, & consensu. Extra hæc tria, quæ accedunt, adminicula sunt contractus, non substantia, quia contractus non eget adminiculis, hoc est, contractus est, etiamsi defuerint ea adminicula, etiamsi rem habere non liceat, hoc est, etiamsi euincatur res. Quod si ea pacta nouam substantiam emptionis
E constituunt, vires igitur habent ad agendum, quia res hæc non est pactum tantum, sed contractus. Pactum quod proficit ad contractum nouam parit actionem, non quatenus per se solum est pactum, sed quia constituit contractum, ex quo certum est, nasci actionem. Et ita cum Papin. dixisset, quæsitum esse de ea re, nec quicquam definiisset, Paul. scribens notam ad Papin. rem ita definit: si omnibus integris, hoc est, nondum adimpleta emptione, nondum tradita re, nec pretio numerato, vel etiamsi adimpleta sit venditio in integrum, restitutis omnibus quæ præstita sunt, hoc est, reddita re, reddito pretio, si, inquā, integris omnibus vel restitutis in integrum, vt in *l. ab emptione 58. de pact.* rursum paciscantur de augendo vel mi-

nuendo pretio, recessum videri à priori emptione, & emptionem nouam intercessisse videri. necesse est rem esse integram, vel restitui in integrum: alioquin remaneret prior emptio, quæ ob id nondum perfecta & impleta est, nec possit sub pacto noua emptio constitui: sed si res sit integra, hoc est, si non sit impleta emptio venditio, vel, si quæ impleta est, sit rescissa reddita re venditori, reddito pretio eiusdem rei. augendo & minuendo detrahitur priori emptioni, quæ erat perfecta, etiamsi non impleta sit, & constituitur noua emptio, repetitur emptio, *l.2.inf. de rescin.vend. l.iurisgen.* §.*adeo*. Quod si noua constituitur, ergo nascitur actio, & intelligitur pactum inesse vtraque ex parte; hoc est, intelligitur contrahi noua emptio, cui insit illud pactum maioris, vel minoris pretij. Atque ita notandum ex nouo pacto effici nouam emptionem, *l.3. de pact. l.si vnus 27.* §. *idem dicimus d.t.* Hoc summè notandum: nam vsui erit ad intelligendam legem 1. *C. de pact.* quę repetitur in *l. 1. C. de pact. conuen.* & ad intelligendam *l. vlt. C. de rer. permut.* Ex quibus solis legibus refractarij efficiunt, non esse verum, quod iamdiu constituimus & probauimus, omne pactum esse nudum, & pactum nudum dici, non ad differentiam alterius quod non sit nudum, sed quasi perpetuo epitheto, quod non sit nisi conuentio nuda, consensus nudus. Et possent mouere vnumquemque aduersus hanc sententiam hæ duæ leges. *d.l.1. de pact. conu.* sententia est: Dedi dotem certa lege, certo pacto, quod posui initio dandæ dotis, vt scilicet dos redderetur soluto matrimonio. Pactum, inquit, seruari debet data actione, scilicet data *condictione*, (sic enim legendum est.) Ex eo igitur pacto datur actio: Obiicitur, ex pacto non dari actionem, & respondet, tunc hoc dici, hoc procedere, quum pactum nudum est: nam si res data sit sub pacto redhibendi, ex eo pacto nascitur actio: non videtur ergo esse nudum. nam si esset nudum, non daretur actio ex pacto nudo. Sent. legis vlt. est. Donaui tibi rem eo pacto, vt quod placuerit, menstruum seu annuum, mihi dares. ait ad implendum placitum competere mihi actionē prescr. verb. quia hæc conuentio non pacti nudi nomine censetur, *sed rebus propriis dictæ legis substantia munitur*, rei propriæ datione munitur pactum, quod dictum est. non est igitur nudum, sed munitum rei propriæ datione, atque ideo parit actionem? Sed res omnis explicanda est ex iis, quæ diximus, ex pacto nouum contractum effici, pactum proficere ad contractum. Qua de causa nonnunquam diuerso respectu idem dicitur, pactum & contractus, vt arra dicitur pactum in *l. 2. C. quando lic. ab empt. rec.* & eadem arra dicitur contractus, in *l. contractus, C. de fide instrum.* Ita etiam pactum diuisionis, vel permutationis, vel dotis, vel donationis, si modo datione sumpserit effectum, hoc est, si causam habeat, vel si stipulatione sumpserit effectum: pactum illud etiam contractus est, quia non perstitit in finibus pacti, sed peruenit ad dationem, *l. 3. C. de rer. perm. l. diuisione 45. de pact.* Est igitur munitum illud pactum datione, & nihilominus est nudum: nam si per se spectetur, solum est & nudum, siue muniatur causa, & transeat in contractum, siue lege muniatur, vt pactum de iniuriis, de furtis, siue contractui cohæreat ex continenti, siue ex interuallo. Et quod ait *d.l. legem, & d.l. vlt.* hanc habet sententiam: dote data, vel re donata sub pacto aliquo, non pactum solum esse eam conditionem, sed contractum: quia pactum non consistit in fine placiti, sed datione sumit effectum; vel potius esse contractum, cui inest illud pactum, quod tamen pactum, si per se spectetur, erit nudum. nunc erunt apertissima verba Papin. Exposui sententiā *huius legis pacta conuenta.* debeo tamen nunc etiam aperire, quæ in Glossa. Accurs. probanda vel improbanda sunt. Ac primum quidem non probaui, neque probo diuisionem Accurs. inter substantialia & naturalia, & accidentalia contractus: nam quę sunt naturalia, substantialia sunt: natura siue substantia emptionis idem est. emptionis substantia constat ex re & pretio: perficitur enim simul ac conuenerit inter emptorem & venditorem de pretio: & quæ Accurs. vocat naturalia, id est, adminicula, certe accidentalia sunt. Est enim hoc in propatulo, ea quæ non sunt ex substantia, esse ex accidentibus: & quæ Accurs. vocat accidentalia emptionis, non sunt etiam accidentalia, vt si conueniat (hoc exemplo vtitur) emptorem venditori, exemplar dare cuiusdam libri: quæ conuentio est omnino inutilis, cum nihil pertineat ad negotium venditionis, & pro non facta habetur, nisi venditor vilius vendiderit, *vt l. fundi 79. hoc tit. l.si sterilis*, §. *pen. de act. empt.* Et est eo casu conuentio ex substantia emptionis, quia est in partem pretij, non ex accidentibus. Debuit potius ita diuidere: Alia sunt substantialia, siue naturalia emptionis, quibus consistit emptio: Alia sunt adminicula emptionis, quæ si absint, emptio consistit. nonnihil tamen ad eam pertinent, eam ve corroborant atque confirmant. Alia sunt neque substantialia, neque adminicula emptionis, quę si adiiciantur, inutiliter adiiciantur, & in nihilum proficiant. Non probaui etiam neque probo diuisionem pacti nudi, & vestiti. nam omne pactum est nudum, aut sane non est pactum, sed contractus. Et vestiri ait Accurs. cohærentia contractus, aut lege, aut datione rei propriæ, vel stipulatione. vestiri cohærentia, vt si contractui bonæ fidei ex continenti pactū adiiciatur: nam non esse nudum pactum, sed vestitum siue coopertum contractu, cui iniicitur, quod falsum esse demonstrat *l. 7.* §. *quinimo, de pact.* si modo coaptetur præcedenti §. Nam vbi ait, pactum nudum non parere obligationem, sed parere exceptionem, & subiicit, *quinimo interdum format actionem*, sane est repetendum pactum nudum, ac si diceret, pactum nudum non parit actionem: imo format actionem in bonæ fidei iudiciis, si subsequatur ex continenti. id vero pactum, quod in exordio contractus bonæ fidei fit, legitimum est, cum insit contractui legitimo quasi pars: ex quo sequitur & cętera omnia pacta esse nuda, non vestita. Lex *legitima, de pact.* dum ait: *interdum ex pacto nasci actionem: veluti ex legitimo*, id est, *quod lege vel Senatusconsulto confirmatur*, satis demonstrat, pactum legitimum esse nudum: nam si nudum est, de quo etiam regula concipitur, consequens est, & nudum illud, quod à regula excipitur: ergo pactū legitimum est nudum. sic pactum dotis dandæ, quod hodie est legitimum ex constitutione, parit actionem etiam non secuta stipulatione & datione dotis solemni: nuda pollicitatio dicitur, *l. ad exactionem, C. de dot. promis. l. nuda, C. de contr. stipul.* In titulo de pollicit. aliter accipitur pollicitatio: non enim ibi est conuentio, sed oblatio liberalitatis erga remp. ex qua non datur actio, nisi reip. nec reip. nisi facta sit ex causa, hoc est, nisi quis vltro non rogatus obtulerit ob honorem sibi delatum: & vno casu, si facta sit sine causa, & cœperit facere, cogitur implere quod cœpit: sed in supradictis locis aliud significatur: in iis enim pollicitatio est pactum seu conuentio. Ex quibus liquet, pactum non vestiri lege: nam id etiam nudum esse, quod lex confirmat, quodque vult esse vtile ad gignendam obligationem. Falsum est etiam pactū vestiri rei datione, falsum vestiri stipulatione: nam & hoc, si per se solum spectetur, nudum est, vt in *d.l. nuda.* Et quod ait *l. vlt. C. de rer. perm.* pactum muniri datione rei proprie, hoc est, muniri contractu: datio rei proprie contractum facit, & hanc rem contractum potius esse, quo pactum illud contineatur, non pactum, quo contractus contineatur: maior enim & nobilior est causa contractus, & nihil refert pactum, an contractus sequatur, *l. pacta 12. C. de pact.* sicut pactum quod sequitur, inest contractui, ita quod præcedit: intellectu enim sequitur, etiamsi non tempore: atque ita fit, vt pacto contrahatur emptio venditio: nam ita positum est in *h. l. & in l. si vnus* §. *idem dicemus, de pac.* si emptio pacto contrahitur, & locatio igitur, & societas & mandatum, quæ negotia iure ciuili nudo cōsensu cōtrahuntur,

hoc est, nudo pacto, vel sumunt initium ex nudo pacto, atque inde transeunt in nomen cõtractus, quo nomine fit, vt plus æstimentur, quã pacta: & iure honorario hypotheca contrahitur nudo pacto conuento, *l. 4. de pign.* Pactum autem conuentum, & nudum idem est. Pacta igitur, quæ transeunt in aliud nomen, quæq; datione aut stipulatione sumpserunt effectum, pactorum principale nomẽ amiserunt, & contractuũ assumpserunt, qui tamen nec vnquã pacta nuncupantur, licet pactis constituti sint: sunt enim plus quam pacta, sed his pacta inesse dicũtur, siue præcesserint, siue secuta sint. Vera diuisio est hęc conuentionũ, alias esse pacta, alias contractus, & coalescere pacta in cõtractus: falsa hæc, nuda alia, alia vestita esse. non est etiã probandum quod ait Accursius, pacto ex continenti apposito de augendo vel minuendo pretio, non tolli priorẽ emptionem: nam hoc proinde est ac si diceres, non licere pœnitere ex continenti, vt, fundus ille esto emptus decẽ, imo duodecim, quod est aperte falsum, vt *l. si ita scriptum 67. de hered. inst. l. 21. de manum. test.* Nec obstat lex *non ad ea 88. de cond. & demonstr.* nam lex illa loquitur de eo, qui incontinenti legauit eidem personæ, primũ pure, deinde sub conditione, non vt se corrigeret, sed vt legatarius eligeret, vtro iure vti mallet: pone posse legatarium capere legatum ex conditione, & eo tempore esse incapacẽ, vel mortis, sed si animo corrigẽdi se, quod pure legauit, mox sub conditione legauit, sane testator reuocauit legatum: sic si animo reformandi contractum, idem est. Non probo, ex pacto adiecto emptioni ex continenti dari actionẽ præscript. verb. hoc non admisi: nam d. §. quinimo ait, ex eo pacto formari ipsam, id est, actionem venientem ex ipso contractu, cui adiicitur. & format, non parit actionem. Et esset absurdum ex contractu aliam dare, ex lege contractus aliam: nam ita non videtur pactum contineri cõtractu. Constat etiam ex eo pacto dari actionẽ ex empto & vendito: non dabitur ergo, aut frustra actio præscriptis verbis, ad quam non descendimus, nisi quum deficit nomen contractus, & ideo quasi subsidiaria est, *l. 1. de præscr. verb.* Et hoc demum ex pacto facto in continenti, conuenienter & proprie non dabitur actio præscriptis verbis, vbi ex ipso cõtractu actio est. Nec obstat lex 3. *C. de pact. int. empt.* vendidi tibi eo pacto, vt quandoq; offerenti pretium tu eandem rem venderes. quæritur qua actione agam? lex ait, me agere præscriptis verbis, vel ex vendito, quod est verius, quasi non sit ex pacto emptio transformata: pacto illo non desinit esse emptio venditio. Igitur est superuacua actio præscriptis verbis. Adde *l. Labeo 50. hoc tit. l. si fundus, de leg. commiss.* quæ dicit, hodie non posse agi ex vendito ad rescindendam venditionem, vt quod ego vendidi, tu reuendas mihi: hodie igitur est certum mihi dari actionem ex vendito. Olim quidam dubitabãt, an daretur actio præscriptis verbis, an ex vendito, & ita in *l. si conuenit, inf. de rescind. vend.* Male etiam Accurs. pacto ex continenti veterem actionem informari. Quid est informari? corrupte legerat in *d. §. quin imo*, informat, hodie recte legitur format, vt in *l. cum dotem, C. de iure dot. l. Pomponius, de neg. gest.* Et in Basilicis, *τυποῖ τὴν ἀγωγὴν μόνα τὰ ἐν ἀρχῇ συνφωνούμενα.* formare ipsam obligationem, est ipsam legem dare & præscrip. verb. aliquam, vt in *l. contractus 23. de reg. iur. l. 1. si conueniat, depos.* Et pactum illud, quod sequitur ex continenti vel format actionem statim, vel postea, vt Accursius recte docuit duobus exemplis: vt si venditio fuerit conditionalis, ergo imperfecta, & conuenerit, vt interim ea res esset periculo emptoris: quod pactum si valet, iuri præstat: nam contra ius ita se habet, vt ante perfectam emptionem rei periculum respiciat emptorem, sed valet pactum: verum si res interierit, antequam conditio existat venditionis, non formabit actionem. Item si vendidi tibi rem certo pretio, & ea lege, vt quo pluris eam venderes, id etiam mihi præstares propter certum illud pretiũ, quod dixi initio, non potest agi ex pacto, antequã vendideris. Et post hęc Accurs. explicat casus, quibus pacta facta ex continẽti non proficiant ad actionem. Fateor vnũ esse in *l. quod si locus, de religios.* alterum in *l. seruus ex lege, de seru. export.* quam exponam: nego autem esse quartum casum in *l. quamuis, C. de vsur.* quæ ostendit, ex pacto adiecto incontinenti pecuniæ non posse peti vsuras, nisi subsecuta sit stipulatio: nam non est hic casus vllus propter odiũ vsurarũ sc. si generale est in contractib. stricti iuris, pacta etiamsi fiant ex continenti, non inesse ex parte actoris *d. §. quinimo, l. in bonæfid. C. de pactis.* inesse tamen ex parte rei, *l. lecta, de rebus credit.* notant casus quibus pacta ex interuallo proficiũt ad actionem: vnum habuimus in *hac l. pacta conuenta*, si sc. sint de substantia emptionis. admitto. alterũ de cõstituta pecunia, vt si quis post longũ interuallum constituerit se soluturũ, vt actio sit ex pacto, quo solo fit constitutum iure prætorio, & de pecunia cõstituta, sicuti est de pignore siue hypotheca, etiamsi fiat ex interuallo. Sequẽtes tamen casus non admitto ex l. *si quis argentum, C. de donat.* qua lege Iustin. efficit, vt donatio perficiatur nudo cõsensu, & vt ex placito solo donationis detur actio, cum tamen olim non perficeretur donatio nisi re, id est, mancipatione vel traditione: hodie donatio est contractus, qui perficitur pacto: sed illud non fit ex interuallo, sed ab initio constituit contractum donationis: nihil igitur casus ille pertinet ad pacta. Eadem ratione non admitto casum legis *ad exactionem, C. de dot. promiss.* quia pactũ dandæ dotis non potest videri factũ ex interuallo, cum non sit factũ post alium contractũ. eadem ratione nõ admitto casum, quo ex pollicitatione Reipublicæ datur actio: nec enim pollicitatio respicit contractũ vllum. nec postremo casum *l. periculi, de naut. fœn. l. etiam, de vsur. l. frumenti, C. eod.* nam tres illę leges sunt de pactis, quę sunt ex continenti, & sunt singulares tãtum casus quibus formatur actio stricta ex pacto contractui stricto in continenti adhibito: primum ex pacto reipub. debentur vsurę. Itemque cuilibet debentur vsuræ pacto adiecto statim, si non nummorum mutuum contractum sit, sed frumenti, frugum, olei, quæ recipiunt vsuras: debentur etiam cuilibet, si creditor susceperit periculum pecuniæ. Non est reprobandum quod Accursius ait: Si rem tibi dedi sub lege aliqua, quæro an eam rem possum vindicare pacto non impleto? Respondeo, si dedi rem sub conditione, vel modo, qui modus plerumque pro conditione habetur, non impleta conditione mihi competit vindicatio, quia cum res imperfecta fuerit, non videor transtulisse dominium, *l. 1. C. de donat. quæ sub modo, l. 3. & 4. & l. cum te, C. de pactis inter empt. & vend.* nec inspicitur solutum fuerit pretium nec ne. Sed si tibi dedi pure, finge, iure emptionis, non iure precarij, non enim transferrem dominium, & conuenerit, vt mihi reuenderes eandem rem, vindicatio cessat, competũt tantum personales actiones. Et postremo quod ait, cum actione, quæ habet nomen proprium non concurrere condictionem sine causa, vel ob causam, id falsum est. Sententia Martini verior, quæ vult nos ex omnibus contractibus posse vti condictione sine causa: certe condictio generalis datur ex omni causa, & confirmatur *l. ex empto 11. §. is qui vina, de act. empt.*

Ad §. vlt. l. pacta conuenta.

Papinianus: lege venditionis illa facta: si quid sacri aut religiosi aut publici est, eius nihil venit: si res non in vsu publico, sed in patrimonio fisci erit, venditio eius valebit: nec venditori proderit exceptio, quæ non habuit locum.

IN legibus prædiorum vendendorum hæc est frequens pactio: *si quid sacri aut religiosi, aut publici est, eius nihil venit*, quæ exceptio dicitur hoc loco, quoniam à venditione prædij excipit loca religiosa, sacra, publica, & hac ratione, nisi mauis depectiones, *l. iurisg. §. adeo, de pact.* pacta exceptiones vocari videntur. Et huic similis est illa ex-

ceptio, quæ in legibus publicis populi Rom. adscribi solet, *si quid sacri & sancti est, quod iure non sit rogatum, eius hac lege nihil est rogatum*, apud Valer. Probum. M. Tull. pro domo sua: *& non exciperes, vt si quid ius non esset rogari, eius ea lege nihilum rogatum*. sic etiam in oratione pro Cecinna conscripsisse Syllam, si quid ius non esset rogare; eius ea lege nihil rogatum. Videtur autem illa pactio siue exceptio esse superuacua, quia ipso iure ita se res habet, etiamsi non adscripta sit, etiam non facta ea lege venditionis: nec enim potest locus religiosus aut sacer transferri per venditionē in emptorē: nam harum rerum cōmercium non est, *l. seq. h. tit. l. 6 §. eo. l. locum, C. de relig. l. 5. sup. de sep. viol.* licet cedere possit in modū agri, id est, cōputari, si id actum sit inter emptorem & venditorem. Finge, venditorem dixisse in fundo esse 1000. iugera, si modo in eum computarentur etiam loca sacra aut religiosa: non venierunt quidem (nec enim potuerunt) sed tantum computantur in modum agri, nec videtur mentitus venditor: sed si id actum non sit, vt ea loca computarentur, sane vt non venierunt, nec sane potuerunt, ita nec computabuntur, *l. id quod, supra de per. & com. rei vend.* Cæterum etiamsi de eo actum sit nominatim, loca sacra aut religiosa non continebuntur emptione, quia religio ea loca eximit commercio hominum. Idemque iuris est in locis publicis: nam & loci publici commercium non est, vel (vt alij loquuntur) promercium non est, id est, ius emendi & vendendi. an ergo dicemus eam legem esse superuacuam? minime: nam etiamsi locus sacer aut religiosus specialiter venire non possit, tamen si modicus sit, si modica species ædis, vel fani, vel sepulchri vel luci, tacite quasi accessio sequitur venditionem fundi, si is locus exceptus non sit, id est, si adscripta venditioni ea lex non sit, & competit actio ex empto, vt fundus totus non deducto eo loco præstetur, *l. in modicis 24. hoc tit.* atque ita, etiamsi locus modicus sepulchri non possit vænire specialiter, tacito iure tamen accedere potest emptioni maioris partis. Et ita Tiberius Imperator apud Corn. Tacit. lib. 1. non fieri contra religionem, si effigies Augusti venditionibus hortorum, atque domuum accederent. Et simili modo licet rei suæ nulla sit emptio, tamen cum tota re, etiam suam partem emere quis potest, *l. quod si vno, in fine, de in diem addict.* Finge: venditus est fundus pluribus, & addictus in diem, vt eorum is fundus esset, eumque perpetuo iure retinerent, nisi intra certum diem aliquis meliorem conditionem offerret, id est, pluris licitaretur, plus adiiceret pretio. an vnus ex emptoribus potest adiicere, atque ita ex posteriori emptione nancisci totum fundum, quod non sibi soli venierat, sed & aliis collegis? Et ait posse, quoniam emere cum tota re etiam partem nostram possumus. ergo emptioni fundi accedit sepulchrum, quod in eo est, id est, sepulchri locus modicus, si exceptus non est locus amplior reliquo fundo. amplissimum sepulchrum non accedit, sed modicum tantum, si modo non sit exceptus. Hoc non est perpetuo verum. nam hoc ita procedit, si ad sepulchrum ire non possit, nisi transeat per fundum: hoc enim casu fundo cedit sepulchrum, ad quod venditori ius aditus non est. Vnde: si venditor ad sepulchrum venire possit per viam publicam, quæ recta eum ducat ad sepulchrum, hoc casu non sequitur sepulchrum emptionem fundi, quasi intelligatur hoc non esse actum, vt sepulchrum sit accessio fundi. Quod eleganter in *l. si mercedem 35. §. 1. de act. empt.* Labeo dicebat, si fundum vendidisti, in quo est sepulchrū, nec nominatim sepulchrum excepisti, sepulchrum sequitur emptorem, & tu eo nomine parum tibi cautum habes, vt in *d. l. si merced. §. vlt.* parum tibi caueris, & in condemnationibus parum cauisse videris apud Festum. ergo sepulchrum sequitur emptorem. Paulus notat: imo quandoque non sequitur, si videlicet in sepulchrum iter publicum transeat, id est, si possit venditor ire in sepulchrum, non eundo per fundum: hoc casu non tacite accedit sepulchrum, &

A de sepulchro loquimur non excepto. Vbi autem excepit, atque ita bene sibi cauit, sepulchrum, inquam, in quod non ducebat iter publicum, & nihil dixit de itinere vel aditu præstando, videtur etiam excepisse iter vel aditum, licet non excipiat palam, *l. si venditor 11. de religios.* quia sine aditu nullus est vsus portionis istius, & non tantum videtur (mea sententia) iter vel aditum, sed & ambitum ad funus faciendum excepisse. Nam etiam sepulchrum est inutile sine ambitu in frontem, & in latus, quod ita caueri solebat, *l. 5. de sepul. viol. vt iter, & ius aditus, ambitus funeris faciendi esset.* sic malim legere ex antiquis inscriptionibus: neque enim est vtile sine aditu, & rursus inutile ius adeundi sine ambitu ad funus faciendum, iustaque perficienda: vt excepta aqua, etiam excipitur ambitus aquæ, nedum iter. quin exceptio itineris & aquæ nihil

B proderit nisi præstetur etiam ambitus, *l. qui duo prædia, de ser. rust.* Vendidit quis fundum, sed excepit aquam, & circa eam 10. pedes, vt in *l. Rutilia 69. hoc tit.* Loquimur autem de sepulchro quasi de re, cuius commercium non est, quæ tamen, si modicum locum occupet, tacite sequetur emptionem: de monumento non loquimur. nam monumenti vel cœnotaphij venditio valet, quia non est locus religiosus, *l. 6. §. vlt. l. quod si locus 11. de religios.* non est sepulchrum, nisi in eo sit quis sepultus: non est igitur religiosus, nisi sit mortuus illatus. monumentum est locus purus, in quem, si nondum illatus est mortuus, si modo proprie accipiamus pro memoria solum, non pro loculo mortui. Quandoque etiam monumentum appellabant veteres memoriam

C in antiquis inscriptionibus, *memoriam sibi consecrasse vxori & liberis*, id est, monumentum, in quod postea inferrentur, & illatione fit sepulchrum & desinit esse monumentum, atque ita exiit commercio: Abusiue etiam accipitur pro sepulchro in *l. 4. C. de relig.* quasi non constaret, an sepulchrum, vel monumentum dici debeat. Leguntur studiose à quibusdam inscriptiones sepulchrorum (quod laudo valde) sed ex iis, qui hoc studio delectantur, reperi quosdam, qui existimabant ius sepulchri etiam pertinere ad libertos: sic enim inscribitur sæpe, *sibi & vxori, & liberis, libertis, libertabus. & posteris eorum.* indeque augurantur ius fuisse sepulchri libertis. falso. IC. ea verba non spectant, nec cōstitutiones principum: nam sepulchrum vel est hereditarium, vt si defunctus constituerit sibi & suis, vel si hereditario iure acquisierit, vel est

D familiare sepulchrum, quod constituitur non heredibus tantum, sed & familiæ: & si sit hereditarium, inscriptio sepulchri libertis non tribuit ius sepulchri, *l. 6. §. liberti, de relig. l. monumentorum, C. de relig.* vel si sit familiare, etiam illa inscriptio non tribuit ius libertis, nisi in familia permanserint, id est, in nomine. Quid enim si per arrogationem transierint in aliam familiam? verum ad rem. Sepulchrum quod exceptum non est, ita demum sequitur emptionem fundi tacito iure & intellectu, si amplior sit fundus quam locus sepulchri. Videamus quid dicendum, si religio occupauit omnem fundum, vel maiorem partem fundi? Venditio nulla est, & non compellitur emptor adimplere emptionem, sed etiam quod soluit forte per errorem

E pretij nomine, condicere potest quasi indebitum, *hac lege, & seq. hoc tit.* Vnde si venditor ignorauit maiorem partem fundi teneri religione, vt & aliis plerisque casibus, ignorans venditor ignoranti emptori tenetur condictione indebiti, vel condictione sine causa, quoties emptio nulla est. Ibi enim cessat actio ex empto, *l. suæ rei 16. l. cum ab eo, l. 41. §. vlt. l. domum 57. hoc tit. l. cum hered. de hered. vend.* Et hoc si vterque ignorauit: nam venditor sciens emptori tenetur vtili actione ex empto. proprie nulla est actio ex empto vendito, sed propter dolum condemnabitur emptori, quamuis nulla sit emptio actione ex empto in id, quod interest. an & ipse vicissim aget ex vēdito, vt pretium recipiat? minime. non potest compellere emptorem, qui dolo caret, vt impleat, sed emptor non ali-

ter conſequitur id, quod intereſt, quam ſi vltro obtulerit pretium, & ſoluerit, de quo conuenit, *l. qui officij 62. §. 1. h. t. l. oſſa §. 1. de religioſ. §. vlt. Inſt. de empt. & vend.* Qui §. eſt intelligendus de venditore ſciente, & emptore ignorante, cum dicat emptorem deceptum: nemo enim decipitur, niſi ignorans, & nemo decipit niſi ſciens. Ignorans autem vẽditor ſcienti emptori nec tenetur ex empto, nec condictione indebiti, ſi ſoluit ſciens: condictio datur tãtum erranti, non donanti: ergo ignorans venditor nulla actione tenetur emptori: quemadmodum nec emptor ignorans venditori vlla actione teneri poteſt: ſed addendum, venditori emptorem non teneri actione ex vẽdito, quamuis emptor in dolo fuerit, quia etſi iure ignoranti competit actio ex vendito aduerſus ſcientem, tamen effectu carebit ea actio, id eſt, nihil ex ea conſequitur venditor, niſi vltro præſtiterit, quod vendidit: nec enim poteſt cogi præſtare emptor quod conuenit, niſi venditor præſtet quod vendidit: atqui hoc caſu non poteſt præſtare quod vendidit, nec æſtimationem eius, quia res eſt inæſtimabilis. relinquitur igitur neutra ex parte naſci actionem, *l. ſi in empt. §. item ſi, hoc tit.* Quod ſi vterq; ſcierit, multo magis. ſed neque emptori dabitur condictio. Ad hæc quæritur quonam modo nomen publici accipi hac l. debeat, quia eſt nomen ambiguum? Publica dicuntur duobus modis: Quæ ſunt in vſu publico, id eſt, quæ nullius in bonis ſunt, quorum tamen vſus omnibus patet promiſcue, & quæ non ſunt etiam diuini iuris, neque humani, ſed quæ in publico tamen, vt theatra, ſtadia, campus Martius, vt viæ publicæ, vt littora: & vt adiicit *l. id quod, de per. & comm. rei vend.* limites decumani vel cardines, qui iter populo præbent, ex lege Sempronia *de limit. agrorum.* Horum locorum commercium non eſt: hæc loca excipi videntur hac lege venditionis. Alia ſunt publica, quę ſunt in patrimonio populi vel fiſci, quæ ſunt in reditu populi vel reipublicæ, veluti lacus, ſtagna, *l. 6. in princip. hoc tit. l. inter 17. de verb. ſignific.* Et hæc poſſunt vendi, ſicut res aliena quælibet, licet ſua non ſint. Si poſſum vendere rem tuam, & rem populi, igitur & fiſci, & reipublicæ: nam conſtat vendi poſſe rem alienam, & naſci obligationem; non teneri venditorem rem facere emptoris, ſed ſufficit poſſeſſionem vacuam tradere. Sed ſi res euincatur iure iudicioque, tenetur venditor: & ſi ſciens, tenebitur ex empto de dolo malo, & emptori tantum tenetur præſtare venditor poſſeſſionem vacuam, vt ſe purget à dolo malo, *leg. rem alienam hoc tit. l. 1. de rerum permut.* Ergo vendi poſſunt res, quæ ſunt in patrimonio fiſci, in pecunia populi, in dominio populi vel fiſci. Qua de cauſa illa exceptione, *ſi quid publici eſt*, & res illæ non continentur, quarum proprietas pertinet ad fiſcum. nam excipiuntur tantum ea, quæ ius non eſt vendere, ac ſi ita dixiſſet: *ſi quid ſacri aut religioſi, aut publici, quod ius non eſt vendere*, vt in legibus publicis populi Romani, *ſi quid publici eſt, quod ius non eſt rogari*: diximus ea, quæ ſunt fiſci, non eſſe extra commercium. Imo (inquit Accurſius) non poſſunt vendi ſine iuſſu principis lege Regia. Poſſum rem alienam priuati hominis vendere ſine iuſſu domini, & emptio conſtat: rem fiſci non poſſum vendere ſine iuſſu principis. Et mouetur *l. 39. §. vlt. de leg. 1.* peſſime: non loquitur is §. non de publicis rebus, id eſt, non de iis, quæ ſunt in priuato ærario, vel non loquitur de iis, quæ ſunt in patrimonio publico, ſed de iis, quæ ſunt in priuato patrimonio Principis. Duplex eſt patrimonium, aliud publicum quod pertinet ad fiſcum, aliud priuatum Principis, vt Albana villa, horti Salluſtiani. Quædam ita ſunt bona redacta in formam patrimonij Principis, quibus præeſt procurator patrimonij Principis: horum bonorum, etiamſi ſint priuata Principis, commercium tamen non eſt. non ſolent diſtrahi ne à principe quidem: poſſunt tamen diſtrahi à principe iure noſtro, nec reuocari debet venditio, vel poſſunt diſtrahi iuſſu principis, non aliter: non poſſunt igitur diſtrahi ea bona iniuſſu principis. Sed fruſtra cõfundimus ea cum publicis, cum iis, quæ ſunt in patrimonio fiſci: hæc vendere quis poteſt ſine voluntate principis. priuata bona principis, quæ vſui eius reſeruata ſunt, vendi non poſſunt abſque eius iuſſu. Intelleximus ex hoc §. rem, quæ in patrimonio fiſci, in bonis fiſci, id eſt rem fiſcalem, ſicut rem alienam quamlibet vendi poſſe à non domino, & contrahi obligationem venditi, & empti vtrinque, etiamſi dominium rei non transferatur in emptorem, ſed poſſeſſio tantum: cui ſententiæ obſtat lex 39. §. vlt. de legat. 1. ad quam reſpondi vt debui, ſed non breuiter & enucleate, vt volui. Reſpondeo igitur, illam legem non loqui de re fiſcali, ſed de priuata re principis. Alia ſunt fiſcalia, alia patrimonialia principis: vel alia in patrimonio fiſci, alia in patrimonio priuato principis. Rei fiſcalis eſt commercium, rei priuatæ principis non eſt commercium: quod confirmat *l. 9. & 10. C. de fund. patrim. lib. 11. l. 9. C. de omni agr. deſert, eod. lib.* Eidem ſententiæ obſtat, quod res fiſci non poteſt vſucapi, *§. res, Inſt. de vſucap.* Videtur ergo nec vendi poſſe, vt res furtiua non poteſt vſucapi, nec igitur vendi à quolibet, *l. ſi in empt. §. item ſi, eod. tit.* Reſpondeo, hoc non eſſe perpetuum, vt quæ non poſſunt vſucapi, non poſſint etiam vendi. res pupilli non poſſunt vſucapi, *l. bonæ fid. de adquir. rer. dom.* poſſunt tamen vendi: & vendi poteſt etiam ſimiliter res fiſci. res incorporales vſucapi non poſſunt, & vendi tamen poſſunt. Plerunque tamen è contrario, quod vendi non poteſt, nec vſucapi poteſt, vt fundus dotalis ex l. Iulia non poteſt vendi, nec vſucapi, *l. ſi fundũ, de fund. dot.* res ſacra, ſancta, religioſa non poteſt vendi, ſane nec vſucapi. liber homo vendi non poteſt, *d. l. ſi in emptione §. liberum*, niſi ſeipſum vendat prodita libertate ſua, & conſequenter nec vſucapi poteſt, *l. vſucapionem, de vſucap.* res publica populi Rom. id eſt, quæ eſt in vſu publico, vt via publica, non poteſt vendi: *d. l. pacta conuenta §. vlt.* non etiam vſucapi, *d. l. vſucap.* His vero quæ ſupra dicta ſunt ad *§. vlt. de ſepulchris & monumentis*, quoniam in ea re errore labuntur nonnulli, velim vos addere, de iure veteri *monumenti* nomen eſſe varium & multiplex. Alias ſepulchrum, & proprie eſt locus purus ea mente conſtructus, vt in eum inferatur mortuus: alias eſt κενοτάφιον. Et male Accurſ. in *l. 6.* in qua prius agit de monumento, deinde de κενοταφίῳ, & ait, monumẽtum purum, quod nondum tranſierit in nomen ſepulchri poſſe vendi, poſſe donari, quod nondum ſit locus religioſus: & ſequitur, cenotaphium etiam poſſe vendi & donari, quia non eſt locus religioſus: manifeſte ſeparatur monumentum à κενοταφίῳ. Separatio hęc eſt, quia etiamſi κενοτάφιον vocetur aliquando monumentum, vt in *l. monumentum 42. eod.* tamen monumentum eſt proprie, in quod inferẽdus eſt mortuus: κενοτάφιον in quod nec illatꝰ, nec inferendus eſt mortuus, quod ædificatur memoriæ tantum & honoris cauſa: & illuſtribus viris ſolebat olim in multis locis, in quibus illi aut vixerant, aut præclari quid geſſerãt, extrui κενοτάφιον, in quod tamen poſt mortui non inferebantur: monumentum poteſt fieri ſepulchrum. Ab his etiam diuerſum, quod dicitur monumentum ſepulchri: nam *l. funeris 37. §. vlt. de relig.* dicitur, quod factum eſt, muniendi & cuſtodiendi ſepulchri gratia Aliud eſt monumentum. Et breuiter, monumentum ſepulchri eſt tutela ſepulchri, vt patet ex quibuſdã antiquis inſcriptionibus: nam ſepulchra habebãt porticationes quaſdam vel macerias intermedio aliquo ſpacio puro, & dicebatur etiam tutela & taberna, quum ædificij huius monumenti tutela eſt: & alibi, huic non cedunt agri iugera 20. & taberna, quæ proxime lucum eſt.

Ad l. 5. de ſeruis export.

Cui pacto venditoris pomerio cuiuſlibet ciuitatis interdictũ eſt, vrbe etiam interdictum eſſe videtur, quod quidem alias cũ principũ mandatis præciperetur, etiã naturalem habet intellectum, ne ſcilicet, qui careret minoribus, fruatur maioribus.

HÆc *l.* & *l.7.* eodem, sunt etiam de pactis venditionis: pactis, inquam, adiectis ex cõtinenti venditioni. Legis 5. apertissima verba sunt. Finge: seruus venditus est ea lege, ne sit in pomeriis vrbis, id est, vt exportetur extra pomerium (quod Græci dicunt vendere *ἐπ' ἐξαγωγῇ.*) Ea vero lex venditionis seruanda est, alioqui venditori competit manus iniectio in seruum, si eum loco interdicto comprehenderit, vel etiam datur ei pœnæ promissæ petitio aduersus emptorem: ea vero lege venditionis non tantum pomerio, sed etiam vrbe seruo interdictum videtur. si non licet esse in pomerio vrbis, nec in vrbe igitur, argumento à minori. Et hoc ita obtineret, etiamsi deessent mandata principum, quibus id cõstitutum est. Et hoc est, quod ait Papinianus eleganter in hac lege quum ait, *quod quidem alias, &c.* Qui locus facit aduersus eos, qui dicunt, nullam fieri legem, nisi de re dubia: imo fiunt etiam leges de re certissima, quæ per se satis plana est, & per se etiam obseruatur sine legibus in *l. εἰδέναι* 13. §. *consequens, de excusat.* At non videtur interdictum suburbiis. Et ideo dicimus, ei cui est interdictum pomerio, non videri etiam interdictum suburbiis, & continentibus ædificiis, quia pomerium non significat suburbia. Pomerium finit vrbem, vel ciuitatem quamlibet: suburbia finiunt Romam. Vel aliter, vrbs finitur pomerio. Roma suburbiis. cui interdictum est vrbe, & pomerio, ei non videtur interdictum suburbiis: Quod probari potest ex Oratione Cicer. pro Cluentio. Sequitur vt exponamus quæstionem *l.* 7.

Ad l. 7. eodem.

Seruus ea lege vaniit, ne in Italia esset, quod si aliter factum esset, conuenit citra stipulationem, vt pœnam præstaret emptor. vix est, vt eo nomine vindictæ ratione venditor agere possit, acturus vtiliter, si non seruata lege, in pœnam, quam alij promisit, incidit. Huic consequens erit, vt hactenus agere posit, quatenus alij præstare cogitur: quidquid enim excedit, pœna, non rei persecutio est. Quod si ne pœnæ causa exportaretur, cõuenit, etiam affectionis ratione recte agetur. Nec videntur hæc inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem intersit hominis: enimuero pœna non irrogata indignatio solam duritiem continet

SCiendum est, hoc inter cætera differre stipulationem à cæteris contractibus, quod ex cæteris non detur actio, nisi ei cuius interest: ergo nec ex pacto in contrahendo facto incontinenti: denique ex aliis contractibus, vel ex eorum legibus non ago, si mea non intersit: non ago ex vendito, nisi mea intersit. vtilitatis causa comparatæ sunt actiones: vbi nulla subest vtilitatis ratio, nec vllo remedio iuris opus est, nullave actio postulanti datur, *l. qui fundum, loc. l. si procuratorem* §. *mandati, mand.* Et hoc est, quod Cicero ait: *Expressas esse actiones ex cuiusque damno & iniuria*: nam quod interest, constituitur ex cuiusque damno & iniuria: & est vtilitas, quæ mihi aufertur vel intercipitur, aufertur damno dato, intercipitur lucro defraudato, quod alioquin eram facturus, vel id quod interest, est res, quę ex patrimonio mihi abest, quamve lucrari potui, *l. si commissa, rem rat. hab.* res dicitur, vt in formula stipulationis, quanti ea res est dari, quæ fit frequenter, non semper: & plus dicit, qui *rem* dicit, quam qui pecuniam, etiamsi plurimum non dicatur cuiusquam interesse, nisi pecuniariè intersit. Latiore verbo *rei* vtimur definiendo id quod interest, quam sit verbum pecuniæ, quia in æstimatione eius quod interest, non tantum habetur ratio pecuniæ, quæ abest, quamq; seruare potui, sed etiam affectionis cũ humanitate coniunctæ, & pij desiderij, maxime si sit iudicium bonæ fidei, id est, non tantum spectatur, quid pecuniæ meæ decesserit, quidve accedere potuerit, sed etiam habetur ratio desiderij mei pij & iusti: quod Papin. ostendit in *h. l.* & in *l. cum seruus, sup. mand.* Seruus

A extraneo se emi mandauit, vt deinde manumitteretur, atque ita contraxit mandatum cum extraneo: & acquisiuit mandati actionem domino: extraneus emit seruum, nec tamen manumittit: Papinian. ait, venditori dari non tantum actionem ex vendito, sed & mandati, quasi quæsitam per seruum, vt seruus manumittatur. Dices, nihil eius interest seruum manumitti: imo potest eius interesse: fac eum seruum fuisse filium eius naturalem, vel esse fratrem: interest mea filium meum, aut fratrem manumitti, etiamsi non pertineat ea res ad patrimonium meum, sed ad benignam affectionem meam, quia scilicet, bono viro conuenit credere, interesse mea filium naturalem, aut fratrem manumitti, licet eo non manumisso, patrimonium non intercipiatur. Et similiter bo-
B nus vir interpretabitur, semper mea interesse, filium meum, aut fratrem meum manumitti, non exportari, non male tractari, non pœnæ subiici: atque ita bonus vir, qualis est arbiter bonæ fidei, interpretabitur in iudiciis bonæ fidei non tantum nostra interesse ratione nostri patrimonij, sed etiam ratione affectionis benignæ & officiosæ, quam explere quis summopere cupit; secundum quæ, lucrum esse interpretabimur, non tantum rem facecere, & augere patrimonium, sed etiam potiri concupito, si modo animi ea fuerit affectio pij & beneuoli, qualis est patris erga filium, & fratris erga fratrem: imo & hominis cuiuslibet erga hominem, quia homo hominis est cognatus iure naturæ, *l. vt vim, de Iust. & iur.* quum, inquit, *cognationem quandam inter homines natura consti-*
C *tuit, consequens est*, &c. Et obseruandum in ea l. tacite hoc argumentum: inter quos est cognatio, horum alterum alteri insidiari nefas est; inter homines natura constituit cognationem, ergo, &c. Denique lucrum est dare beneficium amico, inire gratiam alienam, gerere negotia aliena, & suo animo indulgere, & satisfacere bene cupienti alteri *l. 1. C. de hered. tut.* lucrum scilicet esse, si quis per gratiam aliquid præstiterit alteri: vnde Græci *κέρδος ἐστι, καὶ ἡ τοῦ σκοποῦ ἀποπλήρωσις*: *lucrum est etiam pertingere scopum.* Et notandum valde, quod non possum non probare, Gręcos in *d. l. 1.* non habere negationem illo loco, *quæ non lata culpæ comparari posit.* Et vt res omnis enodetur, sciendũ est ex delicto defuncti heredem non teneri, nisi in id, quod ad eum peruenit, in solidum non teneri; ex cõtractu defuncti teneri, licet
D delictum in eo versetur, vt si quid dolo fecerit, aut lata culpa, quæ est proxima dolo: nam etiamsi sit quæstio de dolo, tamen quia actio ex contractu venit, heres defuncto tenetur in solidum, tametsi nihil ad eum peruenit, *l. ex contractibus, de obligat. & action.* Cui definitioni, si ita legamus, & si tollamus negationem in *d. l.* 1. aduersabitur omnino ea lex: nam ait, heredem tutoris ob negligentiam, quæ latæ culpæ comparari possit, non oportere condemnari, id est, non teneri ex lata culpa, actione, scilicet, tutelæ, quæ venit ex contractu, non ex delicto, licet in ea possit delictum verti. Quid igitur? an dicemus hoc verum esse? Si hoc dicimus, & dicemus, eos non teneri ex dolo defuncti: nam dolus & lata culpa idem fere est. inexcusabilis culpa, quæ doli faciem
E habet, per omnia fere doli ius sequitur. Sic sane possum hoc constituere, heredem ex contractu non teneri ex dolo vel lata culpa in solidum, sed cum exceptione in *d. l.* subiecta. si lis non sit cum defuncto contestata: item, si ex damno pupilli lucrum captetur, vel gratia præstita non sit: nam si lis sit contestata cum defuncto, transfertur in heredem in solidum: item si defunctus captauerit lucrum ex damno pupilli, vel si gratiam præstiterit, heres tenebitur in solidum, ac si vellet hæc lex heredem non teneri ex quolibet dolo, vel lata culpa in solidum, sed his tantum casibus, quos diximus; quod verbum, *Gratiam*, cõfirmat eam Græcorum lectionem: nam gratia est lata culpa, in *l. si procurator* §. *vlt. mand.* Mandaui vt emeres, te empturum suscepisti, non emisti, sed accepta pecunia passus es alterum emere: dolus est: quod si

gratia ductus, passus est alterum emere, lata culpa est: Atque ita inde colligunt Græci recte, lucrum captari ex damno alterius, etiamsi quis quid faciat gratia ductus, non lucri cupiditate. Nam lucrum est gratiam inire posse alterius, lucrum est benefacere, cui cupimus bene, & in eam rem eam legem attulimus. Ex iis, quæ ante dicta sunt, intelligimus, actionem in id quod interest, esse rei persecutionem, rei verbo contineri pecuniam vel etiam affectionem benignam, animum beneuolum, pœnam non contineri. Pœna enim est extra rem, & ea re semper separatur. ergo pœnæ persecutio non est eius, quod interest, sed solius vltionis persecutio, *l. 6. §. pen. de sep. viol.* Nullus autem est contractus pœnalis, nulla lex contractus pœnalis, quia omnes pertinent ad rem familiarem, excipitur sola stipulatio: nam stipulatio potest esse pœnalis, vt si stipuler pœnam certam, nisi id feceris, de quo conuenit, etiamsi non intersit id fieri, valet stipulatio, quia non inspicitur quid intersit, sed quæ sit quantitas stipulationis, *l. stipulatio 38. §. alteri, de verb. oblig.* Et in hoc potissimum inuenta est stipulatio, vt vinculo pœnæ constringat ad id quo alioqui compelli non possit, quare fere omnis stipulatio pœnalis est: denique fit plerumque stipulatio pœnalis, aut sæpissime: contractus, aut pactio contractus pœnalis nunquam, *l. quod si locus, de religios. l. pen. sup. de pact.* Si lege venditionis paciscaris sine stipulatione, ne in locum siue agrum, quem vendidi, auferas mortuum, & si intuleris, vt præstes pœnam, pactio nulla est, quia nihil mea interest, stipulatio tamen valebit. Et idem in specie *l. 7.* seruum vendidi ea lege, vt eum emptor exportaret, quod oculi mei eum ferre non possent: vendidi eum, ne esset in Italia, & sine stipulatione pacto ex continenti facto conuenit, vt si secus faceret emptor, præstaret pœnam: factum est pactum pœnale, an ex eo pacto mihi dabitur actio? Distingue; aut mea interest seruum exportari, aut non. Si mea interest, vt puta si eum emi ea lege, subiecta stipulatione pœnali seu pacto, cum posteriori emptore agam, qua non pœnam persequar, sed quanti debeo præstare alteri ob legem non expletam. Aut mea nihil interest, vt quia nihil debeo præstare alteri, & hoc casu nulla est actio: nec enim agitur ex pacto solius pœnæ nomine, id est, quod sæuitia mea expleta non sit, quod odio meo satisfactum non sit: nam bono viro non conuenit credere venditoris interesse, quod eius animo sæuienti satisfactum non sit, *l. 6. §. vlt. hoc tit.* quasi lucro intercepto, scil. nam benigne nunquam interpretabitur eius interesse. Et ideo in bonæ fidei iudiciis eius tantum lucri ratio habetur, cuius rationem haberi bonum & æquum est, non etiam eius lucri, cuius ratio manat ex malitia, duritia, sæuitia, & crudelitate: nam causa duritiæ bonus vir nunquam permittit habere rationem eius, quod interest. Sed obiiciet aliquis, ex hoc pacto: ne seruus exportetur, datur actio, cur non etiam ex pacto, vt exportetur? Respondet Papin. diuersam esse causam harum pactionum; illam continere humanitatem, alteram esse plenam duritiei, asperitatis, & interprete bono viro interest hominis, hominem beneficio affici, propter cognationem naturalem, non interest pœna affici: aut certe bonus vir ex ea causa nunquam permittet deduci rationem eius, quod interest. Hæc est hoc loco Papin. sententia, quæ mihi mirum in modum placet, sed in ea etiam non permansit, sed retractauit eam in *lib. 27. quæst.* ex qua est lex prox. cuius vt conciliationem conquiramus, nihil est. Sunt enim plane contrariæ: nam quod scripsit libro 10. id mutauit libro 27. vt demonstrant illa verba *l. 6. hoc tit. aliquando placebat*: sed, inquit, in contrarium me vocat Sabini sententia: namque admonitus à Sabino ea retractauit. Pactum illud, vt seruus exportetur, semper continet id, quod interest, quia ideo videtur vilius vendidisse, quod adiecit, vt exportaretur: vendidissem pluris, si existimassem, te legi non obtemperaturum. Denique si agatur ex pacto, videtur agi ex

A pretio, non videtur pœnam persequi, sed rem, *l. Vendi. de cont. empt. l. si sterilem §. pen. de act. empt.* Et eadem ratione impulsus Iustin. *l. vlt. C. de pact. inter empt.* mutauit quod est in *l. quod si locus, de relig. & l. pen. de pact.* vt ne valeat pactum, ne inferas mortuum in locum, quem tibi vendidi. Imo videtur mea interesse, quia vilius vendidi, vel quod nolim mihi vicinam religionem. natura nihil facit frustra, nec homo prudens: spectaui vtilitatem aliquam, dum adieci hoc pactum. seruandum igitur. noluit Papinian. in re parum cognita diu aut stulte perseuerare: quod est argumentum magni viri, & ita Iustin. *l. vlt. §. & licet, C. de furt.* refert Papinian. variasse in alia re. Vlp. quoque Scæuolam consultissimum virum refert, quę tractauit priore libro, mutasse posteriore, *l. qui bona §. si quis duob. de acq. rer. dom.* Et memini quoque B Iulianum variasse alicubi, vt sæpe variant docti. non variant vero vulgus, & refractarij, & ineruditi.

Ad l. 68. dotis promissio, de iur. dot.

Dotis promissio non ideo minus valebit, quod ignorante initio patre, nuptiæ fuerint, si postea consenserit: cum omnis dotis promissio, futuri matrimonij tacitam conditionem accipiat. Nam etsi minor annis 12. vt maior deducta sit, tunc primum petetur, cum maior annis apud eundem esse cœperit. Quod enim vulgatum est, dotis promissionem imprimis duntaxat nuptiis destinari, neque durare obligationem, si post alterius matrimonium ei nubat, cui dotem promiserat, tunc locum habet, cum intercesserunt alia nuptiæ.

C Sciendum est, nuptias non esse iustas, quæ fiunt ignorante patre, in cuius potestate est vir aut mulier: nam in nuptiis scientia & patientia patris exigitur, idque vt est in Iustin. non est tantum iure ciuili, sed etiam iure naturæ constitutum, vt non possit mutari absque scelere. nuptiis igitur contractis ignorante patre, quia iustæ non sunt, & breuiter, quia non sunt nuptiæ, nec dotis promissio valet, quia vbi non sunt nuptiæ, ibi neque dos, *l. 3. hoc tit.* nec sponsalia, quia etiam in sponsalib. requiritur consensus patris, *l. 7. de spons.* & consequenter, nec sponsa, nec iusta vxor est, neque iusti liberi nascuntur ex ea quæ nupsit ignorante patre, nec tenetur auus eos agnoscere pro nepotibus suis, *l. 2. de rit. nup. l. Paulus, de stat. hom.* Sed quum initio factæ erunt nuptiæ inconsul- D to patre, si postea pater resciuerit nuptias, nec dissenserit, tunc iustæ nuptiæ incipiunt esse, quia videtur earum tunc primus auctor fuisse pater, *l. 5. C. de nupt.* Quib. consequens est, tunc primum iustam vxorem fieri, & iustos nasci liberos post patientiam & consensum patris: nam *d. l. 5.* est accipienda de filiis conceptis post consensum patris: hi sunt iusti liberi: non ausim dicere filios conceptos & natos ante consensum patris, fieri iustos post consensum patris, quod est notandum: nam inuenio filios naturales ex cōcubina conceptos fieri iustos, si concubina ducatur vxor: sed hoc inuenio in constitutionib. tantum, non in iure: sed non inuenio liberos susceptos, antequam nuptiis consenserit pater secuto consensu fieri iustos, nec possim hoc affirmare, nec admittere sine E constitutione. Et vt dixi *d. l. 5.* est accipienda de filiis conceptis post consensum patris. Scientia autem & patientia patris pro consensu habetur, & iustas efficit nuptias: nec enim exigitur consensus expressus, neque hūc consensum, qui sequitur nuptias iniustas, esse ratihabitionē aio: nec dixeris ratihabitione confirmari nuptias: nam si esset ratihabitio, recurreret retro, retrotraheretur secundum Iust. sententiam, quam & Sabiniani approbarunt, *l. vlt. C. ad Maced. l. donationis 2. C. de donat. inter vir.* Atqui hic consensus patris retro non currit, ergo non est ratihabitio, quia nuptiæ valere censentur, non ex quo tempore contractę sunt, sed ex quo pater resciuit, & æquo animo id tulit, *l. si vxor § si quis vxori, ad l. Iul. de adul.* Et hoc est quod dicitur in Instit. (qui locus valde

notandus) *tit. de nupt.* in nuptiis iussum patris præcedere A debere, id est, consensum, quem imitatur taciturnitas: sed vis eius sententiæ hæc est: eum cõsensum potius esse iussum, quam ratihabitionem, id est, non confirmare nuptias, iam antefactas, sed tunc eas constituere. iussum pręcedit rem, ratihabitio sequitur: *l. vlt. de bon. poss.* Non sunt igitur nuptiæ, nisi præcesserit consensus patris, id est, tùm demum sunt nuptiæ, si præcesserit consensus patris, & cum consenserit iis pater, qui non contradicendo assentire satis videtur. At inde quæritur hoc loco, si eo tempore quo filia nupsit ignorante patre, aliquis dotem promiserit, vel ipsa promiserit, nihil enim refert, hęc promissio non valet, vt neque nuptiæ: an postea conualescet hęc promissio & stipulatio dotis, nuptiis consentiente patre, etsi eam dotem non stipuletur maritus? videtur non conualescere, quia reuocari & refici non B potest, sed ipso iure non conualescit, & omnino videtur esse necessaria stipulatio noua: quia sc. regula Catoniana non petinet tantum ad vltimas voluntates, sed etiam ad stipulationes, §. 1. *Inst. de inut. stip. l. inter* 83. §. *sacram. de verb. obl.* quæ regula Catoniana hoc dictat: *quod ab initio non valet, ex post facto non conualescit*: verius tamen est, eam stipulationem conualescere, quia conditionalis fuit stipulatio, non pura. Et regula Catoniana pertinet tantum ad stipulationes puras, non conditionales, *l. 32. l. existimo* 98. *de verb. oblig.* sicut nec pertinet ad legata conditionalia, *l. cætera, de leg.* 1. *l. placet, de reg. Caton.* Omnia quæ sunt conditionalia ex post facto confirmantur: hoc conditioni innatum est, *l. 8. de reb. cred.* Stipulatio autem dotis semper intelligitur sub hac conditione, si nuptiæ C sequantur, quia sine nuptiis non est dos: & ideo ita demum illa stipulatione agi potest, si nuptiæ sequantur, vt recte ait *l. stipul. h. tit.* constat ergò, si nuptiæ sint secutæ, alioquin non constat: nam si iniustæ sint nuptiæ, non videtur impleta conditio stipulationis. Sed quod notandum, non videtur etiam defecta conditio contractis nuptiis illegitimis, & integrum est stipulatori conditionem implere: sed si defecta esset conditio, postea eam frustra adimpleret, *l. quidam* 10. *in pr. de fideic. libert.* Et secundum hoc (quod est euidentissimum) in *l. 10. de cond. & demon.* deest negatio loco vno, quam species proposita indicabit. Finge: legaui aliquid filiæ, si nupserit: illa nupsit, sed non apte, non iure, non impleuit conditionem: ergo nondum perueniet ad legatum. D sed quæritur, an postea contrahendo nuptias possit implere conditionem, & capere legatum? Quidam non posse dicebant, quasi defecta conditione: sed I C. putabat, *benignius esse dicere nondum impletam conditionem defectam.* Ita habent omnes libri, sed legendum: *benignius esse dicere nondum impletam conditionem, non defectam*: nam si defecta esset, frustra ei pareret filia: ergo, vt dixi, stipulationi dotis inest conditio, si nuptiæ sequentur, & non est ea stipulatio præsens, aut pura, & conditio eius stipulationis non videtur defecisse secutis nuptiis iniustis, sed videtur non exstitisse, & esse adhuc in suspenso, in pendenti. Quando igitur ea conditio videtur defecisse, & euanuisse ea stipulatio dotis? Distinguendum: aut sponsalia facta sunt, aut non. Si sponsalia facta sint, E non nuptiæ, & sponsalibus renuntiatum sit misso libello repudij, nuntio remisso, qui referret, nolle alterum sua conditione vti; hoc modo videtur defecisse conditio, & euanuisse stipulatio, etsi alij non nupserit mulier, & non conualescit stipulatio, si nullis aliis nuptiis interpositis cum alio quolibet, postea mulier nupserit ei, cui dotem promiserat, *l. stipulationem 21. cum l. seq h. t. l. 4. de pact.* nam stipulatio, quæ semel euanuit, conualescere non potest, *l. quæ res §. aream, de solut.* Et hoc si sponsalia facta sint. Quod si sponsalia facta non sint, non aliter videtur defecisse conditio stipulationis quam si mulier cum alio contraxerit nuptias, si alij nupserit, euanescit stipulatio, nec conualescit, si soluto matr. ei postea nupserit, cui dotem promiserat: sin autem alij non nupserit, & si post decennium ei nupserit, stipulationi dotis locus est, modo intermediæ nuptiæ cum alio non intercesserint, *l. si sponsa* 58. *hoc tit.* Euanescit ergo stipulatio, nuptiis cum alio contractis, si sponsalia facta non fuerint. Item euanescit stipulatio solo repudio, etsi alij non nupserit mulier; & ita hæc subtiliter distinguenda sunt. Et hoc est, quod ait Papinian. hac *l. vulgatum est*, dotis promissionem referri ad primas nuptias, non factis sponsalibus, hoc est, dotem deberi ei, cui promissa est; si ei priori mulier nupserit, non si post alterius matrimonium ei nupserit, quia dotis stipulatio dissoluta est, & quæ semel dissoluta est, nunquam restituitur. Et recte Papin. ait, *dotis promissionem destinari primis nuptiis, & non durare obligationem*, id est, euanescere stipulationem, *si post alterius matrimonium, ei nupserit, cui promissa dos est.* Et id locum habet, quum aliæ nuptiæ intercesserint, quod iam videtur supra dixisse. Sed illa verba postrema accipienda sunt, vt intercesserint nuptiæ cum alio, cui dos promissa non est, post promissionem dotis alteri factam: nam si antequam dos promitteretur, alteri fuerit mulier in matrimonio alterius, ea res non nocet stipulatori, cũ eadẽ mulier post alterius matrimoniũ ei nubat. Et vtitur Pap. alio exemplo. Quæstio erat de nuptiis iniustis propter ignorantiam patris. Exemplum quod subiicit, est de iniustis nuptiis propter ætatem eius, quæ nupsit. Finge: dotem promisi de ea: quæ non est viripotens, quia nubilis non est, quæ annis 12. minor.. Et ea vero vxor in domum mariti deducta est, & facta sunt solemnia nuptiarum, & accepta est igni & aqua, nec tamen sunt nuptiæ, quamdiu est impubes *l. penult. quand. di. leg. ced.* nupta non videtur, quæ virum pati non potest, quo ex loco, vt ait Festus, nihil referre dicas, *viripotentem*, vel *viri patientem.* nuptiæ non sunt, γάμος ἄγαμος. Et obseruandum ex Instit. non esse iustas nuptias, nisi masculi puberes, & fœminæ viripotentes sint. Cur puberes separat masculos à fœminis viripotentibus? non abs re sane, vt in *l. 5. quibus ex causis in possess.* Inquit prætor, *si pupillus in suam tutelam venerit, aut pupilla viripotens facta fuerit:* quare non dicit etiam cum fœmina in tutelam venerit? quia fœminæ erant in perpetua tutela. In maribus autem sufficiebat ætas maior 14. annis, qui est finis pubertatis. in fœminis quoties de nuptiis agendis agebatur, non spectabatur tantum annus 12. sed etiam an viripotens esset vt Seruius annotauit in illum locum Virgil. *Iam matura viro, &c.* nec abs re, ita scriptum est, in Institution. illo loco. Ergo si dotem promisi pro ea, quæ nondum est viripotens, non teneor ex stipulatu, antequam viripotens fuerit, quia tunc solum incipit iusta esse vxor, quum approbatur pro viripotente, referente medico, si res sit obscurior, vt & in aliis causis ius ocularem cognitionem desiderat. de quo in *l. item si, ad l. Aquil.* Quod non intelligunt vulgo: *si damnum dederit obstetrix*, inquit, *supponens, &c.* quia solebant mulieres eiusmodi videre pessos, seu πεσσὰ. Ergo cum mulier fuerit viripotens, incipit esse iusta vxor, non ex quo deducta fuit in domum mariti, nec interim videtur sponsa, quãuis sponsalia cũ minore contrahantur: non enim in iis spectatur pubertas, *l. 14. de spons.* Sed si sponsalia facta non fuerint, quæ deducta est ante pubertatem quasi vxor, nec vxor, nec sponsa fuisse censetur: Interim iniustæ nuptiæ non valent, vt & sponsalia: quemadmodum iniustum testamentum non valet vt codicillus, nisi id nominatim dictum sit: sic stipulatio, seu acceptilatio non valet, nisi nominatim dicta vel pacta sit. Et in hanc rem citatur ex libro eodem Papin. in *l. cum hic stat. 31. §. pen. de donat. inter vir. & vxor. & l. quæsitum, de sponsal.* Sola deductio in domum mariti, quæ est sedes matrimonij, non facit nuptias, sed neque sponsalia: vt sola dotis promissio non facit sponsalia, *l. si sponsa, hoc tit.*

Ad

Ad l. si vir vxori 52. de donat. int. vir. & vxorem.

Si vir vxori, donationis causa, rem vilius locauerit, locatio nulla est: cum autem depositum inter eas personas minoris, donationis causa, æstimatur, depositum est: hæc ideo tam varie, quia locatio quidem sine mercede certa contrahi non potest: depositum autem & citra æstimationem quoque dari potest §. 1. § *Vxor viro fructum fundi ab herede suo dari, quod si datus non fuisset, certam pecuniam mortis causa promitti curauit. Defuncto viro viua muliere stipulatio soluitur: vt traditio, quæ mandante vxore, mortis causa facta est: nam quo casu inter exteros condictio nascitur, inter maritos nihil agitur.*

FAcili negotio explicabimus *l.* 53. *de donat. inter vir.* atque etiam *l.* 48. *de manum. test.* quo pacto licebit breui hunc librum absoluere. non est quidem admodum difficile, quod scribit Papin. in hac l. sed valde singulare vtrumque: duas enim tractat quæstiones. Inter virum & vxorem, nec proprietatis, neque possessionis vlla est donatio, exceptis quibusdam causis, veluti exilij, diuortij, sepulturæ, & aliis quibusdam: nec explicanda mihi nunc est ratio prohibendarum donationum inter coniuges. Est enim in promptu, & illa maximè, ne se mutuo amore spolient: Nam si liceret donare, nullum facerent finem donandi. Et si idem statueres, inter amicos non esse donationem permittendam, quod possint se mutuo amore spoliare, dum alter alterum superare vellet, non recte faceres, quia inter has permittitur. Sed affectio coniugum maior est: igitur inter ipsos tantum inuenitur prohibita donatio. quo iure vtimur hodie. Donatio (inquam) inter viuos, donatio directa, sic appellatur, quæ fit inter viuos: nam donatio mortis causa recte fit inter coniuges, quandoquidem donatio mortis causa effectus excurrit in id tempus, quo coniugium esse desinit, *l.* 10. *h. tit.* Sed etiam donatio inter viuos ex SC. & ex oratione D. Antonini comparatur donationi causa mortis, quia donantis morte confirmatur, hoc est, si vir aut vxor, quæ donauit, in ea voluntate perseuerauit vsque ad finem vitæ. Viuus aut viua donationem quamlibet reuocat pœnitentia, & si non reuocauerit, mors eam confirmat, & est instar fideicommissi; atque ideo subiicitur Falcidiæ, *l.* 12. *C. ad leg. Falc.* quamuis ex donatione inter viuos alias non detrahatur Falcidia, *l. Seia* §. *vlt. de don. caus. mort.* Ex donatione (inquam) perfecta, & irreuocabili, ex donatione, quæ ab initio non valet, morte tamen confirmatur, detrahitur Falcidia, quia similis est fideicommisso, seu donationi causa mortis, quæ subiicitur Falcidiæ. Donat autem vir vxori, & contra, non tantum qui donare se dicit, vel palam confitetur, sed etiam qui vendit, aut locat aliquid vxori viliori pretio donationis causa, quæ res non valet vt donatio, neque vt venditio & locatio: ergo nec alienatio dominij fieri intelligitur, *l. nuda, de contr. empt. l. si res* 12. *in prin. de iur. dot. l. vir vxori, ad Vell.* Et hoc est, quod ait Papin. *h. l. locatio nulla est.* nihil ergo agitur, quia nec donatio est, nec locatio. Idem etiam erit, si vir vxori rem vendiderit iusto pretio, non exacturus pretium, hoc est, si fecerit pretium tantum, non exegerit, neque exigendi pretij vnquam habuit animum: nam & hæc siue venditio, siue locatio nulla est, *l. cum in vendit.* 36. *de contr. empt.* Res quidem colorem habet venditionis, locationis, substantiam non habet. multa sunt in iure colorata, commenta innumera, multa fictitia, multa sunt dicis causa, multa rerum expediendarum causa, quę leges introduxerunt, hæc recipimus: recipimus fictitias actiones, vt Publicianam, in qua fingimus vsucepisse eum, qui non vsucepit: & rescissoriam ex tit. *ex quib. caus. mai.* in qua fingimus eum non vsucepisse, qui vsucepit, & eas actiones, quæ dantur bonorum possessori, vel in bonorum possessorem, quales

A etiam Vlpian in fragm. vocat fictitias, quibus fingimus, eum esse heredem, qui non est. Recipimus fictitias & tacitas stipulationes, item hypothecas, item tacitas traditiones & fictitias, *l.* 2. *pro socio.* In hereditatibus recipimus fictionem postliminij, fictionem legis Corneliæ; in pœnis dicimus commentitio iure esse receptum, pœnam reo irrogatam non transire ad heredes. Est ergo ius quoddam commentitium, sunt iuris quædam commenta, quæ recipimus, quæ leges introduxerunt, & mores recipiunt, & præsumptiones recipimus, & nullum est in iure frequentius verbum, quam fingitur, videtur, præsumitur. Omnia sunt fictionum plena in iure, & commentitia, etiam in foro recipiuntur, vt Fabius ait, falsæ narrationes, id est, colores & figuræ: nec excluduntur statim patroni, qui, vt ad id perueniant, fingunt, B narrantque falso, &c. Colores autem & commenta excogitata in fraudem legum non accipimus, quia & ea leges ipsæ reiiciunt, vt in testamento per æs & libram recipimus imaginariam venditionem. In donatione inter vir. & vxor. non recipimus. Sed huic sententiæ obstat *l. si quis donat. in prin. de cont. empt.* Papin. ait, nullam esse venditionē, si vir vxori minus locauerit vel vendiderit: nam & locatio venditio est. At *l. si quis*, ait, si quis donationis causa minoris vendat, valet venditio, & similiter, si quis minoris locet donationis causa, valet locatio, & vtrumque est verum, si modo non accipiatur generaliter. Est enim distinguendum hoc modo: aut vendo ei, cui donare possum, & totam venditionem facio donationis causa, & non est venditio, sed donatio, vt inspiciatur magis quod est in re, quam quod est in forC mula conceptionis contractus: quod agitur potius, quā quod scribitur, *l.* 3. *&* 9. *C. de contr. empt. d. l. si quis donat.* aut pars venditionis fit tantum donationis causa, vt si vendo viliori pretio, ei, scilic. cui donare possum, non in fraudem legum, & hoc casu venditio valet, non contrahitur donatio; venditio enim præponderat, & vtrinque contrahitur obligatio empti & venditi: si vero vendo ei, cui donare non possum, aut vendo bona fide, habens reuera animum vendendi, & venditio valet, nasciturque vltro citroque actio ex empto vendito, quamuis postea mutato consilio pretium ei donauero; valet (inquam) quia, quæ primo facta est bona fide venditio, non temere retractatur, & ex eo negotio datur actio empti venditi, *l. si sponsus* 5. §. *circa*, *l. quod au-*D *tem* §. *si vxor*, *hoc tit.* aut vendo ei, cui donare non possum in fraudem legum, vt quod non possum donare palam, donem sub titulo venditionis, locationis. Et hoc casu nihil ago, siue vendo, siue dono, siue vnum nummum pro pretio posuero, siue aliud vile pretium exigam, *d. l. si quis donat.* At inde quæritur, an id, quod dictum est de venditione & locatione, quam vir facit vxori donandi causa, affectato hoc titulo circumscribendi iuris ciuilis gratia, habeat locum in deposito? Finge: vir rem deposuit apud vxorem, eamque vilius æstimauit donationis causa, non bona fide, sed in fraudem legum, ea scil. mente, vt redderet eam rem, vel æstimationem, quæ lex non facit, ne sit depositum, quamuis egrediatur terminos depositi, *l. Lucius* 24. *depos.* quia depositum E plerunque datur, vt reddatur idem, non pretium, aut æstimatio, sed vel donatio, vel venditio, vel mutuum videtur esse, si sit res, quæ constet pondere, numero, vel mensura. An vero dicimus, ideo depositum non esse, quod facta sit æstimatio depositæ rei donationis causa? Minime: quia nascitur actio depositi directa, & contraria. Et rationem differentiæ inter depositum & donationem explicat Papin. quia depositi substantia consistit sine æstimatione. Est. n. depositum, etiamsi rem depositam non æstimes. Locatio autem non est sine pretio certo, & sine pretio videtur ea, quæ fit nummo vno, vel sestertio, *l. si quis* 10. *insi. de adq. pos. l. si quis* 46. *loc.* vel etiam quæ fit pretio viliori: nam vendere viliori pretio, puta nummis 10. quæ valeat 100. non vendere,

ſed rem proiicere eſt, *l. ſi pign. 50. de euict. l. 36. mand.* Ergo imaginaria venditio eſt, quæ fit viliori pretio, ac ſi facta eſſet ſine vllo pretio: ergo nullus eſt contractus. contractus imaginarij nulli ſunt, niſi fiant dicis cauſa, *νόμου χάριν*, *h. e.* vt ſatisfiat ſolemnitatibus legum, vt in emancipationibus liberorum, & teſtamentis per æs & libram, *l. contractus 54. de obl. & act. l. nuda 55. de contr. empt.* Depoſitum autem non eſt imaginarium, ſi res depoſita æſtimetur vili pretio, quia plane æſtimari depoſitum neceſſe non eſt. Et hoc eſt, quod ait Papin. in princ. leg. Magis mihi placet, quod eſt in ſecunda parte hic. Eius interpretatio tot verba non requirit, eſt tamen valde ſingulare, quod velim ſtudioſos omnes perpetuo retinere. Nam ait, *quo caſu inter exteros naſcitur condictio rei*, id eſt, repetitio rei venditæ, *nihil agi inter maritos*, *h.e.* coniuges. Et ſpecies hæc eſt: vxor curauit heredem ſuum, quem teſtamento ſcripſerat, promittere ſtipulanti vſumfr. fundi, aut certam pecuniam mortis cauſa, *h. e.* ſi ipſa prius moreretur, ſicut etiam in *l. quod in bonis 15. §. 1. ad l. Falc.* teſtator curat heredem ſuum promittere ſe viuo ei, cui donatum vult mortis cauſa, vt aduerſus eum non vtatur l. Falcidia, vel vt certam pecuniam, ſi ſecus fecerit præſtaret: quæ ſtipulatio olim non valuit, hodie valet, quia Falcidiæ locus non eſt inuito teſtatore, ex Nouell. Iuſtin. Eodem igitur modo mulier donatura mortis cauſa, quæ donatio rata eſt, curauit promitti, ne Falcidia detrahatur. præmortuus eſt maritus ſuperſtite vxore donatrice: ſtipulatio, *inquit*, ſoluitur, quia facta fuerit mortis cauſa, *h. eſt.* ſoluitur donatio morte donatarij, perficitur morte donatoris. Et ſimiliter, ſi rem mandato vxoris tradiderat marito mortis cauſa ſub conditione, ſi ipſa prius moreretur, præmortuo marito ſoluitur alienatio & traditio, vel ſtipulatio ipſo iure. Ergo rei traditæ vindicatio mulieri competit, quia ſoluitur ipſo iure traditio & donatio, quod non obtineret in extraneo: nam extero non daretur vindicatio, ſed condictio ob cauſam, cauſa non ſecuta. Finge: extraneus donauit tibi mortis cauſa, & tradidit, vel etiam promiſit tantum, non tradidit. te præmortuo rem non vindicabit, ſed condicet, quod traditione ipſo iure non ſoluitur dominium manet apud eum, vel condicit liberationem: non enim eſt ipſo iure liberatus morte donatarij. Ex quo apparet, quod ego cenſeo valde notandum, quo caſu inter extraneos condictio naſcitur vel certi rei, quæ tradita eſt ad rem repetendam, vel incerti ad obligationem, quæ contracta eſt acceptilatione, ſoluendam: eo caſu maritus nihil agit ipſo iure, quod puto generaliter conſtitui poſſe in omnibus caſibus. Nam etſi mulier interceſſerit pro marito, ipſo iure non obligatur, *Nouella 134. cap. 8.* Quod etiam ex hoc loco recte defendes etiam obtinuiſſe ante Nouellam illam, nec ea Nouella introducit ius quaſi nouum: ſed ſi mulier interceſſerit pro extraneo non liberatur ipſo iure, ſed per exceptionem Senatuſconſulti Velleiani, *l. ſi decipiendi, ad Senatuſc. Velleian.* omiſſa exceptione ſoluere compellitur ex ſua interceſſione.

Ad l. ſi ſocius 48. de manum. teſtam.

Si ſocius teſtamento libertatem ita dederit: Pamphilus, ſi eum ſocius manumiſerit, liber eſto. Seruius reſpondet, ſocio manumittente, communem fieri libertum familiæ atque manumiſſoris. Neque enim nouum aut incognitum eſt, vario iure communi mancipio libertatem obtingere.

QVod eſt in hac lege, explicabitur vno verbo. Finge: ſeruus erat communis, vnus ex dominis eum manumiſit teſtamento ſub conditione, *ſi eum quoque ſocius manumitteret.* Non fruſtra appoſita eſt hæc conditio: alioquin ex teſtamento facta manumiſſio ab vno ſociorum non valeret ſecundum ius vetus, quo conſtitutum eſt, ſi vnus ex ſociis ſeruum communem manu-

A mittat, vt non fiat liber, ſed pars eius domini, qui manumiſit, accreſcat alteri: deſinit eſſe communis, ſed non deſinit eſſe ſeruus, quinimo fit in ſolidum ſeruus vnius. Quod Iuſtin. mutauit fauore libertatis, qui voluit ſeruum manumiſſum ab vno ſocio, fieri liberum, ſi modo pretium alter ſuæ partis referat alteri. Quæ conſtitutio ſummam habet æquitatem. ante illam conſtitutionem neceſſe erat apponere illam conditionem, *ſi alter quoque manumiſerit.* Finge: cum ita manumiſiſſet vnus ex ſociis ſeruum communem, *ſi alter manumiſerit*, ſi expleta conditio fuerit, vt perueniret ad libertatem: quod videtur abſurdum, vt perueniat ad libertatem diuerſo iure, partim teſtamento, partim vindicta, quia eum alter ſocius, qui ſuperſtes erat, manumiſiſſet. hæc res non of-

B ficit libertati: erit igitur libertus communis, hoc eſt, eius, qui manumiſit inter viuos, & libertus familiæ defuncti, h. e. orcinus. ergo erit libertus diuerſo iure. Et obſeruandum libertum Orcinum appellari hoc loco libertum familiæ: non eſt libertus heredis, non eſt libertus defuncti, qui deſiit eſſe in reb. humanis: nec dixeris recte libertum eſſe defuncti. libertum Orci dices recte: ſed aliud eſt defunctus, aliud Orcus: ſed quia defuncto ſupereſt familia, recte dices, eum eſſe libertum familiæ, non libertum certi hominis, ſed libertum familiæ, ſiue Orcinum, Plutonis, ſicut Theoph. ait, *χαρωνιανόν*.

Ad l. ſi Titius 48. de fideiuſſ.

C *Si Titius & Seia pro Mæuio fideiuſſerint, ſubducta muliere dabimus in ſolidum aduerſus Titium actionem: cum ſcire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierẽ fruſtra intercedere. §. 1. Huic ſimilis illa quæſtio videri poteſt: ob ætatem ſi reſtituatur in integrum vnus fideiuſſor, an alter onus obligationis integrum excipere debeat. Sed ita demum alteri totum irrogandum eſt, ſi poſtea minor interceſſit, propter incertum ætatis ac reſtitutionis. Quod ſi dolo creditoris inductus ſit minor vt fideiubeat, nõ magis creditori ſuccurrendum erit aduerſus confideiuſſorem, quam ſi facta nouatione circumuento minore, deſideraret in veterem debitorem actionem vtilem ſibi dari.*

DVas in hac l. Papin. affert quæſtiones. vna eſt, de mare & fœmina, quæ pro aliquo fideiuſſit cum ma-

D re: altera eſt, de maiore 25. annis, qui pro aliis fideiuſſerit. Et primum, ſi mas & fœmina pro alio fideiuſſerunt, & facti fuerunt duo rei eiuſdem pecuniæ, mulier non tenebitur cum effectu, propter Senatuſc. de interceſſionibus mulierum, quod Velleian. dicitur. Mas autem tenetur in ſolidum, ſed habet beneficium diuiſionis, quod habet alias ex epiſtola Adriani & edicto prætoris, vt Paul. ait 1. *Sent. tit. pen.* quod datur pluribus fideiuſſoribus & mandatoribus: ſed hodie omnibus correis debendi principalibus ex Nouella 99. Beneficium diuiſionis hoc eſt, vt non ſit liberum creditori cum vno eorum experiri in ſolidum, vt cogatur diuidere actionem, vt fideiuſſores ſiue correi non teneantur, niſi pro virili, ſi omnes ſoluendo fuerunt litis conteſtatæ tempore: nec enim inopia, quæ ſuperuenerit, poſtea

E onerat cæteros. Singuli quidem ipſo iure ſunt obligati in ſolidum, ſed beneficio epiſtolæ, id eſt, oppoſita exceptione epiſtolæ Diui Adriani, non condemnantur vltra virilem portionem, ſi litis conteſtatæ tempore omnes ſoluendo fuerint. In hac autem ſpecie, cur mas non vtitur beneficio? cur conuenitur & condemnatur in ſolidum? quia videtur renuntiaſſe beneficio, qui ſcire debuit ex Senatuſconſ. Velleian. fœminam fruſtra intercedere, & onus obligationis in ſua tantum perſona conſiſtere, ac ſi ſolus intercederet. Et hoc eſt, quod ait Papin. in 1. parte huius l. Huic ſententiæ obſtat *l. idem eſt 18. ſupr. ad Velleian. quoniam ait idem eſſe, &c.* Repetenda ſunt ea, quæ ſcripta ſunt ante eam l. & hoc in l. quæ præcedit oſtenditur, ſi mas & fœmina

pecuniam mutuam sumpserint in rem communem, puta vt fundum ea pecunia in commune cõpararent, mulier tenetur pro sua persona, pro sua parte tantum, non pro parte masculi correi, quia pro parte correi videtur intercessisse, dum se obligauit in solidum, partim suo nomine, & hoc nomine tenetur pro parte sua, partim nomine alieno, correi nomine, & hoc nomine soluitur beneficio Senatusconsf. Velleiani. Idem esse ait *l. idem est*, si pro debitore meo, mas & fœmina intercesserint. si idem est: ergo cum mas & fœmina pro debitore meo fideiusserint, mulieris persona non subducitur in totum. scil. non eximitur obligationi in totum, sed tenetur pro parte. Sed hoc non potest esse verum, nisi vt in ea lege, quæ præcedit, similiter fingatur species in *d. l. idem est*, puta marem & fœminam pro alio fideiussisse in rem communem: quo casu cessat Senatusc. Velleianum, *l. aliquando, eod.* nam si in rem alienam prorsus fideiusserunt, in totum persona mulieris subtrahitur creditori, B & mas sustinet integrum onus obligationis. Obstat *l. 8. C. ad Velleian.* Filiæ emancipatæ, vel etiam filiifamil. expromiserunt pro patre obligato alteri, id est, patrem liberauerunt nouatione facta, & omnem obligationem in se receperunt: expromissor liberat reum principalem, fideiussor non. expromissione fit nouatio, fideiussione non fit. Ergo pro patre intercesserunt filij mares & fœminæ: lex ostendit mares non teneri in solidum, filias eximi obligatione. fateor hoc ea lege aperte demonstrari, sed non (vt quidam vult) illis verbis fœminas eximi virilibus obligationibus. Nam viriles obligationes vocantur, quæ conueniunt masculis tantum, quasve mulieres suscipere non possunt: vel aliter, hoc vult, intercessionem esse munus virorum: non mulierum, *l. 2. ad Velleian.* æquum non esse, fœminas virilibus officiis fungi & obstringi obligationibus eius generis, virilibus scilicet, quales sunt obligationes, quæ contrahuntur nomine intercessionis, non principali nomine & directo. Et ita *l. pen. de edendo*, remouet fœminas ab officio argentariorum, quoniam frequens est in hac opera, vt interueniant pro aliis: dum senatus remouet mulieres ab intercessione, tacite remouet etiam ab argentaria. Sed non desunt alia indicia in *d. l. 8.* quibus patet, filios, qui cum sororibus pro patre intercesserunt, non teneri in solidum, etiam subductis sororibus beneficio Senatusc. sed pro virilibus portionibus tantum; quandoquidem lex ait, mares tantum teneri in id, quo se obligauerunt. non ait, mares teneri in solidum, sed pro rata, pro virili, pro portione, & pro parte filiarum, quæ eximuntur obligatione, actionem restitui in patrem. Ergo aperte lex ostendit, subductis feminis mares non obligari in solidum, sed pro virilibus portionibus, quia scilicet ita se obligarunt: nam erant plures rei fratres, qui pro patre intercesserunt. Illud non probo, quod Accursius hic distinguit inter expromissores & fideiussores, imo indistincte sic constituo, siue sint duo expromissores, siue duo fideiussores, qui pro alio intercesserunt, & facti fuerunt duo rei debendi, mas scilicet & fœmina, mas tenetur in solidum, mulier in nihilum tenetur effectu; & duo sunt rei, siue fideiubendo, siue expromittendo cauerint solidum & partem virilem. si expromiserint, E vel fideiusserint solidum & partem virilem, si vsi sint his verbis, *se cauere pro solido, & parte virili (chacun pour soy, & vn chacun pour le tout)* nec enim sunt duo rei, si cauerint solidum, aut partem virilem. Nam si dixerunt, se promittere solidum, aut partem virilem, non sunt duo rei, *l. inter eos, hoc tit.* singuli enim ab initio tenentur pro parte tantum: & ita duo rei stipulandi sunt, qui stipulati sunt non solidum, aut partem virilem, sed solidum, & partem virilem, vt sit exactio vnicuique in solidum, & in partem virilem. si mas & fœmina, qui pro alio intercesserunt non sint duo rei, mas ab initio tenetur pro parte tantum vt *d. l. 8.* videlicet ipso iure diuisa obligatione in initio contractus. In continenti diuisio

A obligationis fit vel ipso iure, vel epistola D. Adriani, *l. inter fideiuss. h. tit.* ipso iure fit, si non sint correi: ex epistola Adriani fit, si sint correi: & ipso iure fit semper sicut conuenit initio: ex epistola non fit diuisio, si mas & fœmina, duo rei intercesserunt: mas enim tenetur in solidum, vt in *h. l.* At quæritur in secunda parte huius legis in eodem exemplo: si pro alio fideiusserunt maior 25. annis, & alius qui erat minor 25. annis, restituto minore 25. annis aduersus intercessionem suam beneficio ætatis, & rescissa intercessione eius, an similiter dici possit, maiorem teneri in solidum subducto minore per restitutionem in integrum, & non posse maiorem vti beneficio diuisionis, an idem constituemus, quod in illo casu? Et prudentissime Papin. ostendit, mulierem non esse similem minori 25. annis: neque idem esse hoc casu constituendum, quod illo priori: Nam in muliere non distinguimus, vtrum simul fideiusserint mas & fœmina eodem tempore, an mas primum, deinde fœmina interposito tempore: nam vtroque casu subducta fœmina mas tenetur in solidum: in minore 25. annis distinguimus. Nam si maior 25. annis solus ab initio fideiusserit pro alio, deinde minor, minore restituto in integrum, maior tenetur in solidum, quia & ab initio obligauit se in solidum, nullum sperans beneficium, quo solueretur præstatione solidi, nullum sperans se habiturum participem eiusdem obligationis, quia nesciebat creditor, essetne accepturus alium confideiussorem: hoc ergo casu maior tenetur in solidum rescissa intercessione minoris. Quod ita verum est, vt eleganter docet Papin. nisi dolo creditoris inductus sit minor ad fideiubendum: Nam rescissa intercessione minoris creditori doloso, id C est, quod per dolum extorsit fideiussionem minoris, non succurrimus, data scil. in eum fideiussorem minoris actione in solidum, sed vtetur recte fideiussor maior beneficio diuisionis: neque enim opitulamur creditori, qui dolum admisit, qui per dolum effecit, vt & minor fideiuberet. Namque subducto minore non dabimus ei actionem in solidum contra maiorem, sed pro parte ex epistola: & ita etiam si dolo creditoris minor pro debitore expromiserit nouatione facta, atque ita liberauerit debitorem restituto minore, rescissa intercessione minoris, non reuocatur liberatio debitoris, id est, non restituitur vetus actio in debitorem, non succurrimus creditori doloso restituta veteri actione, non damus ei vti- D lem actionem in veterem debitorem. Omnis actio restitutoria est vtilis, & hoc si solus maior 25. annis initio fideiusserit non sperans futurum alium confideiussorem, & postea ei adiunctus fuerit minor. Sed si simul fideiusserunt maior & minor, locus est epist. D. Adriani, id est, maior tenetur pro parte tantum, etiam rescissa intercessione minoris. Atque ita multum hic casus distat ab eo, qui proponitur initio huius legis. Et ratio differentiæ est elegans inter mulierem & minorem, quam paucis verbis notauit Papin. nempe *propter incertum ætatis & restitutionis*, scilicet euentum, quæ breuitas fecit, vt non ea intellexerit Accurs. Franciscus Connanus, perquam suauiter emendauit, & pro his verbis *(si postea minor intercesserit)* posuit *si sponte intercesserit.* vir est doctissimus, sed non iuris. corrumpit iudicium & tempus perdit, qui in eius commentariis illud ponit. Verum ratio differentiæ est elegantissima, nec mutandi quidquam vel minima est ratio, aut occasio. Initio, inquit, differentia hæc est, mulierum intercessiones Senatus improbat, minorum intercessiones nullum Senatusc. improbat: mulier quæ intercessit liberatur per exceptionem, quæ descendit ex Senatusc. Velleiano. minor non liberatur per exceptionem, sed per restitutionem in integrum *(par lettres de chancellerie.)* Exceptio est certa, sicut ius ex quo descendit: restitutio in integrum est incerta & arbitraria: neque enim temere datur, sed causa cognita perraro *l. in causæ 13. de minor.* & pendet ex arbitrio prætoris, qui sicut ei libuerit, dabit vel non dabit

restitutionem in integrum: exceptionem Senatusconf. A Velleian. non potest denegare. Ac postremo sexus mulieris certus est, ætas hominis plerumque est obscura & incerta: etiamsi viderim hominem. Nam euenit sæpe, vt existimemus eos esse maiores, qui sunt minores, & contra. Hac ratione propter incertum ætatis, & propter incertum restitutionis in integrum, si mas & fœmina fideiusserint pro alio, mas tenetur in solidum, quia sciuit se solum cum effectu obligari. sed si maior & minor fideiusserint pro alio, maior non tenetur in solidum, quia vel nesciuit correum esse minorem 25. annis, vel existimauit esse maiorem: existimauit eum vix impetraturum restitutionem in integrum, & cogitauit auxilium restitutionis esse perquam dubium & incertum: maior, inquam, subducto minore, forte impetrata restitutione in integrum, non tenetur in solidum, nisi solus fide- B iusserit ab initio, & postea non inductus dolo creditoris minor etiam fideiussit, ac deinde eo nomine restitutus fuerit. Hæc ratio est dignissima cognitu, *ita demum*, id est. hóc solo casu (*postea*) interposito tempore. Cur non tenetur in solidum maior, nisi illo casu cum interposito hoc tempore intercessit minor? Ratio est propter incertum ætatis, id est, quia existimauit eum effectu obligari minorem, &c. Atque ita nihil habet certi maior de obligatione minoris, quod possit eius scientiæ imputari.

Ad l. penult. de Public. in rem actione.

Paulus notat. Exceptio iusti dominij Publicianæ obij- C ciendæ est.

PLura scripsit Papin. & inter ea quiddam ad Publicianam. Nam in *l. pen. de Public.* exstat nota Pauli ad Papin. eodem lib. vbi notat Paulus, Publicianæ actioni obiici posse exceptionem dominij, scilicet veri dominij, ad differentiam fictitij, quod habet bonæ fidei possessor. Quid est actio Publiciana? est vindicatio dominij, quæ datur ei, qui rem bona fide possederat, necdum vsuceperat, amissa ea possessione, aduersus extraneum, ad quem peruenit possessio, non aduersus dominum verum. Nam potior est causa veri domini, quam bonæ fidei possessoris: potior est vindicatio directa, quam prætoria. Hoc est quod dicitur, *Publicianæ actioni obstare exceptio- D nem iusti dominij*. Hæc tamen regula vitiatur multis casibus, *l. mandatum, mand. l. si is cuius, ex quibus caus. maior.* vide Accursium in *l. pen. hoc tit.* citatur etiam Papin. in *l. 5. §. pen. de iur. dot.*

Ad §. penult. l. 5. de iur. dot.

Papinianus lib. 10. quæstionum ait: Cum pater curator suæ filiæ iuris sui effectæ, dotem pro ea constituisset, magis eum quasi patrem id, quam quasi curatorem fecisse videri.

PAter est curator filiæ emancipatæ: dat dotem pro ea, vel vt pater, vel vt curator: nam dotem constituere E pertinet ad vtrumque. non apparet, qua mente dederit dotem, videbiturne dedisse vt pater, an vt curator? Vt pater, inquit, quia prædominasse & præualuisse videtur affectio paterna: si dedit vt pater, dedit de suo, ergo est dos profectitia. Quid est dos profectitia? quam pater dedit pro filia vt pater: effectus est, quia dos profectitia redit ad patrem mortua filia in matrimonio, siue fuerit sui iuris, siue in potestate patris, *l. pater 71. de euict. d. l. 5. §. emancipata, l. si ab hostibus, l. filiæ 59. sol. matrim. l. si filia, de diuort.* Et huic præsumptioni, vt videatur scilicet dedisse quasi pater, consentit *l. vlt. C. de dot. promiss.*



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XI. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. in omnibus 41. de iudiciis.

In omnibus bonæ fidei iudiciis, cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit.

SI creditor in diem vel conditionem agit, ante diem vel ante cōditionem perperam agit, quia plus petit tempore, & repellitur exceptione, *cuius pecuniæ dies fuisset*: vel *cuius pecuniæ dies nondum venit*. Et hoc, si agat ad pecuniam: nam si agat ad cautionem interponendam, quandoque male agit. Finge: creditor vel est in diem, vel in conditionem, id est, creditor in diem certum, vel creditor in diem incertum. Quid est conditio? est dies incertus, in quem confertur obligatio, ex quo suspenditur obligatio & sustinetur in eum vsq; diem. Finge igitur: creditor veretur, ne interim debitor labatur facultatibus, & propterea desiderat sibi caueri de pecunia sua sibi suo die soluēda, vel veretur, ne interim debitor dolo malo faciat in ea re, quam debet, ne corrūpat eam rem: Exempli causa, ne seruum interim inficiat veneno, & ideo desiderat caueri, dolū malum abfuturum: siue autem hoc desiderat, siue de illo sibi caueri, id est, de dolo malo, vel de re aut pecunia sua diē soluēda: & agat eo nomine, ex iusta causa audietur, nec repelletur. Et vt ait, condemnatio fiet, id est, cōdemnabitur debitor interim præstare iuratoriam cautionem, vel repromissionem, vel satisdationem pro qualitate personæ. Nam locupletissimus non satisdabit, sed repromittet tātum cum iureiurando, vel sine iureiurando. Et hoc Papin. ait in hac l. 41. obtinere in omnib. bonę fidei iudiciis. Quid hoc est *in omnibus*? id est, siue generalia sint, siue specialia. Sūpsit hanc sententiam ex Sabino, à quo alia multa sumit, & à quo facile patitur se reprehendi, vt in *l. 6. de seru. export. l. pro socio arbiter, pro soc.* Sabinus dicebat, iudicē prospicere debere creditori in iudiciis bonæ fidei, in futuro damno, vel lucro pendente ex cōtractu bonę fidei, etiamsi nondum quicquam cum effectu deberetur, siue generalia essent iudicia siue specialia. Et specialia vocat, quibus agitur de re singulari, de homine, de summa certa, veluti commodati, depositi, mandati. *Generalia* sunt, in quibus venit vniuersitas bonorum, vel quib. vniuersum quid petitur, vt actio pro socio, cum contracta est societas omnium bonorum: actio negotiorum gestorum est generalis: actio tutelæ est generalis: omnia enim pupilli bona apprehendit & in his iudiciis, quibus vniuersum quid petitur, magis videbatur habenda ratio futuri debiti, atque adeo magis eo nomine actori postulanti cautionem esse concedendam. Sed placet indistincte, in omnibus, id est, tam generalibus, quam specialibus iudiciis bonæ fidei, ante diem recte agi ad interponendam cautionem, & officio iudicis condemnationem fieri. Et huc pertinet *l. Seia 42. de mort. caus. donat.* vbi est actio bonæ fidei non sui origine, sed constituta per exceptionem doli mali. Certæ sunt actiones bonæ fidei, quæ enumerantur in Instit. §. *actionum, de act.* Enumeratio est certissima sua origine: alię quæ non sunt enumeratæ in Instit. sunt strictę, quæ tamen possunt constitui bonæ fidei, videlicet opposita exceptione doli mali, vel replicationes

Nam est verissimum & elegantissimum, quod Dorotheus scribit in *d.l.Seia*, exceptionem doli iudicium strictum facere bonæ fidei: quod comprobat *l.5.C.de except. doli*. exceptio addita exceptioni strictæ facit, vt iudex possit ex bono & æquo condemnationem facere non seruiês formulæ. Mentio doli mali iudicium reddit bonæ fidei, quod initio erat strictum. Sic igitur in specie *l.Seia*, iudicium strictum exceptio illa facit bonæ fidei, & propterea merito dubitatur in ea lege de præstanda cautione futuræ obligationis, quoniam solebat præstari in omnibus bonæ fidei iudiciis. In omnibus, siue sui origine sint bonæ fidei, siue fiant postea. Sed tamen in *d.l.Seia* non præstatur cautio, quia nulla in eius legis specie suberat causa vel obligatio, ne in diem quidem, vel sub conditione. Ergo quod scribit Papinian. hoc loco, non habet locum in actionibus strictis. Nam non frustra ait, *in omnibus bonæ fidei iudiciis*. est ἀντιδιαστολή, qua significat, aliud esse in iudicio stricto: ex causa enim iudicij stricti non ago ante diem ad cautionem interponendam, vt in *l. quotiens §. si semel, de pecul.* quod intelligi debet de actione de peculio stricta, veluti ex fideiussione serui, ex qua fideiussione seruus naturaliter non obligatur, nec dominus tenetur de peculio. Sed si fideiusserit in rem domini, tenetur dominus de peculio stricta actione ex stipulatu: de peculio est adiectio communis omnium actionum: modo igitur stricta, modo est bonæ fidei actio. Ideo si de peculio agatur stricto iudicio, & nihil sit in peculio rei iudicatæ tempore, an cauere debet dominus de futuro incremento peculij? minime, quoniam est actio stricta, & de cautione interponenda eius, quod quis debet, non agitur, nisi ex causa bonæ fidei contractus siue iudicij. Et ita semper in libris nostris existimandum est, quoties dicitur obtinere in bonæ fidei iudiciis, idem non obtinere in strictis: nec vnquam persuasio hæc fallit: vt exempli causa, hoc est proditum, in bonæ fidei iudiciis ex mora venire vsuras: veniunt autem officio iudicis, *l.in bonæ fidei, C.de vsur.l.32.mora §.in bonæ fidei, inf. eod tit.* Ergo in strictis ex mora non veniunt vsuræ officio iudicis. hoc est certissimum: si non sint in stipulationem deductæ: nam veniunt tunc ex stipulatione. Scriptum etiam est, pacta facta in bonæ fidei iudiciis ex continenti, inesse ex parte actoris, *l.iurisg. §. quinimo, de pact. l. in bonæ fid. C. eod.* ergo aliud est in strictis iudiciis (vt docui semper.) Et ita nihil moueor *l.lecta, de reb.cred.* quæ dicit stipulationi pactum factum incontinenti inesse: nam lex integra demonstrat, inesse ex parte rei, non etiam actoris, id est, exceptionem pacti inesse stipulationi ipso iure, etiam non oppositam, ex eo autem pacto agi non posse. Scriptum etiam est, in bonæ fidei contractibus, patrem non solum de peculio teneri, & de in rem verso, sed etiam si quid præterea dolo malo patris captus fraudatusque actor est. *l. in bonæ fid. de pecul.* nam actionibus bonæ fidei inest actio doli, exceptio doli, omnis exceptio: omissa enim exceptio suppletur officio iudicis, *l. sed etsi ideo, sol. mat. l.huiusmodi 84. §. qui ser. de leg. 1.* Dolus vindicatur actionibus bonæ fidei. Quid est actio bonæ fidei? vindex doli mali. actione stricta non vindicatur dolus malus: & necessaria est actio doli mali in actionibus strictis, quasi non sufficeret actio ex contractu: neque enim inest actio de dolo actioni strictæ. Scriptum etiam est, in bonæ fidei iudiciis haberi rationem affectus, *l. cum seruus, mand.* id est, æstimari in iis non tantum pecuniarum damnum & lucrum, sed etiam damnum affectionis piæ & beneuolæ, quæ non fuit expleta propter perfidiam aduersarij, *l. 7. de seru. export.* Item, in bonæ fidei iudiciis haberi rationem furti ab aduersario admissi. Finge: socius aliquid surripuit ex societate, tenetur furti & condictione furt. An & pro socio? sic videtur: concurrit actio pro socio cum condictione furt. licet vlcisci furtum actione bonæ fidei, *l.rei com. 45. pro soc.* actione stricta nec dolus vindicatur, nec furtum,

A & eo nomine necessaria est condictio furtiua, quia non sufficit actio ex contractu stricti iudicij. Ex quo intelligitur cur dicantur strictæ: neque enim licet iudici eas extendere, aut proferre fines earum. Ergo merito dicimus definitionem huius legis, non habere locum in strictis iudiciis, & appellatione actionum bonæ fidei nos excludere stricta iudicia, & nos ita debere constituere, in nullis iudiciis strictis ante diem agi, sicut nota vniuersali scribit Papin. *in omnibus: &c.* ergo dicamus, in nullis iudiciis strictis, id est, siue sint arbitraria, siue non, contrariam huic legi definitionem constituimus, & sequimur. nam & arbitraria stricta sunt. Et errant Græci in eo, quod arbitraria comparant bonæ fidei iudiciis: namque sunt proximiora strictis, imo stricta, licet in eis arbitrium iudicis multum possit. Et hoc esse verum sic ostendo: nam

B in actione in rem, quæ est arbitraria, exceptio omissa non suppletur officio iudicis: non inest igitur, *l. Papin. 14. de Pub. in rem actio.* In actione igitur arbitraria arbitrium iudicis non est latissimum. In actionibus bonæ fidei latissimum est, ideo doli exceptio inest bonæ fidei iudiciis tacite. Ac præterea in actione in rem fructus non veniunt ante litem contestatam, *l. 2. C. de pet. hered.* qui tamen veniunt in bonæ fidei iud. Ante moram vsuræ non veniunt in bonæ fidei iudiciis, fructus veniunt, *l. videamus §. pen. de vsur.* Posset quis tentare ex *l. grege §. pen. de pig.* in actione hypothecaria, quæ est arbitraria, posse agi ante diem ob cautionem interponendam: Nam sententia legis est: debes mihi aliquid præsenti die, obligatio hypothe-

C caria sub conditione: non aget creditor recte ante conditionem ad auferendam hypothecam, sed aget recte ad cautionem interponendam, si conditio extiterit nec pecunia soluta fuerit, hypothecam restituit quæ in rerum natura fuerit. ergo ante diem huic cautioni locus est in actione hypothecaria. Sed hoc ideo, quia debitum erat præsens, & ideo intererat creditoris securum eum fieri de causa hypothecaria: nam si debitum conditionale fuerit, interim nullo modo agi potest, nec ad cautionem interponendam, quia stricta est actio. Diximus, *in omnibus iudiciis bonæ fidei*, siue specialia sint, siue generalia, siue sui origine sint bonæ fidei, siue fiant postea opposita exceptione, vel replicatione doli mali, cum dies pecuniæ soluendæ nondum venit, cre-

D ditorem male agere ad pecuniam soluendam, & incidere in periculum plus petitionis: agentem vero ante diem ad cautionem interponendam, ad soluendam pecuniam, cum dies venerit aut conditio extiterit, audiri ex iusta causa, & condemnationem fieri: Contra in nullis iudiciis strictis creditorem in diem, vel in conditionem agere ante diem: nec agere igitur ad pecuniam, nec etiam ad cautionem interponendam, siue iudicia sint arbitraria, siue non. actiones arbitrarias esse strictas: namque in eis arbitrium non esse latissimum, sicuti & in actionibus bonæ fidei. Et multa discrimina proposuimus inter bonæ fidei actiones, & arbitrarias, & strictas. Sciendum nunc est, in strictis iudiciis agi ante diem de cautione interponenda, de soluenda pecunia, vel re integra præstanda. Habuimus

E vnum casum ex *l. grege §. pen. de pign.* Alter est, si agatur de legato, vel fideicommisso, vel etiam hereditate directa, quod vulgo additur: Nam etsi strictæ sint actiones legatorum aut fideicommiss. tamen pleraque mutuantur ex iudiciis bonæ fidei, & inter cetera hoc, vt ante diem cautio exigatur legati relicti in diem aut fideicommissi, idque nominatim est proditum in tit. *vt leg. nomine cau.* Est igitur cautio prætoria: Nam edicto prætoris interponi iubetur. cautio iudicialis est, quæ sine edicto, ex mero officio iudicis proficiscitur, *l. 5. de verb. obligat.* Et in bonæ fidei iudiciis cautio ad quam agitur ante diem, est cautio iudicialis: interponitur enim mero iudicis officio, nec vllo edicto interponi iubetur cautio legatorum vel fideicom. & ita in *l. quod si in diem 16.*

de pet. hered. debitor in diem iubetur cauere officio iudicis, quia petitio hereditatis est actio bonæ fidei. Et hæc l. 41. nihil pertinet ad titulum *de iudic.* nisi eam interpretemur. *ex iusta causa damnatio fit, id est*, officio iudicis debitor cauere iubetur, alioquin non pertinet ad hunc titulum: hic titulus est *de officio iud.* Quid est iudicium in hoc titulo? Est officium iudicis, & ita Theoph. in §. *quidam, de act.* volens citare titulum *de officio iud.* citat titulum *de iudiciis*, qui est in 4. *Instit.* quoniam idem est iudicium & officium iudicis. Et notandum etiam, hanc eandem cautionem interponi nomine hereditatis, non tantum fideicommissariæ, sed & directæ: & non tantum substitutionis fideicommissariæ, sed & substitutionis directæ ex edicto prætoris. Ita ad titul. *vt leg. num. cau.* B recte adiicias, *& hereditatum nomine.* hereditatum quoque directarum nomine, *l. inter, qui satisd. cog. l. 8. de prat. stipulat.* quod procedit in hac specie. Finge: heres institutus est sub conditione, & ei datus est substitutus sub contraria conditione. heres institutus pendente conditione non potest adire hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabul. petere, quæ tamen sine re efficietur, si deficiat conditio, & substituto pateat aditus ad hereditatem. Cæterum interim petetur bonorum possessio sec. tab. & substituto, siquidem hoc desiderabit, cogetur heres scriptus cauere ex edicto Prætoris *de prast. hereditate, in quam ipse est ingressus beneficio possess. bonorum sec. tab. si substitutionis conditio extiterit, & dolum malum absuturum, interim institutum tamen non dissipaturum bona hereditaria.* atque C ita cernimus edictum, *vt leg. nomine caueatur*, pertinere etiam ad hereditates directas. Habent etiam hæ actiones legatorum & fideicommissorum, ergo, & hereditatum commune hoc cum bonæ fidei, vt ex mora debeantur vsuræ, quæ non debentur in aliis strictis, *l. 3. C. in quib. caus. rest. in integrum non est necessaria, & tit. C. de vsuris leg.* quod quidem fauor conseruandæ voluntatis vltimæ extorsit. Cur repetit vsuras ex mora & ante diem cautionem legatarius? vt conseruetur voluntas defuncti. Et similiter fauor dotis efficit, vt stipulatio dotis, quæ tamen stricta est, pleraque habeat ex bonæ fidei iudicis: nam & in ea stipulatione vsuræ debentur ex mora biennij, *l. vlt. §. praterea, C. de iur. dot.* quæ tamen non veniunt in aliis negotiis strictis. D Itemque stipulatio dotis ipso iure nulla est, si dolus malus ei causam dederit, *l. si mulier §. si dos, ff. quod met. cau.* quod obtinet generaliter in omnibus bonæ fidei contractibus. Vnde statuamus: dolus vel metus dans causam contractui bonæ fidei, vt stipulationi dotis, vitiat contractum ipso iure: alias contractum stricti iuris non vitiat, sed necesse est, eum rescindi instituta actione doli mali, quam non est necesse institui, si est contractus bonæ fidei, cui inest actio de dolo, stricto non item. Paulatim crescit ius, atque ita stipulatio dotis paulatim hunc fauorem accepit, vt hodie in omnibus & per omnia facta sit bonæ fidei ex constit. Iustin. quæ antea quædam tantum communia habebat cum actionibus bonæ fidei. Differentia igitur fuit in plerisque. E non potest esse commune quid inter hanc & illam rem, quæ non habeat etiam inter se differens aliquid, sicut non potest esse inter duas res differentia, nisi inter eas aliqua sit communitas. Postremo etiam est vnus casus, quo creditor in diem, vel sub conditione, cui debetur aliquid stricto iudicio, possit ante diem agere ad cautionem interponendam, videlicet si postulatur separatio bonorum, *l. 4. de separ.* Sciendum est adita hereditate confundi defuncti bona & bona heredis, etiamsi non re ipsa, saltem iure ipso: quinimo definit esse hereditas, quæ adita est, & incipit esse proprium patrimonium heredis: hereditas obueniens auget patrimonium heredis: & consequenter creditores defuncti & creditores heredis commiscentur, quia heres omnibus ex æquo respondere cogitur, quia vnius personæ vnum tantum est

A patrimonium, eędemque obligationes tam actiuę quam passiuę. Hoc ita se habet: sed decreto Prætoris, non iure, postulantibus creditoribus defuncti, separantur bona defuncti à bonis heredis: separantur creditores hereditarij ab heredis creditoribus, & creditores hereditarij mittuntur in bonorum possessionem defuncti, non contra, quod perquam vtile est creditoribus defuncti. nam finge: heredis modicæ sunt facultates, defuncti hereditas satis ampla est, & sufficit creditoribus hereditariis, quæ non sufficeret, si miscerentur creditoribus heredis, id est, si simul creditores heredis venirent in bona defuncti. Quamobrem maxime interest creditorum hereditariorum separari bona: & in postulanda separatione à prætore, an admittuntur etiam creditores in diem, quibus nondum debetur? Sic videtur, quia vt ait *d. l. 4.* & communi cautione eis consuletur. *Communis cautio* dicitur, non quasi sit prætoria & iudicialis, id est, quod & edicto prætoris interponatur, & officio iudicis; sed communis dicitur quia vulgaris, quæ in hac causa omnibus creditoribus præstatur de soluenda sua pecunia suo die, *l. filiusfam. 114. §. idem, in princ. de leg. 1.* Et vero si postuletur separatio bonorum & creditorum, in hac recensione creditorum, & separatione quam fecerint, creditores in diem vel sub conditione recte desiderabunt sibi caueri: quandoquidem recipiuntur in numerum creditorum, sicut ij, quibus pure debetur. Nam vt & de puro debito exigitur cautio propter moram iudiciorum, sic ex legatis puris etiam exigitur cautio, *l. etiam, vt leg. nom.* quanquam potissimum sit comparata eorum nomine quæ debentur in diem, vel sub condit. nihil vetat tamen de eo exigi, quod debetur pure, quia exercitio iudicij nonnullas moras habet. Postremo notandũ est, nihil ad *h. l. 4.* pertinere plerasq; leges, quas adducit Accurs. vt *l. 2. de euict. l. prætor, de damno inf. l. si pec. §. si quis, de condit. cum d. l. si cum except. §. quatenus, quod met. caus. l. si à bonæ fidei cum seq. de rei vind. l. 1. si cui plus q. per leg. Falc. l. 2. C. de her. vend.* nõ debuit has Accurs. huic permiscere. Primũ enim in *l. 2. de euict.* non agitur ad caut. interponendam. Sent. leg. hęc est: Si venditor non promiserit duplũ euictionis nomine, & eo nomine agatur, reũ dupli condemnandũ esse. Quid est eo loco *agatur*? an significat agi ad cautionem duplę interponendam, quanquã fateor agi posse: sed hoc agit, si dupla nõ sit promissa: & eo nomine agetur, id est, propter euictionẽ factã dupli damnandus est reus actione ex empto, in qua inest quidquid moris est cauere, licet cautũ non sit: ergo & stipulatio duplę, & inde agi potest in duplũ, ac si stipulatio intercessisset, & ita accipienda *l. si nolit 31. §. quia assid. de ad. edi.* Ergo nõ agitur in *l. 2.* ad cautionẽ duplę, sed ad duplũ, & si de ea ageretur, nihil pertineret ad hanc l. Nã hęc lex est de alio genere cautionis: nihil etiam lex *prætor, de dam. infec.* quoniã nõ loquitur de cautione, qua cauit debitor de soluenda pecunia sua die, de qua est hæc lex, sed de cautione damni infecti, quod vicinus, cuius ædes sunt ruinosę, suo vicino cauet, nõ de credito, non de chirographo, quod vicinus vicino debet. Nam *chirographũ* dicitur cautio quælibet, etiã liberatoria, apocha, acceptilatio, & vt cautionem caueri dicunt, ita etiam chirographum caueri, quod quidam nimis temere tollunt in *l. si vt certo 5. §. denique ait, commod.* vbi est scriptum, *in eo chirographum debitorem tuum cauere feceris*, emendant *chirographo.* item in *l. 89. de solut.* vbi ait, *ex chirographis cautis, & ex chirographis quæ debitor cauit.* Nihil etiam pertinet ad hanc *l. si pec. §. si quis*, quia non est etiam de soluendæ pecuniæ cautione, sed de cautione restituendi serui, qui est in fuga: non est de debitore in diem, vt ante diem caueat de soluendo debito. Species est: Dedi tibi 10. vt emeres seruum. emisti, & fugit priusquam eum mihi restitueres, sine dolo malo, aut culpa tua. an teneris mihi in 10. quod non possis restituere seruum? Minime: namq; liberaberis, si caueris de restituendo seruo, si quando in potestatem tuam peruenerit, quod lon-

ge aliud est genus cautionis quam de qua agit Papin. in A *h. l.* Nihil pertinet etiam *d. §. quatenus*, nec *l. si à bona fid. & seq. de rei vindic.* Nam non loquuntur etiam de hoc genere obligationis, id est, de soluenda pecunia sua die, sed loquuntur de cautione, quam domino cauet possessor rei, si eius rei restituendæ facultatem non habeat, vt cum homo petitus fugit: Nam hoc casu possessor malæ fidei, de persequendo suis sumptibus, & de restituendo eo homine, qui se contulit in fugam tenetur. bonæ fidei possessor de restituenda re tantum cauet; depositarius vero nullo modo, id est, si depositarius rem amiserit sine dolo malo (quem solum præstat) non cogitur cauere, nec de ea re restituenda, nec de ea re persequenda: sed si iterum in suam potestatem peruenerit, iterum agi potest. interim non oneratur cautione, quia beneficium dedit: nec est æquum, qui beneficium dedit, vt oneretur cautione, arg. B *l. Lucius, depos.* Sunt igitur leges, quæ cauent de restituendo, de prosequendo, requirendo: sunt quæ de requirendo tantum: sunt quæ neque de hoc, neque de illo. Cæterum aliæ sunt, de quibus agit Papin. hoc loco. Nec huc refertur recte *l. 2. de hered. vend.* quæ est de cautione, quam emptor hereditarius venditori cauet hoc modo: *quantam pecuniam venditor hereditario nomine dederit, soluerit, præstiterit, tantam recte præstari*; quia scilicet ad venditoris hereditatem creditores hereditatis eũt, non ad emptorem: & ideo æquum est, eum indemnem præstari ab emptore, si quid præstiterit creditoribus hereditariis. Postremo nihil etiam pertinet *l. 1. ff. si cui plus quam per l. Falc.* quæ est de cautione, quam legatarius heredi præstat in accipiendo legato, quod nondum cer- C tum est an subiturum sit deminutionem, siue rescissionem Falc. legis. Cauet enim hoc modo, nec aliter præstatur legatum, *quod amplius legati nomine, quam per legem Falcid. licuerit capere, quanti ea res erit, tantum recte præstari heredi.* Soluit dubius. Hæc sunt, quæ ad hanc l. annotare libuit. Etiam hoc annotare velim, soluto matrimonio non statim esse reddendam dotem, quæ numero, pondere, mensura contineatur, sed annua, bima, trima die, hoc est, tribus pensionibus, & hodie vna pensione annua ex Constit. Iustin. Deberi igitur dotem in diem annuam, bimam, trimam: sed si interim, antequam exierit dies nequitiæ suspectus maritus fiat, mulier recte aget ad interponendam satisdationem de reddenda suis diebus dote. non potest ante diem agere ad dotem D recipiendam, sed ex iusta causa audietur, si agat ad cautionem interponendam: quam si non præstiterit maritus, confestim dotem reddere cogitur deducto interusurio, hoc est, commodo medij temporis: Nam vsuræ & fructus, quæ, quiue obueniunt interim, ad maritum pertinent, non minus, ac si constaret matrimonium, atque ita si cogitur statim reddere, deducendum interusurium, *l. si constante §. quotiens, sol. matr.* Et obseruandum Papinianum in hoc libro 11. tractasse quoque de dotibus. Vnde coniicio, idem scripsisse Papin. hoc libro de dote reddenda, aut satisdatione præstanda, quod est proditũ in *d. §. quoties*, & id quod scripserat de dote reddenda, aut satisdatione interponenda, generaliter scripsit & definiuit *d. l. 41.* in omnibus bonæ fidei iudiciis, non tan- E tum in iudicio dotis, sed & de cæteris omnibus, cum nondum dies pecuniæ venit, si agatur ad cautionem interponendam: atque ita, quod scripserat de iudicio dotis, protulit ad iudicia omnia bonæ fidei. Definitio igitur est valde notanda: nam ea non seruatur in iudiciis strictis, neque etiam in iudiciis bonæ fidei temere ea cautio interponitur, sed causa cognita officio iudicis, vt si maritus viuat luxuriose, remque suam & alienam disperdat, ante diem reddendæ dotis compelletur satisdare. Nunc pergamus ad reliquas leges.

Ad l. vlt. de cond. sine causa.

Auunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupsit. an eandem repetere possit, quæsitum est? dixi cum ob turpem causam dantis, & accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem, & in delicto pari potiorem esse possessorem: quam rationem fortassis aliquem sequutum respondere, non habituram mulierem condictionem. sed recte defendi, non tam turpem causam in proposito, quam nullam fuisse, cum pecunia, quæ daretur, in dotem conuerti nequiret: non enim stupri, sed matrimonij gratia dotem esse.

§. 1. ¶ *Nouerca priuigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupsit: cessare condictio prima facie videtur, quoniam iure gentium incestum committitur. Atquin vel magis ea in specie nulla causa dotis dandæ fuit. condictio igitur competit.*

HÆc lex refertur ad dotis causam, quod satis patet. Quæstio est: sororis filia, quæ nuptura est auunculo, ei pecuniam dedit, quasi in dotem: nuptiæ secutæ non sunt, quæ nec iure sequi possunt: *quæritur*, an sororis filia possit eam pecuniam condicere quasi datam ob causam? Quæstio est aperta satis. Sed obseruandum quæstionem formari de sororis filia & auunculo, inter quos sunt nuptiæ illicitæ, non de patruo & fratris filia; non abs re. Nam nusquam inuenies in iure prohibitas esse nuptias inter patruum, & fratris filiam. Illicitæ sunt inter auunculum & sororis filiam, vt in l. ista, & in *l. qui in prouincia, de rit. nupt.* De auunculo fit mentio, qui duxerat sororis filiam, non de patruo, & proponitur in ea lege elegans rescriptum principis, quo confirmatur status liberorum ex iustis nuptiis procreatorum. Necessaria est confirmatio. si iniustæ sint nuptię, sunt iniusti liberi: sed princeps cum auunculus duxisset sororis filiam, confirmauit statum liberorum: matrimonium non confirmat, nam vt noster Papin. ait in *l. si adulter §. incestæ, ad leg. Iul. de adult.* incestæ nuptiæ non solent confirmari. igitur non confirmauit nuptias, sed liberos fecit legitimos. an temere? Minime, quatuor ductus rationibus: motus fuit diuturnitate temporis, & ignoratione mulieris: quæ scilicet ignara iuris in matrimonio fuerat; tertio, quod ipsa non eum sibi virum optauerat, sed fuerat collocata ab auia sua, quarto, numero liberorum. Hæc omnia, inquit, si concurrant, statum liberorum confirmant. qui locus est notandus, sed vt initio dixi, de auunculo loquitur, *l. sororis l. etiamsi conc. de ritu nupt.* Sororis filiam ducere non licet, ergo nec neptẽ, nec proneptem. quoniam sunt filiarum loco: nec enim concubinatu licet has personas habere. nihil dicit de fratris filia: nam verum est, licuisse fratris filiam vxorem ducere ex Senatusconsulto, vt est apud Cornelium Tacitum libro vndecimo, sed non licuit ducere sororis filiam: & Xiphilinus ait, Neruam vetuisse, ne quis duceret τὴν ἀδελφιδῆν. intelligit sororis filiam. Cur vero has prohibuit, non illas? non est quærenda ratio, nam hæc pendet ex iure posititio. Ius posititium dicitur ad differentiam iuris naturalis, quod est authenticum, nuptiæ quæ non sunt nominatim prohibitæ, permissæ intelliguntur: at non sunt nominatim prohibitæ cum fratris filia, igitur permissæ sunt. Non ergo abs re est, quod proponit, sororis filiam auunculo nupturam pecuniam in dotem dedisse. vnde quæritur, *an possit condicere pecuniam nuptiis non secutis?* Et videtur prima facie non posse. alij prima fronte, alij prima ratione, κατὰ πρώτην ὄψιν, ἢ πρῶτον λόγον, *l. 2. §. sed etsi, de hereditate vendit. l. 1. de auctorit. tutor. l. vtrum, de petit. heredit.* Cuiusque rei veræ duæ sunt rationes, prima & secunda, & secunda potior semper: prima ratio, quæ efficit, vt non videatur competere condictio, quia ea cessat, siue solius accipientis turpitudo, siue turpitudo vtriusque

versetur, vt in hac specie, *l. 3. & 4. & penult. de condict. ob turp. causam*, quia etiamsi vtriusque turpitudo versetur in pari delicto, melior est causa possessoris, durior petitoris, quæ regula latissime patet, siue quæratur de lucro, siue de damno: nam in eo, quod petitor, aut possessor lucri aut damni facturus est, durior est causa petitoris, id est, lucrum pertinet ad possessorem, damnum ad petitorem, cuius rei innumera licet exempla ex iure proferre: contenti erimus his, quæ sequuntur, vt in §. *retinendæ, Instit. de interd. l. 1. de cond. indeb. l. si serui §. sequitur, de verbor. oblig. Paulus* 1. *Sent. l. pen. de Salu. interd. Theoph. §. æque, de actionib.* Fortuna pro possessore sententiam dat, si par sit causa eius, qui petit, & eius vnde petitur, nec recte condicit quis ei, qui accepit turpiter, si & is, qui dedit, turpiter dedit, non agit interdicto de opere B illicite facto in loco publico, quod & ipse idem fecit, *l. 2. §. idem ait, ne quid in loco publ.* Et possessoris in iure semper melior causa est. Sic semper melior est causa rei. reus non damnatur absens, accusator damnatur, qui litem fecit, *l. absentem, de pœn.* Accusatori dantur duæ dilationes, reo tres, *l. vlt. de feriis:* Sic olim reo tres horæ dabantur ad causam peragendam, actori duæ: ac præterea, si pares sunt sententiæ iudicum, causam accusator non profert, sed absoluitur reus. in causis criminalibus actor cogitur edere reo rationes, non reus actori, *l. vlt. C. de eden.* Reus potest vti variis & diuersis exceptionibus, actor non pluribus actionibus, sed eligere debet, qua velit vti, aut protestari debet, quod ex vna non potest consequi, se ex altera velle prosequi, *l. 1. §. quia autem, quor. legat. l. 43. de regul. iuris.* Ergo secundum primam rationem, sororis C filia, quæ quasi in dotem pecuniam dedit auunculo, nuptiis non secutis, eam condicere non debet, quia turpiter dedit, & auunculus turpiter accepit. melior est igitur causa possidentis. Papin. hic animaduertit, condictionem dandam esse filiæ sororis, quia in proposita specie non fuit turpis causa potius, quam nulla, id est, potius fuit nulla causa dandi, quam turpis causa, quandoquidem ea pecunia non potuit conuerti in dotem, quod nuptiæ non consistant, & dabatur pecunia, non ad stuprum, sed ad nuptias nomine dotis. Quid est dos? res vel pecunia quę datur viro matrimonij nomine. non fuit igitur data ob turpem causam, sed plane ob nullam, ideoque dabitur condictio sine causa, quia sine causa eam dedit: nec distinguo, an mulier ignorauerit nuptias fuisse illicitas, nec D ne. Nam vtroque casu idem dicendum, condictionem dari, etiamsi scierit. §. *vlt.* indicat etiam scienti: aut ei, qui scire debuit. cum priuigno, id est, qui fuit priuignus. nouerca scire debuit, non esse inter eos nuptias, quia est iuris gentium, quod nemo potest ignorare. Ergo scisse videtur cum priuigno non esse nuptias: nihilominus tamen condictio datur. Sed non scire debuit in nostro casu, quod cum auunculo sint illicitæ nuptiæ, quod est iuris ciuilis, *l. si adulterium, ad leg. Iul. de adult.* Et dari condictionem intelligendum, si non nupserit priuigno, vel socero, vel auunculo. Nam si nupserit, dos est caduca: & quod factum est caducum semel, nunquam repetitur. dos fit caduca, nec reuocatur, etiamsi postea nuptiæ confirmentur, *l. incestæ, l. dote, de ritu nupt. l. 4. C. de incest. nupt.* nisi errore acrissimo, vt ait *d. l. 4.* decepti sint. Nam E si errore acrissimo decepti sint, & errore comperto, confestim diremerint matrimonium, dos non fiet caduca: & si præses prouinciæ, in sua prouincia vxorem duxerit, dos non fit caduca, *l. si quis officium §. veterem, de ritu nupt.* Ergo generaliter, siue quis eam duxerit, cum qua non sunt licitæ nuptiæ iure ciuili, siue eam cum qua non sint licitæ iure gentium, dos fit caduca. Obiiceret quis, minorem duodecim annis pupillam. Hæc si nupserit ante pubertatem, dos non fit caduca, & condicitur, si post pubertatem nuptiis non consenserit. similiter si ancilla nupserit libero homini, & dotem dederit, dos non fiet caduca, sed condicetur à domino ancillæ, vel ab eo qui pro ea dotem dederit, nisi ea libera facta nuptiæ sequutę sint, *l. qui seruus, de condict. causa dat. Gellius* libro 4. capite 3. & 4. *l. 59. §. vlt. de iure dot.* Iustæ non sunt nuptiæ cum ancilla, cum minore duodecim annis, fateor: Cur ergo dos non fit caduca? quia non sunt illicitę nuptiæ. fateor non esse iustas & solemnes: nego esse illicitas coniunctiones, & contubernia, & quasi nuptiæ. si essent illicitæ, non confirmarentur manumissione. Illicitum aliud est, quam iniustum, in titulo *de iustitia & iure.* Et similis est species in §. *vlt.* Nouerca priuigno dotem dedit quasi nuptura, neque nupsit; nurus, hoc est, quę fuit nurus, dotem dedit socero quasi ei nuptura, neque nupsit, ei dabitur condictio, quæ prima facie videbatur cessare, *hoc casu*, inquit, *vel magis, &c.* Cur? quia scilicet magis est nulla causa dandæ dotis, propterea quod magis sunt prohibitæ nuptiæ inter has personas. Sunt namque prohibitæ duplici iure, iure gentium, & ciuili: cum auunculo non committitur incestus iure gentium, sed iure ciuili tantum: nam harum nuptiarum permissio modo approbata est à principibus, modo improbata, *d. l. adulterium* §. 1. stuprum comprehendit & incestum iure ciuili: ideoque excusatur ignorantia pupillæ, quia potuit ignorare ius ciuile. non excusatur, si priuigno, quia non licet ignorare ius gentium, atque ideo nulla fuit causa dandæ dotis.

Ad l. 39. sol. matr.

Viro atque vxore mores inuicem accusantibus, causam repudij dedisse vtrumque pronuntiatum est. Id ita accipi debet, vt ea lege quam ambo contempserunt, neuter vindicetur: paria enim delicta mutua pensatione dissoluuntur.

HÆc lex est de actione de moribus, quæ olim diuortio facto erat inter virum & vxorem. hodie sublata est: qua de re Tertullianus queritur, quod sublati sint magistri morum, hoc est, censores. Locus hic postulat, vt de ea copiose disseramus ex Digestis. Diuortio facto inter virum & vxorem erat actio de moribus, vel actio iniusti repudij agente vtroque, vel altero eorum περὶ κακώσεως, à Rhetoribus actio iniusti repudij dicitur malæ tractationis. Pars videtur fuisse actionis rei vxoriæ, maxime agente muliere, & viro agente proprie erat actio de moribus. In hac actione quæritur, cuius mores diuortio causam dederint, quis diuortij causam dedisse videatur. Et est actio ciuilis, non criminalis, quanquam dicatur accusatio hoc loco, & in *l. cum mulier 47. hoc tit.* Sed non est nouum, vt actio ciuilis vocetur accusatio, si vindictæ solius persecutionem contineat, non pecuniæ, non rei familiaris, vt actio ingrati, quæ iure nostro datur duobus casibus tantum, si ingratus fuerit libertus erga patronum, & si donatarius aduersus donatorem. Dicitur hæc actio accusatio, quia arguit malos mores, & vindictæ persecutionem continet. Qui agit actione ingrati, agit causam doloris, nec de pecunia amissa queritur magis, quam de beneficio male collocato: agit de moribus ingrati hominis. & similiter actio suspecti tutoris, accusatio dicitur: actio inofficiosi testamenti, accusatio dicitur: nam arguit testatoris impietatem, ingratitudinem, inhumanitatem. Accusatio etiam dicitur habere persecutionem vindictæ, licet res sequatur eum, qui obtinuerit, *l. 1. §. sed si puta, inf. si quid in fraud. patr.* Eadem ratione actionem iniuriarum esse accusationem, quæ dolorem mitigat eius, cui facta est iniuria: quanquam sequatur pecuniaria condemnatio, sed huc non spectat. Qua de causa hæ omnes actiones, quæ vindictæ persecutionem habent magis, quam pecuniæ, non dantur in heredem, quia nulla pœnalis datur in heredem, licet sit pecuniaria: sed nec dantur heredi, quia vindictæ persecutionem habent. Indignatio est coniugis, non heredis: qua de causa actio inofficiosi testamenti non datur heredi. Datur tantum

tum exheredato, cui iniuria facta eſt. Actio pœnalis, quæ perſequitur rem, datur heredi, vt actio furti, non in heredem, vt puniatur, qui nihil deliquit, & actio, quæ vindictam ſolam ſpectat, nec heredi datur, *l. 1. C. Theod. de dotib. l. rei iudic. §. 1. hoc tit. heres*, inquit, *morum coercitionem non habet*, id eſt, *non agit de moribus aduerſus vxorem defuncti*. Hac actione autem de moribus puniuntur tam grauiores mores, quam leuiores. grauiores, qui & maiores. leuiores, qui & minores dicuntur. Et grauiores mores vocabant adulteria tantum, leuiores, reliquos omnes prauos mores, quos indicat Vlpian. in *tit. de dot.* Et aliter puniuntur mores mulieris, aliter mores viri. Mores mulieris grauiores ſunt, vt adulterium ſiue probrum. Probrum in iure accipitur pro adulterio, *l. probrum, de verb. ſignif.* quæ eſt referenda ad *leg. Iul. de adult.* ſicut furtum eſt crimen iure gentium, ſic & adulterium. Grauiores, inquam, puniuntur retentione, vel petitione ſextæ partis dotis, leuiores octauæ partis dotis. Ergo ob adulterium non amittebat dotem totam, ſed partem tantum, id eſt, ſextam. Quod & indicat lex *cum mulier, hoc tit.* cum mulier lenocinio mariti adulterata eſt, maritus nihil ex dote retinet. ergo alias retinet ex dote, non dotem. propter adulterium, non eſt retentio dotis totius, ſed partis tantum. Et ideo in *l. miles §. ſi ſocer, de adult.* ſocerum, qui accepit dotem nuru deprehenſa, retinere vel petere lucrum ex dote: non dicit dotem, ſed ex dote. Horatius tamen *deprehenſam in adulterio doti metuere* dixit, *&c.* Plinius, *eam, quæ vinum bibiſſet, dote mulctatam*, quod id haberetur inſtar probri, ſiue adulterij, quæ ſecundum ius non poſſunt accipi, niſi de parte dotis. Cato in oratione de dote, vt eſt apud Gellum: *ſi quid peruerſe, vel tetre factum eſſet à muliere, mulctari mulierem, ſi vinum biberit, ſi cum alieno viro probri quid fecerit, condemnari*: condemnari igitur in partem dotis tantum. Et ita in *l. 38. hoc tit.* mulierem, cuius culpa diuortium factum eſt, ob adulterium mulctari: mulctari igitur parte dotis. Nam non inuenio, ne ob mores quidem grauiores, dote tota mulctari, niſi ex pacto, vel niſi extra ordinem motu iudicis. Poſſunt ergo mulctari dote ſolida, vel motu iudicis, vel pacto conuento. Videamus, quemadmodum coerceantur mores mariti. Grauiores etiam coercentur aliter, quam leuiores. Et ſciendum eſt, duo eſſe genera dotium. Alia eſt dos, quæ redditur annua, bima, trima die, ſi conſtat numero, pondere, menſura: dos alia, quæ præſenti die. Dos, quæ conſiſtit in corporibus, in rebus mobilibus, vel immobilibus redditur præſenti die, quia earum rerum redditio non eſt difficilis: ſed ſi fuerit pecunia eſt difficilis. Actio rei vxoriæ eſt bonæ fidei, ob id indulgetur annua, bima, trima die: redditur hodie annua tantum. In ea dote, quæ reddenda eſt annua, bima, trima die, grauiores mores mariti ita puniuntur, ſi cum aliena muliere fuerit, vt eam dotem reddat præſenti die, leuiores, vt eam reddat intra ſex menſes. In ea vero dote, quæ reddenda eſt ſtatim, mores ita puniuntur, vt tantum reddat ex fructibus prædij dotalis, quantum ex eo quadriennio redigitur, quamuis percepti fuerint manente matrimonio, quod Vlpianus in fragmentis explicat in *tit. de dot.* Eſt igitur hæc actio pœnalis & ciuilis: regulariter actio ciuilis non conſumit pœnalem. Nam & ſi quis ſit victus ciuiliter, poteſt poſtea agere criminaliter, in *tit. quando ciuilis actio crimin. preiudic.* Excipitur actio ciuilis, quæ habet vindictam & perſecutionem: vt actio iniuriarum conſumit criminalem, quia idem perſequimur criminali, quod ciuili, nempe vindictam publicam tantum. qui cecidit ergo ciuili, non poteſt intendere criminalem, *l. prætor, 7. §. ſi dicatur, de iniur.* Eiuſdem generis eſt actio de moribus: hac actione victus non poteſt mulierem accuſare adulterij, quia pronuntiatum eſt, eum non habere vindictam grauiorum morum, aut innocentem eſſe mulierem, nec

A probrum vllum feciſſe, quod oſtenditur *l. 1. C. Theod. vic. ciuil. crim. agi poſſe*, titulus eſt regula iuris, ſed lex excipit actionem de moribus. Ab ea regula etiam illud notandũ eſt, in contrahendo matrimonio, vel in dote danda, aut amplianda non valere conuentionem ita factam, ne quãdoque de moribus agatur. Eſt turpis conuentio: vel ſi conuenerit, vt plus aut minus exigatur propter mores, non eſt honeſta conuentio, quia publica legum coercitio priuata pactione tolli non poteſt, *l. 9. de pact. dot.* & in Noricis Pandect. & in aliis Flor. neſcio quomodo fuerit ſublatum, propter ius nouum, quo ſublata eſt actio de moribus: ſed hodie hoc eſt planum, conueniri non poſſe ab initio contrahendi matrimonij, aut dotis, ne agatur de moribus: nam poſt diuortium valet conuentio. cum iam nata eſt actio de moribus, licet eam mihi remit-

B tere, *l. 20. de pact. dotal.* vbi fuit ſimile flagitium, quod extat hodie in omnibus Pandectis. In ea l. 20. ſcriptum eſt, *ob res donatas, vel ob amotas, vel ob impenſas, ne quid retineatur ex dote*: erat enim retentio propter has cauſas. pactio interpoſita valet poſt diuortium. Verum ex Baſilic. addendum eſt, *ob mores, vel ob res donatas, vel amotas, vel ob impenſas pactio valet poſt diuortium.* Ita, ſi in contrahenda ſocietate, vel mandato, vel conſtituendo procuratore conuenit, ne furti agatur, conuentio eſt contra bonos mores: valet tamen, poſtquam furtum factum eſt, *l. ſi vnus §. pacta, de pact.* nec poſt furtum admiſſum turpis eſt conuentio: ante eſt turpiſſima. De actione de moribus illud etiam eſt notandum, quod ait Senatuſconſultum, ei poſſe

C obiici compenſationem lenocinij: hoc eſt verum: non recte agit de moribus, qui ipſe lenocinium vxori præbuit. Et ita ſpecies proponitur. Diuortio facto mutuo egiſſe de moribus virum & vxorem, viro dicente diuortij cauſam dediſſe vxorem, & contra vxor affirmabat idem de viro. Iudex pronuntiauit: *cauſam vtrumque diuortij dediſſe videri*, quod notandum. Cum autem ita pronuntiauit iudex, quid ſignificatur his verbis? Compenſationi locum eſſe. ergo maritum nihil poſſe retinere ex dote ob adulterium mulieris, cum ille cauſam adulterij dederit. *paria delicta*, inquit, *mutua compenſatione tolluntur*, τὰ ἴσα πλημμελήματα ἀντισυλλογίζονται, vt eſt in Baſil. Et ſimiliter in *l. cum mulier, hoc tit.* ponitur, mulierem adulteratam lenocinio mariti, & ait, eum nihil ex dote retinere: *cur enim improbat mores vxo-*

D *ris, quos ipſe ante corrupit, aut poſt probauit?* Leno igitur non habet retentionem dotis. an habet petitionem, hoc eſt, poteſtne agere de moribus? Minime. hoc ſubiicit *l. cum mulier*, ex mente legis, ſcilicet Iuliæ, hoc eſſe, vt qui lenocinium probarit, non poſſit mulierem accuſare de moribus. Non oportet accipere hunc locum de actione criminali, ſed ciuili: huic legi alioquin obſtaret lex 2. *§. ſi publico, de adulter. l. ſi vxor §. iudex, eodem.* in quibus oſtenditur, eam, quæ criminaliter accuſata eſt adulterij à marito, non obiicere compenſationem lenocinij: allegare quidem lenocinium, ſed non, vt fiat compenſatio, neque fieri poteſt, ſed vt oneretur maritus. Allegatio lenocinij onerat maritum, ſed non exonerat vxorem: quandoque vterque punitur. Non fit igitur

E compenſatio mutui criminis. Mulier, quæ rea accuſata eſt lege Iulia de adulter. non poteſt maritum accuſare lenocinij iudicio publico, ſed referre, hoc eſt, retorquere, quod non eſt accuſare: quæ res onerat maritum, nam efficit, vt damnetur etiam ſine accuſatore: quod non eſt nouum, ſed non excuſat etiam mulierem. Et eleganter noſtri auctores non relatione criminis, non recriminatione criminis, ſed innocentia purgari reum, ἀπολογήσομαι πρότερον, εἶτα κατηγορήσω, ἵνα νόμον δικαστικὸν φυλάξω. Id Nazianzenus in epiſtola quadam refert eſſe cautum lege iudiciaria. Relatio ergo criminis non liberat, onerat tantum eum, in quo refertur, & poteſt mulier marito agente criminaliter ex l. Iulia de adulteriis, obiicere non tantum crimen lenocinij, ſed & adulterij, ſi di-

cat & ipsum fuisse cum alia muliere, in *d. l. si uxor §. index.* Non ibi dicit Iureconsultus, ea verba esse ex rescripto, sunt tamen ex rescripto Antonini. Sunt innumera rescripta in Pandectis, quorum auctores tamen reticentur. Non solet vir accusari adulterij: quod Theologi probant, & sacræ literæ, sed est relatio, hoc est, mulier, quæ accusatur impudicitiæ, potest & virum impudicitiæ redarguere, & eo casu punitur etiam adulterium mariti, & non fit compensatio mutui criminis. Dum non distinguunt interpretes inter has duas actiones de moribus ciuilem, & legis Iuliæ de adulteriis, criminalem, in hoc dissidio pungunt se vehementer. Lex *cum mulier* admittit accusationem morum: dicta lex secunda non admittit. Et ita dirimenda lis in actione de moribus ciuili admitti compensationem criminum parium; in B actione de moribus criminali non admitti. Et ne videatur hæc differentia noua, obseruemus etiam non accusari maritum adulterij, nec à muliere, nec ab alio, *l. 1. C. ad leg. Iul. de adulter.* accusatur tantum de moribus ciuiliter, & punitur, vt diximus. & similiter heres eius non agit de moribus contra vxorem defuncti. At post mortem mariti mulier potest accusari adulterij, *l. miles §. defuncto, ad leg. Iul. de adulter.* Ita tres sunt differentiæ inter actionem, & accusationem ciuilem de adulterio, & criminalem de adulterio. Possunt hæc accommodari ad cætera quamplurima, quæ antiquata non sunt. Actio de moribus hodie sublata est tit. *Cod. de repud. &, iudicio de moribus*: constat etiam sublatam retentionem ex dote, quæ competebat viro ob malos mores mulieris tam grauiores, C quam leuiores: retineri etiam non dotem totam, sed partem sextam tantum, eaque pars retinebatur, vel agente muliere rei vxoriæ: vel de dote, vel petebatur actione de moribus. retentio etiam sublata est, *l. 1. §. taceat, C. de rei vxor. act.* Inductum est aliud ius, nec data impunitas malis moribus. Imo grauius coerciti sunt mores coniugis, qui diuortij causam dedisset: mulier enim, quæ causam dedit diuortij, ipso iure amittit dotem totam, amittit etiam (quod obuenire solet mulieri ob donationem propter nuptias) emolumentum, quod ex casu diuortij ad eam pertineret, si mores eius causam dederint, si culpa mulieris factum fuerit diuortium. Sic loquuntur Iureconsul. vbi culpa significat dolum, aut violatam pudicitiam. In illum D locum Virgilij: *Coniugium vocat: hoc prætexit nomine culpam.* Verbo *iuris*, inquit Donatus, vsus est. Et præterea ob adulterium tantum præstat mulier marito, quantum efficit tertia pars dotis ex Nouel. 122. & 117. Longe igitur grauius hodie coercetur. Sublata pœna huius iudicij, vel aucta, vel mutata, & iudicium sublatum est, siue actio de moribus, non quod hodie liceat impune coniugi malos mores habere, male esse morigero vel morigeræ. Ac similiter maritus ob mores malos amittit totam donationem propter nuptias, quæ est reciproca, quasi ἀντιφέρνη: amittit lucra nuptialia & debita ex pacto dotali: solent enim esse paria, quantumque defertur lucri marito ex pacto dotis, tantum mulieri ex donatione propter nuptias, idque ius æquabile postulat. Si igitur cum altera vxore maritus probri quid fecerit, etiam præstat E ex bonis suis vltra donationem, quam amittit tantum, quantum efficit tertia pars donationis, propter nuptias, Nouel. 134. Quid vero dicemus, si matrimonium fuerit sine dote, sine donatione propter nuptias, qui casus non erat comprehensus iure veteri, quia nullæ erant nuptiæ sine dote: ex constitutionibus hoc est, vt possint nuptiæ esse sine dote: imo vero olim turpe æstimabatur nubere eam, quæ non adfert dotem, nec æstimabatur esse nupta, sed concubina potius aut iniusta vxor. ex constitutionib. hoc casu vterque ob mores malos præstat ei, quem offendit, quemque coegit ad repudium, quadrantem bonorum suorum, si modo quadrans non excedat legitimum modum dotis legis Papiæ, *l. 2. C. Theod. de inoffic. dote.* Et qui modus est dotis, idem est in donationibus propter nuptias. Et videtur ex leg. Papia hic fuisse modus dotis centena millia sestertia, & ita in *l. cum de in rem verso, D. de vsur.* dicitur decies centena, hoc est, decies centena millia sestertia nummum. Dicitur Athenagoras dedisse centena millia sestertium. Idem etiam testatur Iuuenal. *Et ritu decies centena dabuntur, Antiquo,* & alibi, *bis centena dedit, &c.* Et Martialis: *centena decies tibi dedit dotis.* Fuit satis magna hæc dos: exiguior fuit longe prisca ętate, & vt Valer. refert quarto capite: *Quædam Tatia visa est maximam dotem attulisse, quæ dederat decem millia æris, cent escus.* Et Senatus in gratiã Scipionis constituit quadraginta millia. Et vt idem scribit, Megalia mulier obtinuit nomen Dotatę, quod super alias omnes mulieres ingentem dotem, videlicet quinquaginta millia æris (*cinq cens escus*) habuisset. Nam vt potius legamus 50. paupertas eius seculi indicat. Nota est prisca paupertas, & societas, & sedulitas, cui maxime studebant veteres. Et notandus est etiam locus Iustin. *de iniur.* vbi dicit in §. *pœna: Propter os fractum nummarias pœnas esse constitutas, vt in magna veterum paupertate.* Et ita etiam in *l. 3. de supellect. leg.* vbi quæritur, an supellectile legata debeantur vasa argentea. ait, *hodie deberi*: sed olim vasa argentea propter prisci seculi seueritatem, non erant in supellectile. Constat plerosque senatu motos, quod possidebant millia pondo argenti facti vel auri, Plutarchus in Syll. Gellius *l. 2. Valer. lib. 2.* Verum ad rem. Seruatur modus dotis legitimus, non tantum in constituenda dote, sed etiam cum matrimonium fuit sine dote in mulctando eo, eaue, quæ diuortio causam dedit. Nam infert ei, quem læsit, quadrantem dotis, vel donationis propter nuptias: non excedit modum dotis centum libræ pondo auri. Item hodie certæ sunt causæ iusti repudij, quæ enumerantur in *l. consensu & l. vlt. C. de repud.* nec licet alias adiicere. Ante Pandect. Florent. in *l. 7. de bon. damnat.* male legebatur, *exheredari liberos certis ex causis*, quia ante ius Nouell. non fuerunt certæ causæ. Olim certæ non fuerunt causę repudij. Et notandum, quod ait *d. l. vlt.* quod actio de moribus etiam minus olim frequentabatur, quod non est vsquequaque verum. Nam hoc ita intelligendum est, minus fuisse frequentatam actionem de moribus agente viro, maxime ob mores grauiores: Nam vnusquisque malebat accusare criminaliter de adulterio, quam ciuiliter de moribus: qui eligit criminale iudicium, consumit ciuile. Ita etiam hodie actio furti in duplum vel quadruplum, non frequentatur, quia extra ordinem criminaliter agitur, *l. interdum §. qui furem, de furt.* Hodie omnia iudicia sunt extraordinaria, quanquam, si quis vellet agere ordinarie, liceret, sed minus frequentatur ius legitimum: eligentes autem extraordinaria, ordinario decidimus, & ita quod hodie non fit actio furti in quadruplum, est ex iure: quod non appelletur, non est ex iure. Et quod hodie à pœna appelletur, videtur non esse ex iure, alioqui appellatur à lege. Nam pœna irrogatur lege, mulcta extra ordinem: à mulcta licet appellare, à pœna non licet; hodie à pœna licet appellare, quia non est contra ius, quia omnis pœna est extraordinaria, vel arbitraria. Et simili modo, si dixeris, hodie nullum esse imperium merum, omne esse mixtum, etiam ius gladij tacite sequi magistratum. Imperium autem merum nominatim lege deferebatur, vel plenissimum, vel ex parte tantum, vt ius deportandi, non relegandi, vel ius gladij, non adiecto iure deportationis. sed hodie omne imperium est mixtum iurisdictione.

Ad l. 61. soluto mat.

Dotalem seruum, vir inuita vxore manumisit: heres solus vir à liberto institutus hereditatis portionem, quam vt patronus consequi potuit ac debuit, restituere debet: alteram vero portionẽ dotis iudicio: si modo vxor manumittenti refragatur.

IAm ad quæst. *l.* 61. vir non poteſt alienare fundum dotalem inuita muliere ex *l. Iul. ex conſtit. Iuſtin.* ne volente quidem muliere: lex vel conſtitutio loquitur de fundo, & facile trahitur ad domum, vt l. 12. tab. *de vſucap. fundi*, trahitur etiam ad domum: lex, inquam, loquitur de fundo, de prædio, non de ſeruo dotali. nam maritus quaſi dominus conſtante matrimonio, ſi ſit ſoluendo, poteſt manumittere ſeruum dotalem, vel in teſtamento, vel inter viuos, & valet libertas etiam inuita muliere, videlicet ſi maritus fuerit ſoluendo, ſi reddendæ dotis fuerit idoneus, aut æſtimationis dotis: ſed ſi non fuerit ſoluendo maritus, & manumiſerit ſeruum dotalem, ſane ſi in fraudem creditorum, (videtur autem ſemper fraus intereeſſiſſe, ſi non eſt ſoluendo debitor) non valet ipſo iure libertas ex *l. Ælia Sentia.* Sed ſi non manumiſerit in fraudem creditorum, id eſt, vt ait *l. ſeruus dotal. de manumiſſ.* Si alios creditores non habuerit, etiam ipſo iure non valet libertas ex l. Iulia, quæ vetat manumitti ſeruum dotalem ab eo, qui ſoluendo non eſt. Nam quando maritus ſoluendo non eſt, dos ſtatim debetur etiam conſtante matrimonio, *l. ſi conſt. in princip. hoc tit. l.* 3. *C. de iur. dot. l.* 1. *& vlt. C. de ſer. pign. dat. manum.* Nunc finge: maritus, qui erat ſoluendo conſtante matrimonio ſeruum dotalem manumiſit, rata eſt libertas, & habetur pro patrono, *l. inteſtato* §. 2. *de ſuis & legi.* valet etiamſi inuita muliere facta fuit. Sed alia in re multum intereſt, volente an inuita muliere manumiſerit. Nam ſi volente & donante maritus ſeruum dotalem manumiſerit, valet donatio inter virum & vxorem, quia non locupletat maritum. Nam qui acquirit libertum, non videtur locuples fieri: ſi, inquam, ſeruum dotalem manumiſerit, non tenetur reſtituere, quod ad eum peruenit ex bonis liberti, ſiue peruenit iure patronatus, ſiue alio iure: quod oſtenditur in *l. ſeq. & l.* 53. Quod ſi inuita muliere manumiſerit, valet quidem libertas, ſed an reſtituere debet ea, quæ à liberto ad eum perueniunt? Finge: qui erat ſoluendo (quæ eſt ſpecies *h. l.*) ſeruum dotalem manumiſit inuita muliere. libertus eum heredem ex aſſe inſtituit. Quæritur, an omnia bona liberti debeat reſtituere mulieri? Concludit Papinianus, reſtitui omnia debere, ſed diuerſo actionis iure. Nam portionem bonorum liberti, quam vt patronus conſequi potuit, id eſt, legitimam debitam patrono, quæ portio fuit ſemis bonorum, hodie eſt triens, hanc inquam portionem reſtituere tenetur vxori, qua inuita manumiſit. Qua actione? Condictione ex *l. Iulia*, quæ dabitur etiam conſtante matrimonio. In l. 65. hæc actio, id eſt, condictio ex *l. Iulia*, de qua tractant ſuperiores leges. & ita in *l. filius* §. *vlt. ad l. Corn. de falſ.* appellatur. condictio illa ex *l. Iulia* datur etiam conſtante matrimonio, non eſt interpretandum de actione mandati, vt alij, aut negotiorum geſtorum, aut actione de dote, ſed de condictione ex lege Iulia. & hoc exemplum addendum eſt *ad tit. de condict. ex lege.* Aliam vero portionem tenetur reſtituere vxori actione de dote: ergo ſoluto matrimonio, non conſtante: nec enim naſcitur actio de dote conſtante matrimonio, niſi in caſu *d. l. conſtante, in princip.* & in caſu legis 1. *de repud.* quia ex dotis cauſa lucrum illud ad eum peruenit, & quia inuiti nomen eſt ambiguum: Nam dicitur inuitus, qui contradicit palam: vel inuitus eſt, qui tacet, qui non conſentit palam. nam taciturnitas aliquando imitatur conſenſum, aliquando diſſenſum, de qua re non poteſt certa regula conſtitui. Papin. in *hac lege* interpretatur inuitam mulierem, ſi modo vxor manumittenti refragatur. Ergo in *hac lege*, inuita eſt, quæ contradicit palam, alioqui pro conſentiente habetur, quod euenit & in aliis caſibus, *l.* 1. *C. de ſeruo pignori dato.* adhibita *l.* 1. *C. de remiſſ. l.* 2. §. *voluntate, hoc tit. l. mand. l.* 6. *C. de nupt.* Non ſunt iuſtæ nuptiæ, quæ fiunt inuito patre, id eſt, prohibente, contradicente. Nam ſi taceat, velle videtur, & in *l.* 7. *de ſponſal.* Alias inuitus eſt, qui non ſuffragatur, qui tacet, atque ideo taciturnitas

A imitatur diſſenſum, *l. inuitus, de ſer. vrb. l. ſi eo iure* §. 1. *de ritu nupt. l.* 1. *C. de theſaur. l.* 10. *& l. filiusfam.* 9. §. *inuitus, de procurat.*

Ad §. Papin. l. 7. ſolut. matrim.

Papin. lib. 11. *quæſtionum, diuortio facto fructus diuidi ait, non ex die locationis, ſed habita ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit: neque enim ſi vindemiæ tempore fundus in dotem datus ſit, eumque vir ex Calend. Nouemb. primis fruendum locauerit, menſis Ianuarij ſuprema die facto diuortio, retinere virum & vindemiæ fructus, & eius anni, quo diuortium factum eſt, quartam partem*
B *mercedis, æquum eſt: alioquin, ſi coactis vindemiis, altera die diuortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque ſi fine menſis Ianuarij diuortium fiat, & quatuor menſibus matrimonium ſteterit, vindemiæ fructus & quarta portio mercedis inſtantis anni confundi debebunt, vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.*

EXplicanda nobis eſt quæſtio *l.* 7. §. *Papin. ſol. matr.* de fructibus fundi dotalis pro ratione diuidendis inter virum & vxorem ſoluto matrimonio, quæ eſt quæſtio vexata ab omnibus interpretibus tam veteribus quam nouis: & à veteribus ſane conſultius, quam à nouis: quam incipere neceſſe eſt ab hac iuris definitione certiſſima. Fructus extremi anni, quo diuortium factum eſt, di-
C uidi inter virum & vxorem pro rata temporis, quo eo anno matrimoniũ ſtetit: vt ſi eo in anno ſtetit mẽſibus quatuor, fructus diuiduntur inter virum & vxorẽ pro triente & beſſe, trientem retinet vel petit maritus, beſſem repetit vxor iudicio dotis, quod fit quaſi augmentum dotalis fundi: & annus incipit modo à die traditi fundi dotalis, modo à die nuptiarum. annus incipit ex die traditi fundi dotalis, non ex die nuptiarum, non ex die promiſſionis, ſi traditio ſecuta ſit nuptias, vel conuentionem dotis: hoc enim caſu annum non numerabo à die nuptiarum, ſed à die traditi fundi dotalis, quando traditus eſt poſt nuptias, *l.* 5. *hoc tit.* In qua ſciendum, ne quis erret, πλοκλω in verbo *conſtituere dotem.* bis facit mentionem in ea lege conſtitutæ dotis, ſed in priore loco aliud ſignificat conſtituta dos, in poſteriore aliud: Nam in priori loco eſt
D dos dicta vel promiſſa. Et ita etiam videtur ſcripſiſſe Vlpianus in *d. l.* 5. *dotis dicta*, non *conſtituta*: non conſtituitur enim verbis, ſed re, quia dictio dotis erat ſublata. ſubſtituit Tribon. dotis conſtitutionem. poſteriori autem loco dos conſtituta eſt, cuius poſſeſſio traditur, vt interpretatur etiam Vlpianus, dote conſtituta, id eſt, tradita poſſeſſione, quoniam id ante non eodem ſignificatu dixerat. in iure ſemper conſtituitur dos traditione rei, non verbis, *l. ſi ſocius pro filia, pro ſoc.* & aliis locis: Si ergo dos ſit tradita poſt nuptias, annus numeratur ex die traditionis: ſed ſi ante nuptias, annus numeratur ex die nuptiarum. Nam fructus ante nuptias ex ea dote percepti augent dotem, & ſunt reſtituendi mulieri, quaſi pars dotis ſoluto matrimonio, *l.* 6. *hoc tit. l. videamus* 38. §. *ante*
E *matrimonium, de vſur. l. dotis* 2. §. 1. *l. ſi ſeruo in dotem, de iur. dot.* Et ita annus alias incipit ex die traditi fundi dotalis, alias ex die nuptiarum. Ex die traditionis incipit, ſi traditio fuit poſterior matrimonio. Exempli gratia: ſi contractæ ſunt nuptiæ Cal. Ianuar. & dos tradita eſt. Cal. Decemb. diuortium autem factum eſt pridie Cal. Ianuar. vel Cal. Ianuar. Maritus ex fructibus fundi dotalis retinebit tantum pro rata vnius menſis, quia numerando annum à die traditæ dotis, vno tantum menſe ſtetit matrimonium. Et hoc eſt certiſſimum. Verum additur exceptio hæc à quibuſdam, niſi mora tam fecerit mulier in tradenda dote. Hoc enim caſu inquiunt, ex mora annus computabitur, non ex dote tradita. quam ſententiam improbo: quia in ſtrictis iudiciis, neque vſuræ veniunt ex mora, neque fructus: moram

creat interpellatio, coűentio creditoris, etiamsi fiat extra ius iudicium vel hoc est certissimum. Ergo multo magis moram creat litis contestatio: hæc est certior mora, id est, interpellatio iudicialis: sed & illa est mora. Dices, fateor non venire vsuras ex mora in strictis iudiciis, id est, extra interpellationem iudicialem. Dubito an non veniant ex lite contestata: non abs re. Nam fuit hac de re controuersia inter Sabinianos & Proculeianos. Procul. volebant nec venire vsuras, nec fructus ex lite contest. Sabinianorum tamen sententia obtinuit, vt ex lite contestata in strictis iudiciis veniant fructus tantum, non vsuræ, non iure, sed æquitate, vt ait *l. videmus* §. *si actionem, de vsur. l. 8. de re ind. l. 2. C. de pet. hered.* Et fructus veniunt ex lite contestata, vsuræ non veniunt, quia non ex rebus, quæ in iudicium veniunt percipiuntur: sed ex obligatione ciuili percipiuntur, *l. vsura* 121. *de verb. signific.* B Stricto iudicio dos debetur marito veluti ex stipulatione dotis: iure veteri ex dictione dotis, quæ erat solemnis obligatio, & præcipue recepta in dotium causa, & hodie ex pacto nudo, ex pollicitatione, ex quibus causis paratur actio stricta. Ergo in hanc actionem non veniunt fructus vel vsuræ, nisi fructus post litem contestatam. Mulier autem repetit dotem iudicio bonæ fidei, & in iudicio bonæ fidei veniunt fructus etiam sine mora, *l. videamus* §. *pen. de vsur.* vsuræ non veniunt nisi ex mora. Et hoc omne est retinendum memoria: nam sæpe fallimur, & vsum habet quotidie, atque adeo debent esse nobis in numerato. His addendum est, superiori sententiæ de diuidendis fructibus pro portione, ita demum locum esse, si diuortium fiat bona gratia: nam si fiat culpa C mariti, maritus tantum restituit ex fructibus fundi dotalis, quantum ex eo quadriennio redigitur, quod scripsit Vlpian. *de dotibus.* Non diuiduntur ergo fructus extremi anni, cum retro quadriennij maritus ob culpam eos reddat ob mores. Quod si culpa vxoris fiat diuortium, hodie retinet totam dotem, ergo & fructus dotis. Sed ita demum superiori sententiæ de rata fructuum locus est, si fundus dotalis fuit inæstimatus, qui proprie est dotalis, vt ait Iustinianus in *l. vnica* §. *itaque, C. de rei vxor. act.* Nam si fundus fuit æstimatus, non est proprie dotalis sed emptus. æstimatio est quasi emptio, & quasi emptor maritus fundi æstimati sustinet dispendium, atque compendium & periculum omne. Idcirco fructus ad eum pertinent iure perpe- D tuo etiam post diuortium, & liberatur pretio fundi dotalis, de quo conuenit initio. Itaque quæstio huius l. pertinet tantum ad fundum dotalem inæstimatum. Item superiori sententiæ locus est cum hac exceptione, nisi conuenerit inter virum & vxorem, vt extremi anni fructus, nondum percepti mulieris lucro cederent. Namque potestate conuentionis omnes cedunt mulieri, quos non percepit maritus tempore diuortij, *l. pen. de pact. dot.* Item superiori sententiæ locus est diuortio soluto matrimonio. Idemque erit morte mariti soluto matrimonio, quo casu reddenda est dos mulieri cum fructibus pro rata eius temporis, quo stetit matrimonium, ab herede mariti, vel à socero, quod ostendit §. *interdum, hac lege.* Idem etiam erit morte mulieris soluto matrimonio, si dos E fuit profectitia, quia reddenda est patri cum fructibus: similiter seruata eadem ratione diuisionis & temporis. Sed non idem erit, si dos est aduentitia, & finiatur matrimonium morte mulieris: nam hoc casu dos remanet apud virum: ergo & dotis fructus qualescunque, & quocunque tempore percepti, *l. mulier, de condit. instit. l. 5. de bon. dam.* Cornutus in Persium etiam hoc probat his verbis: *Dos* (inquit) *à ciue Romano data, non patrio dicta more,* id est, *non profectitia, si non diuortium interuenerit post mortem mulieris, apud maritum remanet.* Probatur etiam superior sententia præter hunc paragraphum, Papin. etiam *l. cum in fundo* 78. §. *diuortia, de iur. dot.* quæ etiam vsufr. dato in dotem, nominatim ait, fructus di-

uortio facto diuidi pro rata eius anni, quo diuortium factum est. Probatur etiam §. *sed nouiss. C. de rei vxor. act.* vbi Thalelæus hoc vtitur exemplo, quod perquam deprauate Latine Gentianus Heruetus reddidit. Exemplum tale est. Fundus dotalis post nuptias traditus est Calend. Sept. vel post traditionem fundi nuptiæ contractæ sunt Calend. Septemb. à die traditi fundi, vel à die nuptiarum, matrimonium stetit decennio, & vndecimi anni mensibus 8. namque diuortium factum fuit pridie Calend. Mart. anno vndecimo. Omnes menses matrimonij sunt 128. quot retinebit maritus ex fructibus? proculdubio retinebit fructus decennij, quia tamdiu sustinuit onera matrimonij, & ex vndecimo retinebit bessem, restituet mulieri trientem: ergo æquum est, vt fructus dotis percipiat pro rata eius temporis. Quid est dos? Pensatio onerum matrimonij. Et ideo absolute à Martiano Capella dicitur *repensatrix*, & in hac prouincia dos vocatur *versura:* nec alia est ratio repetitionis dotis constante matrimonio quam si maritus non sit soluendo, sit impar oneribus matrimonij ferundis, aut periculum sit ne fiat impar, *l. si constante, in princ. hoc tit. & l. seruus dot. de manum.* Et ex eo beneficio *l. si constante,* non tantum est repetitio dotis, sed etiam petitio. Est repetitio aduersus maritum manente matrimonio, si non sit soluendo, vergentem ad extremam egestatem, & propemodum profligatis rebus dotalibus: alioquin maritus non tenetur, nisi in id quod facere potest. Sane soluto matrimonio non tenetur, nisi in id quod facere potest, & multo minus manente matrimonio: sed hoc est, pro maiori beneficio: est etiam vindicatio dotis, siue rerum dotalium per directam vindicationem, vel hypothecam aduersus extraneos possessores etiam manente matrimonio, *l. vbi, C. de iure dot.* Et in eo magis apparet beneficium *l. si constante.* Sed pergamus & confirmemus adhuc magis superiorem sententiam, quæ est veluti arx totius disputationis. Probatur etiam *l. etsi marito* §. *vlt. hoc tit.* Et ex *d.* §. *vlt.* potissimum intelligitur, analogiam illam fructuum augere dotem, id est, pro rata temporis, quo postremo anno mulier in matrimonio non fuit: vnde sic definire licet: fructus percepti ante nuptias augent dotem: fructus etiam post nuptias augent dotem pro rata temporis, quo diuertit. Postremo comprobatur à Paulo in Sentent. lib. 2. Sed quæso videamus quibus verbis? ait fructus fundi dotalis constante matrimonio perceptos, lucro mariti cedere pro rata anni eius, quo diuortiũ factum est: hoc est certum in fructibus perceptis. Quod est certius, eo loci Paulus proposuit. Sed addere etiam oportet, habendam rationem fructuum pendentiũ extremo anno. non tantum veniunt in contributionem fructus percepti à marito, sed etiam pendentes, §. *inter, h. l. & l. si filiofa.* 23. §. *vlt. sol. mat.* quod indicat *l. pen. de pact. dot.* dum ait, *Pacto conueniri posse, vt fructus nondum percepti*, id est, *pendentes cedant lucro mulieris.* Detracto igitur tali pacto, fructus non omnes cedunt mulieri, sed diuiduntur seruata temporis ratione, quo extremo anno stetit matrimonium. Etiam notandum est illud, fructus, in hoc proposito, & aliàs semper intelligi in iure deductis impensis factis fructuum causa. Et eleganter dicitur in *l. fundus qui dot. fam. ercisc.* nullum casum interuenire, qui impediat hoc genus deductionis, vel compensationis, id est, nullo casu euenire, vt impensæ factæ fructuum gratia non compensentur: fructus sunt in lucro: non sunt autem in lucro, quatenus conueniunt cum sumptuum quantitate: ergo non sunt fructus. nullus, inquit, casus interuenire potest, qui impediat hoc genus deductionis. Est tamẽ vnus in *l. vlt. C. de fund. rei priuatæ lib. 11.* Si quis emerit fundum rei priuatæ Principis insciens, sine dolo malo, nihilominus restituit fundum, non habita compensatione expensarum cum fructibus: restituit igitur fructus omnes sine deductione melio-

rationum. Ergo vt me recipiam ad id, quod inceperam dicere, cum dicimus, fructus esse diuidendos, eos dicimus, qui supersunt deductis sumptibus: prius habenda est ratio sumptuum, deinde facienda eorum qui supersunt, diuisio: hoc refertur in initio huius legis. Scæuola dicebat pertinere tam ad sumptus factos à muliere fructuum gratia ante nuptias, vel traditam dotem, quam ad sumptus factos à viro ante vel post nuptias. Nam vterque suorum sumptuum deductionem habet. Finge: mulier pridie vindemias fundum in dotem dedit, mox à marito collectis vindemiis diuertit, atque ita vno tantum mense constitit matrimonium. fecerat mulier in colenda vinea sumptus, fecerat & maritus in colligenda vindemia. mulier impendit 4. vir 2. solidos, fructus vindemiæ sunt 18. quid fiet? ante omnia ex fructibus deducet mulier quæ impendit, vir autem 2. reliqua erunt 12. quæ ita diuidentur, vt mulier habeat 11. maritus vnum duntaxat. Et hoc ita proponitur initio huius legis, cum vno tantum mense stetit matrimonium. Quid si pluribus annis steterit matrimonium, & vxor, antequam fundum traderet, aliquid impenderit in eius fundi culturam? eadem ratio seruabitur. Nam ante omnia soluto matrimonio, id est, antequam fiat diuisio fructuum, implere mulieri sumptus debet: Et hoc est, quod ait initio l. 7. necesse esse primi anni computari tempus: id est, rationem haberi temporis primi anni, quod sit ante prædium datum, ratione scilicet impensarum quas mulier fecit, etiamsi plurimis annis matrimonium steterit. Nam vetustas temporis non potest mulieri adimere deductionem impensarum. Species huius §. hæc est. mulier tempore vindemiarum, id est, Cal. Octob. dedit vineam in dotem, mox maritus collegit vindemiam, & vineam locauit ex Cal. Nouemb. & matrimonium solutum est suprema die Ianuarij, atque ita matrimonium stetit 4. mensibus tantum, numerando, vt oportet, à die traditi fundi: Quæritur quantũ retinere maritus ex fructibus possit? Et dubitatur, an possit integros vindemiæ fructus retinere, quos sustulit, & pensionis, quia à die locationis matrimonium stetit tribus mensibus tantum, id est quadrante anni, an inquam, maritus possit retinere integros fructus vindemiæ quos sustulit, & præterea quartam partem mercedis locationis, quia à die locationis stetit tres menses? sed ait, annum non computari à die locationis, sed à die traditi fundi. Atque ita computando, matrimonium stetit 4. mensibus, id est, triente anni. Ergo non debet retinere, nisi trientem fructuum. Qua de causa nos confundemus fructus, fructus scil. vindemiæ, & pensionis trium mẽsium, qui cesserunt: reliquorum mensium qui non cesserunt, non confundemus. Et ita confusa vindemia, & mercedis quarta, dabimus trientem marito, quia tertiam quoq; partem anni cum vxore vixit: reliquum restituet mulieri. Et hoc ostendit ab absurdo, vt refellat eos, qui contrariũ sentiebãt, & dicebãt, maritũ retenturũ fructus vindemiæ. cũ non debeat retinere, nisi trientẽ vindemiæ & trientẽ quadrãtis pẽsionis confundi cũ vindemia: Nã si maritus nõ locauerit vineam, sed legerit tantũ vindemiã, & altera die diuortiũ fecerit mulier, integros an retinebit fructus? minime. Eadem absurditas interuenit si locauerit, si non toto anno, sed quatuor mensibus stetit matrimoniũ. Verba sunt planissima, sed fundãda & confirmanda sunt. exponenda nunc sunt ea, quæ diximus, diligentius. Mulier pendente vindemia fundum in dotem dedit Calen. Octob. mox lecta vua, sublata vindemia, maritus eundem fundum locauit ex Cal. Nouemb. eiusdem anni, & diuortium est factum suprema die mẽsis Ianuarij, pridie Cal. Feb. atque ita matrimonium stetit 4. mensib. Quæritur quemadmodum *fructus eius anni sunt diuidendi inter virum & vxorem?* Et quia matrimonium stetit 4. mensibus, ex sententia Papin. maritus retinebit tertiam partem ex mercede quæ cesserat & debebatur tempore diuortij, id est, ex quarta parte mercedis,

A æque maritus retinebit tertiam partem. Separatim igitur ex vindemia retinet tertiam partem, ex quarta parte mercedis etiam tertiam partem. vel confusa vindemia cum quarta mercedis parte, retinebit tertiam partem: Consulantur Mathematici: respondebunt, nihil esse æquius distributione Papiniani. Cum verba sunt clara, quid iurgamur? Cur in inquirenda ratione sententiæ, quam verba præferunt, non laboramus? Eam distributionem defendit Ioan. Buteo aduersus Accurs. & Alciatum, secundum Papin. proportionem Geometricam, quæ seruatur in distributionibus. Arithmetica seruatur in commutationibus, quam tamen Geomet. scilicet non seruat Franc. Accurs. cum scribit contra Papin. verba manifestissima. Proportio Arithmetica est, cum
B est idem excessus, vt idem est excessus 3. ad 4. qui 1. ad 1. nam vtrobique maior numerus exuperat vno. Geometrica, est cum non est idem excessus, sed eadem ratio proportionis, vt eadem est ratio 8 ad 4. quæ 16. ad 8. nempe dupla: nam in 8. insunt bis 4. & in 16. insunt bis 8. Denique eadem est proportio octo ad 4. quæ ad 16. Seruatur & proportio hæc, cum mulier extremo anno innupta fuit mensibus octo, nupta quatuor. Sic ex vindemia, quæ est 24. marito relinquuntur 8. mulieri 16. quæ est eadem proportio, quæ in iisdem mensibus, quibus vel nupta fuit vel innupta, in distribuenda vindemia. Et similiter ex quarta parte mercedis locato fundo 12. (puta) marito relinqueretur vnum, id est, tertia pars quartæ partis, mulieri duo, quæ est eadem proportio. At videamus quæ obiiciuntur sententiæ Pa-
C piniani. Hic vult, in diuisionem venire portionem mercedis tantum, id est, quartam partem mercedis, quæ cesserat, & debebatur tempore diuortij. Si maritus fundum locauerit 12. vult diuidi 3. nummos, ita vt maritus vnum habeat duntaxat, mulier 2. Contra in §. *seq.* è contrario, *&* §. *item si messis*, ostenditur totam mercecedem in contributionem venire, & diuisionem fieri pro rata temporis, quo matrimonium stetit. ergo pro rata quatuor mensium, etsi locatio non cœpit à primo mense, sed secundo: debuit igitur in diuisionem venire non quarta pars mercedis, sed tertia, id est, quarta nummi. Nam non spectamus, quid tempore diuortij debebatur, sed quid debebitur, vt recte Florent. scriptum est in §. *è contrario*. Recte & hoc, vt planius intelligamus,
D sciendum est, in diuisionem venire non tantum fructus perceptos, vel pensiones locationum, quas maritus accepit, quæ pro fructibus accipiuntur semper in iure, sed & pendentes, stantes & omnem omnino spem futurorum fructuum, futurarumque pensionum habita ratione proportionis anni, quo diuortium factum est. Qua de causa mulier, cui redditur fundus stantibus fructibus, cauere solet ex fructibus, quos perceptura est, redditum iri marito pro portione matrimonii temporis, §. *interdum, h. l.* & præterea solet eum indemnem præstare aduersus conductorem, cui maritus forte locauit in longum tempus: & è contrario maritus cauet quidquid acceperit, consecutusque fuerit ex mercede, id se redditurum mulieri pro portione eius temporis,
E quo diuortium factum est, *l. filiofam.* §. *vlt. hoc tit.* Et apertissime in §. *non solum, h. l.* ait, haberi rationem fructuum, non tantum temporis, quo percipiuntur, sed etiam totius temporis quo seruantur. Igitur spem etiam in diuisionem venire nondum perceptorum fructuum pro rata temporis, quo mulier in matrimonio fuit, & quo fundus dotalis fuit. Et idem etiam ostendit §. qui sequitur, *&* §. *item si mess.* Species est: Mulier sublatis vindemiis statim fundum dedit in dotem, puta Calend. Octobr. & vir eundem fundum locauit Calend. Mart. & diuortium subsecutum est Calend. April. atque ita à locatione stetit matrimonium vno mense tantum, à traditione fundi dot. sex mensibus: an dicemus à locatione pensiones locationis ita diuidi, vt maritus tantum habeat duodecimam partem pro

rata vnius mensis, qui cucurrit à locatione? minime quandoquidem etiam ratio habenda est præteriti temporis, quo mulier in matrimonio fuit, & quo dotale prædium fuit. Igitur ex mercede, vel ex specie futuræ mercedis eius anni, maritus retinebit aut repetet dimidiam partem: quod aperte ostenditur in §. *è contrario*. Et inde colligimus tria. Primum est, fructus vindemiæ captos à muliere ante traditum fundum dotalem, non venire in diuisionem, sed lucro mulieris cedere, quia capti sunt ex fundo nondum facto dotali: quod ostenditur etiam in §. *item si mess. in fine*. Item colligo ex specie §. *è contrario*, non ex die locationis, quasi nouum annum incipere, sed vnum esse annum matrimonij, eumque incipere à die traditi fundi, si traditus sit post nuptias, vel à die nuptiarum, si traditus fuit ante nuptias, *l. 5. & 6. sup.* Tertio intelligimus ex eo in diuisionem venire non tantum mercedem vnius mensis, quæ debebatur tempore diuortij, sed & spem futuræ mercedis, quæ debebatur pro portione anni, quo matrimonium stetit. Quæ tria etiam licet colligere ex §. *item si mess.* quem nescio an quis explicauerit bene. Verba §. *item si messis*, angusta sunt nimis, & maxime pressa, vt putem hæc omnia esse relata ex Papin. ab Vlpian. vsque ad §. *ob donat.* Græci eum paragraphum non intellexerunt, imo etiam corruperunt legentes, *menses & mensium*, pro *messes & messium*. Verum vt intelligatur, sciendum est in hoc §. 1. & in tota hac lege, fundum non esse vineam simpliciter, sed arbustum, quod fert & messes & vindemias, & poma, & nuces, vt in Italia vnus fundus habet hæc omnia. Species est: Mulier perceptis etiam vindemiis (vt posuimus ante) statim fundum dedit in dotem Calend. Octobr. & vir eum locauit ex Calend. Mart. sub hac lege, vt conductorem sequerentur tam messes, quam vindemiæ. Poni potest varie species huius §. sed hoc modo conuenientius: Adde, matrimonium stetisse mensibus decem à die traditionis, atque ita matrimonium solutum fuisse mense Augusto: post messes igitur & ante vindemias maritum percepisse mercedem messium, vxorem percepturam mercedem vindemiarum: quæro quomodo fiet diuisio horum fructuum? Et hoc significatur in §. *item si mess.* ex mercede messium, quam maritus percepit, mulierem habituram sextantem, quia sexta tantum parte eius anni innupta fuit: ex mercede autem vindemiarum, quam mulier perceptura est, marito præstabit dextantem, atque ita fit computatio à die traditionis, non à die locationis; & vindemiæ perceptæ à muliere antequam nuberet, non veniunt in diuisionem; & spes futuræ vindemiæ, venit in diuisionem pro portione anni siue mercedis pro vindemia. Et id est quod ait *d.* §. *cum spe futuræ vindemiæ*. Cyrillus ita interpretatur hunc §. *Si*, inquit, *post messes, & ante vindemias dirimatur matrim. & ego (maritus sc.) mulieri rationem reddo messium, & ipsa mihi rationem vindemiarum*. Valde fuit necesse hæc explicare, sed quod incepimus absoluamus, *i. e.* obiectionem. Cur in specie §. *Papin.* in computationem non venit spes futuræ mercedis pro rata temporis, quo matrimonium stetit? Cur venit tantum in computationem quarta portio mercedis? quis non dixerit hoc pugnare cum iis, quæ sequuntur? Resp. In computationem venit spes futuræ mercedis pro modo temporis, quo stetit matrim. si post traditionem vel post nuptias nulli alij fructus fuerint; puta, quod mulier vindemiarit fundum antequam traderet vel nuberet: Nam si fuerit fructus aliquis ante locationem, & ante nuptias, vel traditionem, vt in specie §. *Papin.* hoc casu non est æquum, vt omnis spes futuræ mercedis veniat in contributionem, sed id tantum, quod à locatione in diem diuortij ex causa locationis debebatur. Est & aliud, quod obiicitur Papiniano. Extremi anni fructus tantum veniunt in contributionem, *l. 5. & 6. h. tit l. pen. de pact. dot.* Et videtur Papinianus etiam diuidere fructus penultimi anni, id est, fructus vindemiæ. Nam fructus vindemiæ videntur esse penult. anni, mercedes vltimi tantum: cur seruat analogiam etiam in penultimo anno, cum tamen seruetur in vltimo tantum? Hac ratione moti aliqui, quos Papinianus refutat, dixerunt, maritum integros fructus vindemiæ lucrari, & mercedis partem quartam, cum à locatione anni quarta parte stetisset matrimonium. Cur dicebant fructus penultimi anni in computationem non venire? quia ea analogia non seruatur, nisi in vltimo anno. Cur dicebant eum lucrari quartam partem mercedis? quia vltimus annus incipit à die locationis, & eo anno vltimo matrimonium stetit tantum mensibus tribus, id est, quarta parte anni. Sed hos dum refellit Papin. satis ostendit, non esse constituendos duos annos, sed vnum tantum. Incipit enim annus à die traditi fundi seu nuptiarum. Ergo eadem die desiit, nec vnus annus scindi potest in duos: si annum computas à collectis vindemiis, qui sunt plerumque vltimi fructus, vt solent computare quidam; si ita computas annum à collectione frugum, duo sunt anni. priori finem dant vindemiæ; posteriori initium dat locatio: sed male computas. Nam vt proposuit ante *l. 5. & 6.* annus est computandus ex die nuptiarum seu traditionis, non ex die conuentæ dotis, non ex die locationis, quæ est posterior traditione fundi dotalis: & ideo (quod notandum maxime) si is annus, qui incipit ab eo die, id est, traditione, expleatur in matrimonio, etiamsi maritus bis perceperit vindemiam, omnes fructus lucrabitur. Fieri potest, vt statim post traditum fundum colligat vindemias, & vt eodem die, vel postridie eiusdem anni colligat etiam vindemias, moxque discedat ab vxore. & si bis perceperit vindemiam eo anno, omnes fructus lucrabitur, quia totius eius anni onera matrimonij sustinuit. Papinian. ait confundi fructus vindemiæ, cum quarta parte mercedis. quod demonstrat non tantum vindemiæ & locationis confundi fructus, sed etiam annos, quia videbantur duo, & cogi in vnum. Itaque si anno, antequam fuerit dissidium inter coniuges, bis collegerit vindemiam, dicam vtramque vindemiam esse vnius anni, quia non duos, sed vnum facio annum. Annus varie computatur pro materia subiecta, & vulgo hodie etiam alii à Cal. Mart. alii alio modo incipiunt annum. Et notanda est valde ratio, qua vtitur Papinianus aduersus eos, qui contrarium sentiebant: sic argumentatur. Si annus vltimus computatur post collectionem fructuum à die locationis, id est à Calend. Nouemb. computabitur ergo etiam ab eo die non facta locatione, quia post vindemias desinit annus penultimus, & incipit vltimus, & consequenter, vindemiæ fructus integri pertinebunt ad maritum, etiamsi postera die quam collegit vindemiam, solutum sit matrimoniũ, atque steterit paucis diebus. Hoc, inquit, est absurdum, nec vlli hoc admitterent; ergo nec illud. Erat tamen tolerabilior eorum sententia, quam sit nouorum interpretum: quandoquidem volebant illi, quos refellit Papin. non seruari proportionem in fructibus vindemiæ, quasi sint fructus anni penultimi: & eos integros igitur pertinere ad virum, & seruari tantum in fructibus vltimi anni, qui incipit à fructuum collectione. Sed peccant dupliciter: primum, quod constituunt duos annos, deinde quod inducunt eandem proportionem in penultimo & vltimo, quæ inducitur tantum in vltimo. Aut ego vehementer fallor, aut nemo est, qui non intellexerit, quod diximus heri de distribuendis fructibus pro rata eius anni quo factum est diuortium. Itaque non est quod diutius immorer in re tam perspicua, & refellendis aliorum opinionibus, & vt cum Aristotele dicamus, stultum est, stultas opiniones nimis anxie speculari. Igitur duo tantum nunc adnotabo. Primum quæ in hac l. 7. subiiciuntur de eadem quæstione, quæ nondum attigi, deinde exponam, an eadem ratio proportionis seruetur inter fructuarium & proprietarium finito vel amisso vsufructu, & inter alias quasdam personas, de quibus inferius. Quæ

hactenus diximus, de fundis sunt, quia ferunt fructus quotannis: sed sunt quidam fundi irrigui, in quibus fructus crescunt vberrimi, qui bis ferunt fructus in anno, aut bis vindemias: nihil est certius. horum fundorum fructus non dicemus diuidi pro rata anni, quo diuortium factum est, sed pro rata sex mensium, §. *quod in anno. h. l.* contra sunt fundi quidam, qui non ferunt quotannis, sed post plures annos, puta qui ferunt quinquennio quoquo, veluti syluæ cæduæ, quæ non solebant olim cædi, nisi in quinquennium, hodie in quadriennium, *l. vlt. C. de seruit. l. cum manum* 80. §. *sylua, de cont. empt.* Syluæ igitur cæduæ fructus non dicam diuidi pro rata vnius anni, sed pro rata quinquennij: quod etiam ostenditur in *d.* §. *quod in anno*, & si sit noualis ager, id est, qui alternis annis, qui vno anno cesset, & quasi requiescat, quod dixero veruactum & νεατὴν, cui opponitur terra cruda, hoc est, quæ nondum est præcisa aratione, *en friche.* Nouali etiam opponitur restibilis ager, qui fert quotannis, qui nunquam cessat, vel etiam, qui seritur biennio continuo spico aristato: qua de causa patresfam. solent excipere in locatione, ne biennio continuo ager feratur spico aristato, sed potest seri quotannis vno fariceo spico, altero leguminibus. Si igitur dotalis fundus noualis fuerit, hoc est, si ferat biennio quoquo duntaxat, non dices etiam diuidi fructus pro rata anni, sed pro rata biennij. Eadem est ratio syluæ cæduæ & noualis agri: nam vt in sylua cædua spectas quinquennium, ita in nouali spectas biennium. Etiam illud adnotandum est ex §. *non sol. inf.* in fructu esse non tantum messes, & vindemias, de quibus supra, aut pensiones prædiorum rusticorum, sed in fructu etiam esse lanam ouiū, in fructu esse fœtus pecorum, operas seruorum, & vt additur in extremo huius §. pensiones prædiorum vrbanorum eadem ratione diuiduntur. Dubitabatur magis, an pensiones essent in fructu vrbanorum prædiorum, & ob id in *l.* 36. *prædior. de vsur.* omnino accipiuntur pro fructibus. Cur dubitatur de pensionibus vrbanorum prædiorum? quia naturaliter vrbana prædia non ferunt fructus: & ita in *l. ancillarum* 37. *l. mercedes, de petit. hered.* cum dixisset in *l. ancillarum*, pensiones prædiorum vrbanorum venire in hereditatis petitionem, subiecit in *l. mercedes*, mercedes à colono acceptas, hoc est, pensiones prædiorum rusticorum locum fructuum obtinere plane, hoc est, absque dubio. De arboribus quærebatur, an essent in fructu, & ideo, an cederent lucro mariti pro rata temporis, quo mulier in matrimonio fuisset? nec potest generaliter constitui, eas esse in fructu. Nam si sit sylua data in dotem, distinguendum est: Aut est sylua cædua, aut incædua, hoc est, non cædua. Si sit sylua incædua, & maritus deciderit arbores ex ea sylua, deteriorem fecit fundum dotalem: glandem legere potest, arbores decidere non potest, sicut nec fructuarius. Imo vero, si vi ventorum deiectæ fuerint, non sunt lucro mariti, sed arbores syluæ cæduæ sunt in fructu, non inciduæ arbores, gremiales sunt in fructu: alij cremiales indifferenter: quidam gremiales dictas putant, quod legantur in gremium. Ideoque in Basil. pro arbore gremiali, τὰ ἐν ἀγκάλαις φερόμενα, Estque illud verbum valde deprauatum *lib.* 7. *Halicarn.* cum loquitur de filiis Coriolani, quorum vnus, inquit, fuit annorum 10. alter fuit ὑπερκαλὸς, sed legendum est ὑπαγκαλὸς, qui nondum poterat incedere. Etiam illud est notandum, quod proponitur in §. *si vir*, argentifodinas, aurifod. arenæ, vel aluminis, vel cretæ fodinas esse omnia in fructu, subiici ea calculo, seu distributioni. de lapidicinis dubitat. Et ideo distinguit Papin. nam si lapis solet crescere, lapidicinæ sane sunt in fructu. sed si non soleat crescere, si inueniatur marmor in fundo dotali, & excidatur à viro, fit quidem viri quasi fructus, sed tamen non est in fructu, quia fundum fructuosiorem non facit, cum non soleat crescere, nec possit exscindi plusquam semel vno in loco: ideoque impensam in eo marmore cædendo non potest maritus repetere, repetet impensas necessarias, & vtiles, sed non impensas factas in eo marmore cædendo: quia in ea cæsura fundum fructuosiorem non facit, *l. vlt. de pact. dotal. l. si ex lapid. de iure dot.* Qua de causa ego docui in *d.* §. *si vir*, esse legendum, *lapidicinas marmoreas inuenit, nec fundum fructuosiorem reddiderit.* Nunc transeamus ad alterum. Quæro, quæ ratio diuidendorum fructuum seruatur inter virum & vxorem, an ea etiam seruetur inter fructuarium & proprietarium? Et, vt iam aperui, eadem sane ratio videtur obseruanda, quam sententiā introduxit in feudis. Nam omnium opinio hæc est, & res est dignissima cognitu, vt finito vsufr. vel amisso fructus percepti cedāt fructuario, fructus pēdentes cedāt proprietario. est iniquissima opinio, quod facile persuadebo. Sic igitur statuo: fructus diuidi inter proprietarium & fructuarium pro rata eius anni, quo finitus est vsusfr. *l. si operas* 16. *de vsufr. l.* 5. §. *vlt. si vsusfr. pet.* Et hoc generaliter constitui volo, siue sint percepti fructus, siue pendentes, vt diuidantur pro rata, & siue percepti exstent, siue consumpti sint, & siue percepti sint à fructuario, vel nomine fructuarij quos solos sibi acquirit, vel alius eius nomine, §. *is ad quem, Inst. de rer. diuis.* quæ seruatur etiam in colono. Nam fructus, quos alius percipit & separat à solo, non nomine fructuarij, vel fructus qui sua sponte decidunt, non acquiruntur fructuario antequam eos apprehenderit. Et hac in re distat tantum fructuarius à domino; ergo & à marito, & à bonæ fidei possessore, ab emphyteuticario, quia ij fructus suos faciunt, quoquo modo terra separati sint, si modo eos apprehenderint, *l. qui scit.* §. *pen. de vsur. l. si fructus, quib. mod. vsusf. amit. l.* 12. §. *vlt. de vsuf.* Ergo tempore finito vsufructu, siue fructus pendeant, siue sint consumpti, diuidendi sunt pro portione anni, quo vsusfructus extinctus fuit: nec est, cur noua ratio distributionis inducatur à fructuario. Et summa iniquitas est, perceptos fructus omnes relinquere fructuario, & pendentes pertinere ad proprietarium: aut certe distributio hæc non est. Contra hanc opinionem nostram duo obiiciuntur. fructus pendentes finito vsusfructus tempore acquiruntur domino: ergo non veniunt in diuisionem. Est tota vitiosa collectio. Nam & fructus pendentes diuortio facto mulieris sunt, & tamen eorum mulier rationem reddit viro, & deducuntur in diuisionem: & similiter fructus pendentes capti vsusfructus tempore, sunt fructuarij, *l. si pendentes, de vsuf.* & tamen, si paulo post extinguatur vsusfructus, quam cepit, debetur ex eis fructibus portio fructuum proprietario. dominium non impedit diuisionem pro rata, & in partitionis rationem veniunt. Et similiter bonæ fidei possessor facit fructus suos, quos curauit & percepit bona fide: verum domino vindicante rem, eos fructus bonæ fidei possessor facit suos, qui bona fide consumpti sunt: si extent, tenetur restituere domino, non minus quam pendentes, *l. certum, C. de rei vind.* Et nihil est frequentius, quam vt cogamur rem, quæ nostra est, vel communicare, aut cōtribuere. Obiicitur *l. defuncta, D. de vsufr.* Cur vero errorem hunc creauit ista lex sola? quia nescierunt speciem eius legis. Species est: Fructuarius locauit fundum ex Kal. Mart. eademque die pensionem sibi solui curauit, & mortuus est mense Decembri, atque ita finitus est vsusfructus morte fructuarij decimo mense à locatione, quo tempore conductor collegerat omnes fructus eius fundi. Quæritur, vtrum pensio sit diuidenda inter proprietarium & fructuarium pro rata anni, an heredi fructuarij debeatur integra? *Et* ait, heredi fructuarij pensionem esse soluendam integram Kal. Mart. quia eo die pensionem solui conuenerat. Non fit igitur distributio similis inter fructuarium & proprietarium, sed non absque ratione. Falluntur in computatione anni: quo vsusfructus constitit. computandus non est à die locationis, sed à die constituti vsusfr. & ponendum constitutum fuisse à Kal. Ian. locatum Kal. Mart. durasse igi-

tur vsumfr. annum integrum, vnde non mirum, si pensio integra debeatur heredi fructuarij: nihil igitur ex ea pensione est habiturus proprietarius. Ego introduxi hāc sententiam, nec potui probare statim, sed casus fecit, vt probarem. Erat quidam fructuarius syluæ cæduæ, cui scil. fuerat constitutus vsusfr. statim post cæsuram: non erat igitur fructum ex eo fundo laturus ante quinquennium: quid accidit? mortuus est: finge tertio aut quarto anno, antequam venisset dies cæsuræ, an fuit inutilis vsusfructus? Dices inutilem fuisse? non certe vllo auctore. In hac specie prudentissimus Senatus ita iudicauit: fructus pendentes esse diuidendos inter fructuarium & proprietarium. an sequimur eam rationem in aliis personis? Finge: Colonus vel emphyteuticarius, vel etiam libellarius fundi possessor in feudis, aut precarius, quia canonem siue pensionem non soluit, fundus committitur, quem eo iure possidet, id est, redit ad dominum: Nam in omnibus his negotiis est locus commissi ob non solutam pensionem, hoc est, redit ad dominum ipso iure commisso fundo. quemadmodum diuiduntur fructus? pro rata temporis, quo ea iura constiterint in eadem persona vt constat ex libro 4. *Feud. tit. de fructibus feudi.* Ante nostram diuisionem olim ij libri valde male diuidebātur. Magna est quæstio in eo titulo, quemadmodum diuidendi sunt fructus inter dominum & vassallum, feudo commisso & aperto. committitur feudum propter infidelitatem: aperitur propter inopiam filiorum masculini generis, defuncto scilicet cliente sine herede masculo: nam feuda plerumque non sequuntur fœminas: possunt tamen quædam esse feuda muliebria. Igitur in eo titulo referuntur quorumdam opiniones, nec adfertur tamen vlla, quæ accedat ad distributionem Papiniani, qua nulla est æquior.

Ad l. 5. rerum amot.

Viua quoque filia, quod ad patrem ex rebus amotis peruenit, vtili iudicio petendum est.

PRimum quidem, quid sit actio rerum amotarum indicabo, quod nescio, an factum sit ab aliquo liquido. Actio rerum amotarum est, quæ datur in solidum, & statim diuortio facto in eum eamve, qui maritus, quęve vxor fuit, de rebus, quas coniugi amouit diuortij causa, id est, cogitatione diuortij, quod versabatur in animo, & fecit, vel etiam de rebus, quas nihil dum cogitans de diuortio amouit, & diuortens postea celauit, atque suppressit. Nam hæ res sunt earum loco, quas diuortij causa amouit, licet non eo consilio attigerit eas initio *l.* 17. §. 1. *h. tit.* Competit etiam marito vel vxori, cui res subtractæ sunt, & cui furtum factum est, earum rerum nomine vindicatio, vel ad exhibendum actio *l.* 34. *hoc tit.* nam vt rei furtuæ non tantum vindicatio, sed etiam condictio est: ita & rei amotæ, quia reuera quæ amota dicitur, furtiua est. res furtiua non vsucapitur à bonæ fidei possessore, nec res amota vsucapi potest ex lege 12. tab. *l. pen. hoc tit.* nihil refert quo vtaris verbo: res est eadem, ius idem in vtroque, & actio rerum amotarum condictio est, *l.* 26. *hoc tit.* similis scil. condictioni rerum furtiuarum, imo eadem: hæc honestior, si verba spectes. in *d. l.* 26. *rerum*, inquit, *amotarum actio condictio est.* nihil est præterea, hoc est, formula eius hæc sc. si *paret dari opportere.* Male Accursius, *rerum amotarum condictio est*, hoc est, *in personam*: Nam non omnis actio personalis condictio est, vt actio depositi, qua non dari, sed reddi opportere intenditur, & in *l. si quis inficiatus*, §. *vlt. depos.* nemo hoc ipso, quod depositum suscepit, condictione obligatus est, sed si depositum abiuret, condictione obligatur eo casu solo. Inficiator depositi proximus est furi, & quicumque sunt furib. proximi, condictionib. obligantur, qua quidem actione

A magis oneratur, quam vindicatione. Vtraque in eos est actio, sed condictio durior, quia scil. in condictione indistincte fit condemnatio, siue res sit in rebus humanis, siue non, & siue fuerit interitura æque apud dominum, siue non. Hæc distinctio non obseruatur in condictione rerum amotarum, rerum furtiuarum, non in actione quod metus causa, non in interdicto vnde vi, quod vi aut clam, quæ descēdunt ex delicto, *l. si cum exceptione* §. *quatenus, quod met. caus.* quæ tamen distinctio obseruatur in vindicatione: Nam si res interierit sine culpa possessoris, quia æque erat interitura apud dominum, possessor absoluitur. Merito ait Iustin. *odio furum comparatam esse condictionem*, contra regulam, quæ vult, *vt nemo rem suam condicat*, quia grauior est actio, quam
B vindicatio, vel exhibitoria actio: ergo rebus amotis ex bonis mariti, vel vxoris diuortij causa, marito vel vxori, cui furtum factum est, vt apertius loquamur, vt quod in re ipsa est, exprimamus. Plane hæc vindicatio rei suæ, & condictio competit, non quasi rei furtiuæ: debet enim cum ea, quæ vxor fuit, vel cum eo, qui maritus fuit, honestioribus viribus confligere, sed quasi rei amotæ. Fit etiam eo nomine compensatio, si quid mulier amouerit ex dote vel ex fructib quos maritus post diuortium percepit, quos constat ad mulierem pertinere pro rata temporis, quo nupta fuit, *l.* 7. §. *ob donat. sol. matrim. l.* 1. *C. hoc tit.* ita etiam mutua compensatio fit nonnunquam si vir & vxor inuicem agant de rebus amotis, vt in actione de moribus, sicut diximus ad *l. viro, sol.*
C *matrim.* In hac actione mutua delicta pari compensatione tolluntur. In delictis mores numeramus, *l.* 7. *hoc tit.* Dixi initio rerum amotarum actionem dari in solidum, & statim diuortio facto dari in solidum ad differentiam, *πρὸς ἀντιδιαστολὴν*, actionis de dote, quæ datur in id, quod maritus facere potest, inopia prodest marito ne damnetur in solidum, quæ nihil prodest in iudicio rerum amotarum, *l.* 21. *hoc tit.* Dixi statim diuortio facto, ad differentiam actionis de dote, quæ non repetitur statim, si pondere, numero constat, vel in aliqua re mobili, sed repetitur annua, bima, trima die. Et hæc differentia monstratur in *d. l.* 21. §. *rerum, hoc tit.* Actio de dote non repræsentat dotem, sed diuidit pręstationem dotis in annum expletum, in pensiones tres. Præterea obseruandum ex definitione quam supra attulimus, hanc
D actionem rerum amotarum dari de rebus amotis diuortij causa, hoc est, meditatione futuri diuortij. Quid dicemus, si quid amouerit alter alteri mortis causa, qua constat solui matrimonium? Finge, marito decumbente & fere occumbente, mulier desperans de vita mariti, omnem pecuniam subripuit: an tenebitur heredibus mariti condictione rerum amotarum? Denique, quæ amouit aliquid de bonis mariti mortis causa, an tenebitur hoc iudicio? constat hanc actionem dari heredibus, *d. l.* 21. §. *pen.* Et Accurs. scribit, etiam dari vtilem actionem rerum amotarum, de reb. amotis mortis causa, nisi fallor in *l.* 22. §. *vlt. hoc t.* & perperam Heruetus fecit, vt scriberet Theodorus ad *l.* 2. *C. rer. amot.* mortis causa dari hanc actionem, nam hoc est falsissimum, vel
E directā, vel vtilem competere ob res amotas mortis causa. Proinde sic statuo, ob eas res, neque directa, neque vtilis est actio, siue condictio rerum amotarum. Hoc comprobat aperte *l.* 21. *in pr. hoc tit.* Mulier amouit res mariti, mortis causa desperans de eius vita, ac sibi persuadens, se quamprimum solam fore sine marito, neque tamen mortuus est maritus. post diuertit mulier. an earum rerum nomine tenebitur actione rerum amotarum? ait eam teneri vtili actione: quod placet admodum: nam cur non directa tenetur? quia amouit mortis causa: cur tenetur vtili? quia tempore diuortij postea subsecuti, res celauit, quas amouerat initio mortis causa. Confirmatur hæc sententia *l.* 9. §. *vlt.* & *l.* 22. §. *vlt. hoc tit.* Mulier res amouit mortis causa & morte mariti solutum est matrimonium. quæ actio dabitur heredibus earum rerū nomine?

nomine? petitio hereditatis muliere eas res possidente pro herede, vel possessore, vel actio ad exhibendum. Nullam aliam dat actionem: non dat rerum amotarum, dum aliam dat, hanc denegat. Ergo de rebus amotis mortis causa hæc actio non datur: nihil verius: sed explicanda ratio diuersitatis, cur de rebus amotis diuortij causa sit hæc actio, de rebus amotis mortis causa non item: cum tamen vtroque genere finiatur matrimonium. Quæ diuortij causa res amouit, id mala mente fecit vt noceret marito: id fecit in fraudem mariti, hoc est, inimica, vt duobus locis in libris nostris quæ diuertit vel repudiata dicitur, *l. cum in fund.* 78. §. *diuortio, de iur. dot. l. Cicero* 39. *de pœnis.* In qua ait, *vsque adeo fuisse inimicam, &c.* Ergo cum res diuortij causa amouit, furandi habuit animum, quæ voluit interuertere rerum suarum possess. & fuit, cui furtum faceret, maritus superstes: sed cum amouit mortis causa, non fecit furtum. Illud. n. non fit, nisi sit, cui fiat, non fecit marito furtum decumbenti, vel occumbenti, ac propemodum mortuo, neque ei auferre voluit, quem habebat pro mortuo, quia non videtur fuisse maritus, nec ipsa animum furandi habuit, non fecit furtum heredi nondum heredi: non fecit furtum hereditati nondum hereditati, quia & hereditati post mortem mariti furtum non faceret. Et hoc est, quod dicitur, hereditati furtum non fieri. hereditas est, quæ iacet, substantia defuncti, necdum adita, id est, ius vniuersum, quod in ea substantia habuit defunctus: nam hereditatis vocabulum iuris est, non corporis. furtum fit soli possessori: & nihil est aliud furtum, si rem velis paucis stringere, quam possessionis interuersio: hereditas autem interim dum iacet, habetur quidem pro domina, sed non pro possessore. Possessio vacat, quia possessio est facti & animi, in *l. 1. §. Scæuola, si is, qui test. lib. esse iuss.* Hereditas autem est inanima & incorporalis. quod facit corpus est, hereditas non est corpus, ergo non facit. est etiam animi, sed hereditas inanima est, ergo nec facto, nec animo hereditatem apprehendere & retinere potest: non est autem actio rerum amotarum, nisi cum furtum factum est. Nam ea actio condictioni rerum furtiuarum similis est: imo est condictio rerum furtiuarum, si verum amamus. sed non dicitur tamen condictio rerum furtiuarum, sed amotarum honestiori ratione, propter pudorem transacti matrimonij, vt ait *l. vlt. C. de furt.* propter honorem matrimonij, vt ait *l. 2. hoc tit.* non dicetur mulier furtum fecisse. nulla est in iure actio temperatior siue modestior. Solent Iurisconsulti rem verbis temperare, & furtum non semper vocant furtum. quorum exemplis patroni in foro & omni negotio modestioribus verbis vtuntur nisi reiici velint. multa alia restant, quæ pertinent ad definitionem superiorem. Dictum est dari hoc iudicium soluto matrimonio per diuortium, sed non datur constante matrimonio. Quid igitur, si quid amouerit constante matrimonio vir vxori, aut vxor viro, num dabitur hæc actio? Non vtique: Nam inest in ea infamia quædam, etiamsi dicam amouisse, non furtum fecisse, & parcendum est coniugi: verum non deest alia actio: dabitur actio in factum verbis temperanda, vt in *l. non debet, de dolo,* hac formula: *si paret ex rebus meis hanc vel illam apud te esse.* non dicam te furtum fecisse, aut amouisse, sed apud te esse, & casu quodam eam rem sublatam fuisse: narrabo factum, quo genere agitur hodie, quia omnes actiones sunt in factum, aut esse debent. Dabitur etiam condictio ex iniusta causa constante matrimonio, quæ etiam datur soluto matrimonio de rebus amotis causa mortis. Nam regula iuris est, *neminem rem suam condicere,* cuius ratio naturalis est. Quid est condicere? nempe sic agere, *si paret eam rem mihi dari oportere.* Quid est dari? *dominum fieri.* si paret igitur eius rei me dominum fieri oportere, quod intendo male, cum iam sim dominus. Nemo igitur aperte con-

A dicit: sed ab hac regula excipitur condictio rerum furtiuarum, quæ etiam domino datur. item condictio rerum amotarum: & ad extremum obtinuit, excipi etiam condictionem ex iniusta causa, qua repetimus rem nostram, quæ ex non iusta causa apud aliquẽ est. Condicimus ergo rem nostram non tantum furi, aut prædoni, aut ei, quem dicimus amouisse, sed etiam cuilibet possessori ex non iusta causa, *l. 6. §. vlt. l. 25. hoc tit. l. 1. §. res, l. si & me, de reb. credit.* Et notandum, quod ait lex *perpetuo, de condict. ob turpem caus.* perpetuò hoc esse verum, & à Sabino affirmari ita secundum veterum opinionem, vt possit quis rem suam condicere ei, qui eam possidet non ex iusta causa. eamque definitionem probari à Celso, licet contrariæ sectæ, & probatur in *d. l. si & me.* Sunt quædam perpetuæ definitiones iuris: vt plurimum non
B sunt perpetuæ, vt illa *d. l. perpetuo, & l. qui res 98. §. aream, de solution.* In perpetuum sublata obligatio restitui non potest, *l. 6. infr. eod.* In perpetuum, si quod tibi debeo ad te peruenerit, verum est, me liberari, etsi non per me peruenerit, aut facto meo, nisi tibi aliquid absit, vt puta, nisi emeris. Si igitur peruenerit ex causa lucratiua: & præterea, si ita peruenerit, vt non possit à te repeti. & tunc verum est, in perpetuum me liberari. nec est vnquam varius pes huius regulæ, quæ nunquam fallit. & illud quoque in perpetuum valet, vt possim rem meam, licet absurde videar agere, condicere ei apud quem res mea est ex iniusta causa. Verum videamus, quare constante matrimonio non possim vti actione rerum amotarum. Si quid amotum sit, vtor condictione ex iniusta causa, aut actione in factum,
C quæ sunt honestæ actiones, nec incessunt mores rei, sed tamen cur non vtor condictione rerum amotarum? nam hæc actio non est famosa, licet ex causa famosa, id est ex furto descendat, si rem ipsam inspiciamus: nam & condictio rerum furtiuarum non est famosa, *l. cessat 36. de oblig. & act.* actio furti est famosa, id est, infamat reum, si condemnetur. neutra etiam est pœnalis. & rerum amotarum & furtiuarum condictio vtraque persequitur id, quod interest, non pœnam. Quid vetat agi condictione rerum amotarum in vxorem vel maritum constante matrimonio, cum non sit pœnalis, nec turpis actio? Et tamen *l. 2. D. hoc tit.* ait, ideo non dari constante matrimonio rerum amotarum, quia constante matrimonio non solet dari coniugi in coniugem actio
D pœnalis vel famosa. Itaque actione rerum amotarum satis significant, vel pœnalem, vel famosam. Et est *d. l. 2.* crux quædam nostrorum interpretum. nemo in ea re non torquet se, quæ tamen videtur facile explicari posse *l. 17. §. res amotas, hoc tit.* nempe hoc modo. fateor, ista actio non est pœnalis, *l. cessat, de oblig. & act.* non est famosa, sed est quodammodo famosa & pœnalis: nam inest in ea mentio furti: aut quod omnes intelligunt, tantumdem potest rei amotæ nomen, quam furti, quod populus interpretatur furtum. In quem autem non datur actio famosa, nec ea datur, quæ speciem habet. Sunt famosæ, quibus inest palam vel tacite doli, vel fraudis mentio, vt in patrem non ages famosa, neque ages non famosa, si habet speciem famosæ: & ita non
E ages in patrem condictione furtiua, *l. parens cum l. seq. de obseq. à lib. præst.* Cur ergo constante matrimonio non agitur rerum amotarum? quia est quodammodo pœnalis & famosa. Dicam nunc rem nouam, certissimam tamen, & non dicam tantum, sed vt spero, persuadebo etiam verissimam esse, & condictionem rerum furtiuarum quod plus est, & condictionem rerum amotarum quodammodo pœnalem, quodammodo famosam esse: hoc sensu pœnalem & famosam dici posse, licet reuera non ita sit. nam vtraque rem persequitur, neutra lædit æstimationem. hoc confirmo quatuor argumentis. Primum est, quia condictio furtiua comparata dicitur odio furum, & quod de ea dicitur, id etiam dicitur de con-

dictione rerum amotarum, §. *sic itaque*, *Inst. de act.* si odio, ergo pœnæ causa: si pœnæ causa, ergo pœnalis, aut veluti pœnalis est. nam & ita exceptio Senatusconsulti Macedon. comparata dicitur odio creditoris, *l. sed si pat.* §. *pen. ad Macedon.* Secundum argumentum est eiusmodi, quia & hæc, & illa actio ex maleficio & delicto nasci dicitur in *l.* 22. §. *pen. hoc tit. l.* 10. §. *quotiens, de compens.* Hæc actio inquiunt, ex delicto nascitur, licet rei persecutionem contineat, quod videtur valde nouum, vt agam ex delicto, nec tamen agam in pœnam, sed in id, quod interest: verum id ita se habet, vt etiam in aliis actionibus, vt in actione, quæ datur ex edicto de alienatione iudicij mutandi, &c. quod dicitur pertinere quidem ad rei persecutionem ex ea specie doli, quæ illo edicto coërcetur, sed tamen dicitur ex delicto dari, *l. quia pertinet, de alienat. iud. mut. causa*, ex delicto dantur eæ actiones, & tamen rei persecutionem continent: verum non ita, quin inesse videatur aliquid in eis pœnæ, cum sint ex delicto: nam vel ipsum agere ex delicto pœna est, & vltio quædam. moueor etiam argumento, quod hæ condictiones non dantur in heredem, quæ darentur, nisi subesset in ea pœnæ aut vindictæ ratio quædam. Nam hoc est generale, actiones, quæ non sunt eius generis, dari in heredem, & heredibus. Sed illæ condictiones non dantur in heredem, nisi quatenus ad eum peruenit ex rebus furtiuis, *l. vlt. C. rer. amot. l.* 9. §. *vlt. l.* 10. *de tut. & rat. distrah.* Et valde noua est hæc sententia. Nam multæ possunt opponi leges quibus ostenditur, illas condictiones dari in heredes; sed non est recedendum à superioribus legibus: quinimo obseruandum hoc, & in *l.* 21. *hoc tit.* actionem rerum amotarum dari heredibus, nec adiici, & in heredes, quod potissimum refragatur huic sententiæ. Est lex 9. *de cond. furt.* quæ dicit, condictionem furtiuam dari in heredem, sed exemplo *l.* 2. *in fine, de prat. stipul.* secundum quam etiam intelligenda est lex, *si hominem*, §. 1. *depos.* ita interpretanda est *d. l.* 9. si videlicet lis sit contestata cum defuncto, vel si res sit iudicata contra defunctum ex causa condictionis furtiuæ. heres ex asse, in solidum, heres pro parte, pro portione hereditaria tenetur: nam generaliter pœnales actiones dantur in heredem, si actor litem cum defuncto contestatam habuit. Refragatur *l.* 7. §. *vlt. eod.* Sed valde placet, quod notat Accursius, non teneri heredem, nisi heres rem contrectet, id est, non tenetur nisi ex sua persona. nam certo certius est, condictionem illam non dari in heredem, nisi in quantum locupletior factus sit ex delicto defuncti. Quartum argumentum sumitur ex *l. si pig.* 22. *de pign. act.* Finge: debitor mihi pignus dedit crediti nomine, quod post surripuit: mihi tenetur furti. rei suæ mihi furtum fecit, mihi creditori actione in duplum & quadruplum furti pœnali tenetur, sed quod consequutus fuero, an imputabo debito, vel an restituam debitori? minime. alioquin essent clusoriæ pœnæ: pœna, quæ semel est pensa, nusquam restituitur. Finge: non egi actione furti in duplum, sed condictione furtiua, & consecutus sum, quod mea intersit pignus non surripi, an id, quod consecutus sum, restituam, an imputabo debito? minime. Ergo quod condictione furtiua consequutus sum, pœna est. Nam si mea res esset, non sola maneret debiti petitio, sed imputaretur debito, *d. l. si pignore.* Hoc ego censeo valde esse notandum: illas condictiones esse quodammodo pœnales, famosas, ac proinde neutram dari constante matr. Sed notanda duo sunt ad hæc. Primum, nec constante matr. nec diuortio facto dari in coniugem, vel in eum, qui coniux fuit, condictionem rerum furtiuarum, & multo minus actionem furti, sed dari diuortio facto condictionem rerum amot. videlicet si post diuortium factum, qui eas amouit, non iam contrectet amplius. Nam si post diuortium eas res, quas amouit diuortij causa, contrectare per-

A seueret, cessat rerum amot. actio, non cogitur eligere hanc actionem is, cui res amota est, sed agit grauiori iudicio, furti scil. & condictione furtiua, ac si post diuortium primo non ante furtum fecisset, *l.* 7. *hoc tit. in pr.* Furtum non fit semel, sed fit sæpe, fit tot horis, tot diebus, tot momentis, assidua contrectatione, *l.* 6. *de cond. furt.* quasi igitur ex nouo furto conuenietur actionibus omnino famosis pœnalibus. Secundo notandum, de rebus surreptis ante matrimonium, non dari quidem constante matrimonio pœnalem actionem furti, parcendum est coniugi, & satis esse debet, si consequamur quod nostra interest. Erit tamen condictio furtiua, quæ non est tam honesta, quam condictio rerum amotarum inspecto tempore præterito, quo non fuit coniux, *l.* 3. B *in princip. hoc tit.* Atque ita fit, vt qui furti non tenetur, teneatur condictione quasi furti: sicut è contrario, qui tenetur furti, veluti qui opem tulit furti, condictione furtiua non tenetur, qua tenetur solus fur, *l. proinde, de condict. furt.* Hoc etiam adnotandum est, huic iudicio locum esse inter nurum, generum, & socerum: socero dari eam condictionem rerum amotarum in nurum, quæ nupsit filiofamilias, si quid diuortij causa amouerit ex rebus soceri, vel ex peculio mariti. Et recte, *quæ nupsit filiofamilias*: Nam in eam, quæ nupsit filio emancipato, ex causa socero dantur grauiores actiones furti, & condictio furti, *l.* 6. *in princip. &* §. 1. *l.* 15. §. *vlt. hoc tit.* Nurus, quę nupsit filiofamilias, est in familia soceri, & maritus eius, & onus eius ad socerum spectat, *l. si filia*, C §. *si filiusfamilias, famil. erciscun.* quæ nupsit emancipato est extranea, sicut filius, nec eo vinculo coniuncta socero, nec ea intercedit reuerentia personarum, non interueniente vinculo patriæ potestatis. Et licet *l.* 6. loquatur tantum de nuru, recte Basilica adiiciunt, vel contra generum, qui scilicet duxit filiamfamilias. Et pari ratione dicendum est, hoc iudicium dari nurui, vel genero in socerum, in cuius potestate est maritus vel vxor, si quid socer missurus repudium (nam mittere potest: imo eius est mittere consentiente filio aut filia, *l.* 2. *de diuort.*) diuortij causa amouerit ex rebus nurus vel generi. Hoc est ius ęquabile. Quod diximus, constante matrimonio in virum & vxorem, neque pœnalem, neque famosam actionem dari, ei obstat primum, quod datur in vxorem actio serui corrupti, *l. vlt. de seru.* D *corrup.* quæ est pœnalis, cum sit mixta in duplum, *l. vt tantum* §. *in hac actione*, *eod.* & est etiam famosa, *l. nec quicquam, pro socio.* Sed respondeo ex l. vlt. C. *de furt.* fauore nuptiarum, siue propter honorem nuptiarum, in vxorem dari actionem serui corrupti in simplum tantum, id est, in id, quod interest, non pœnalem in duplum. Et consequenter eadem actio serui corrupti, si intentatur in vxorem constante matrimonio, verbis erit temperanda in factum, detracta omni attrocitate, & infamia verborum. Obstat etiam, quod actio legis Aquiliæ datur in vxorem constante matrimonio, *l. si seruus seruum* §. *si cum maritus, ad l. Aquil.* Quæ tamen est pœnalis, cum sit mixta. Mixta autem est, quæ rem & pœnam persequitur. Respondeo, eodem modo ex exem- E plo actionis serui corrupti, quod & Græci notarunt ad *l.* 2. *C. rer. amot.* eam actionem non intendi pœnaliter, sed in simplum tantum, id est, quanti hodie res est, cui damnum illatum est, non quanti eo nomine fuit plurimi. Et recte in *l. si mulier dolo, de don. int. vir. & vxor.* si rem donatam sibi à marito, quæ non valet, sed reuocatur pœnitentia, dolo malo consumpserit, si fecerit, ne exstaret, commodarit, perdiderit dolo malo, teneri eam l. Aquilia damni iniuriarum. quia rem tantum maritus ea actione consequitur, non pœnam. Et proprie actio legis Aquiliæ pœnam persequitur, sed parcimus vxori. Postremo obstat, quod in vxorem datur actio depositi, mandati, *l.* 10. §. *vlt. de iur. dot.* quæ sunt famosæ, *l.* 1. *de his qui notant. infam.* Et breuiter respondeo;

hæ actiones sunt famosæ, si agatur de perfidia depositarij aut mandatarij: qua ex causa si agatur cum vxore, sane non erit exprimenda causa perfidiæ, aut violatæ fidei, sed verbis erit temperanda actio, ne lædatur existimatio mulieris. Et ita etiam est accipiendum, nonnunquam filium agere furti in patrem, quæ est pœnalis & famosa, si quid pater surripuerit ex peculio castrensi, vel quasi castrensi, in *l. si quis vxori §. sed si filius, de furt.* sed intelligendum est filio dari vtilem actionem in factum, quæ mentionem non habeat furti, vt conseruetur fama patris. Vtiles actiones verbis leniores sunt, vim tamen eandem habent: nam ea actione consequitur filius duplum, id est, pœnam: quod est notandum: vt inde appareat, in patrem quidem non agi famosa actione: sed tantum pœnali: qui ni? cum tamen in coniugem nec pœnali nec famosa agatur durante matrimonio. Ea igitur actio quæ datur, est vtilis in factum, & ab Harmenopulo scribitur, eam non esse περὶ κλοπῆς, ἀλλὰ περὶ ἀφαιρέσεως de furto, sed rerũ amotar. *lib. 1. Epitomes tit de minor.* Est vero elegans quæstio l. 5. quæ pendet ex *§. vlt. l. 3.* & modum addit sententiæ propositæ initio *d. §. vlt.* loquitur iste §. de filiafa. quæ res amouit marito diuortij causa: sed quæ scribuntur in *eo §. de filiafa. l. 4. 5. & 6.* eadem obtinent in filiof. qui amouit res vxoris, *l. 6. §. item, h. t.* Finge: filiafam. res amouit marito diuortij causa. est in eam actio eo nomine, & in patrem in cuius potestate est. in eam est actio rerum amot. in solidum, quia constat filiamfam. & filiumfam. ex omnibus causis obligari in solidum tanquam patremfa. *l. filiusf. 2. de oblig. & act.* in patrem est actio rerum amot. de peculio. Vtriusque sententiæ redditur ratio in *d. §. vlt.* quia displicuit eam furti obligari, & in *l. 1. hoc tit.* quia non placuit, cum ea furti agi posse. Illa ratio seruit tam inferiori, quam superiori sententiæ. vt in *l. vlt. de condict. sine causa.* Hæc ratio, *quia incestum iure gentium committit.* seruit & superiori & inferiori sententiæ. itaque inter vtramque ponitur. Cur datur actio in filiamfamilias? quia displicuit eam furti obligari: ergo nec condictione furtiua. nam singularis est casus in *l. 3. §. vlt.* vbi, quæ non obligantur furti, non obligantur condictione furtiua. Sed cur datur contra patrem de peculio, non in solidum? quia displicuit filiam furti obligari, id est, si filia obligaretur furti, pater ex pœnali actione non teneretur de peculio, *l. ex pœnalib. de reg. iur.* nam illa actio datur tantum ex contractu filiifa. ex negotio gesto. Qua de causa non fuit hoc sine controuersia, an ob res amotas pater teneretur de peculio. videtur enim non teneri, quia actio rerum amotarum datur ex delicto, *l. si mulier 25. §. pen. hoc tit.* Contra videbatur teneri, quia etiamsi ex delicto veniat, tamen non persequitur pœnam meram, sed rem. Et ita statuunt Mela & Fulcinius, vt sit ex hac causa etiam in patrem actio de peculio. Est quidam iurisperitus, qui in libro quodam olim edito, credit traiecta esse verba *§. vlt. l. 3. h. t.* & ita esse reponenda, vt non medio loco ponatur illa ratio, sed vltimo, atque ita ea ratio applicetur posteriori, non priori sententiæ. mouetur eo, quod ea non videatur idonea ratio dandæ actionis de peculio, quia furti non obligatur. Nam, inquit, etiamsi furti obligaretur, pater teneretur ex causa furtiua, *l. 3. §. pen. de pecul.* Cui tamen respondere facile est. Imo maxime est idonea ratio, hoc pacto scilicet: si furti obligaretur filia, pater non teneretur actione pœnali de peculio, *d. l. ex pœnalib,* sed quia furti non obligatur, sed rerum amotarum, tantum ex ea causa pater tenetur de peculio: quo nihil est apertius. Ratio igitur illa non est loco mouenda. Nam & Basil. eundem ordinem verborum obseruant, ἐὰν ὑπεξουσία γυνὴ πράγματα ἀποκινήσει, τινὲς ἔλεγον τὴν de peculio κατὰ πατρὸς δίδοσθαι: quia & sequentis sententiæ ratio seruit & primæ. Ergo ex causa rerum amotarum per filiamfam. pater tenetur tantum de peculio. Sed vt subiicit in *d. §. vlt.* si pater agat de dote coniuncta filia vti debet, non dis-

A sentiente filia. Pater enim dotem profectitiam repetere non potest non consentiente filia, quia est communis, *l. 2. §. 1. sol. matrim.* sed patri deferentur agendi partes. Si igitur pater agat de dote consentiente filia fiet compensatio ob res amotas in solidum, non peculio tenus. Itaque pater repetens dotem non audietur, nisi filiam defendat nomine rerum amotarum in solidum, & nisi satisdet iudicatum solui secundum regulam generalem, quæ vult vt nemo sit idoneus defensor sine satisdatione. Atque ita notandum generaliter: cuius rei in solidum quis non obligatur, sed de peculio tantum, eius compensationem tamen patitur in solidum, si ipse vltro agat, *l. 9. in princ. de compens.* filiusfam. contraxit societatem cum altero. multum interest an socius filiifam. agat pro socio in patrem, an pater in socium: nam ille

B socius si in patrem agat, aget de peculio tantum: si agat pater filij, solidum sibi reseruabit per compensationem: socius non est idoneus defensor, qui non satisdat iudicatum solui, neque etiam est idoneus defensor, qui scindit defensionem, aut minuit. Ergo in patrem non agitur rerum amotarum in solidum, sed in peculij quantitatem & modum. Et actio de peculio perpetua est, quandiu peculium manet, aut restitui, aut constitui potest. Nam satis est, si rei iudicandæ tempore aliquid sit in peculio, etiamsi nihil fuerit tempore litis contestatæ: sed extincto peculio actio est annalis in patrem: extinguitur peculium morte filiifamil. Mortuo igitur eo actio dabitur intra annum tantum in patrem. An ergo in hac specie mortua filiafamil. post diuortium, quæ res amouerat in patrem dabitur actio annalis de peculio?

C non, vt subiicitur in *l. 3. §. vlt. hoc tit.* nisi in id, quod ad patrem ex rebus amotis peruenerit, vel dolo malo eius factum erit, quo minus peruenerit, vt subiicitur l. 4. ergo nec aliter dabitur in patrem, quam si aliquid ad eum peruenerit ex rebus amotis. Subiicit Papin. in l. 5. viua quoque filia non dari in patrem actionem de peculio ob res amotas, nisi in id quod ad patrem peruenerit: nihil interest viuat, an mortua sit filia, atque ita interpretabimur ex Papiniano quod proponitur in *d. §. vlt.* in patrem dari actionem de peculio, sed addendus est modus ex *d. l. 6.* teneri ex eo tantum, quod ad eum peruenerit. Qua de causa etiam dicitur à Papiniano actio vtilis. Cur appellatur vtilis? cur non directa? quia venit ex delicto. & de peculio si directo & summo iure

D agitur, non agitur nisi ex contractu, ex negot. gesto. Rursus cur non datur directa? quia directa de peculio non datur in id solum, quod ad patrem peruenerit: sed in id totum, quod est in peculio, etiamsi nihil ad patrem peruenerit. Est elegans quæstio hæc: Nam videbatur non esse actionem de peculio rerum amotarum in patrem, quia venit ex delicto: videbatur esse, quia pertinet ad rei persecutionem, nec pœnam persequitur. Quid definitum est? Placuit media sententia, vt teneatur de peculio in id totum, quod ad eum peruenerit. & simili modo condictio furtiua datur in patrem, vel dominum de peculio, non vt solet dari ex contractibus, sed in id tantum, quod ad eum ex furto peruenit: sequuntur hac in remediam sententiam, *l. 3. §. pen. de condict. furt.* Quæ dicta sunt de filiafamil. eadem obtinent in filiofamil.

E Quid in seruo? Finge: Seruus vel ancilla amouit res sui contubernalis, an in dominum dabitur actio rerum amotarum de peculio? nihil de hac re scribitur, quia constabat cessare rerum amotarum: nam vbi cessat matrimonium, ibi cessat rerum amotarum actio, quia competit diuortij causa: vbi autem non est matrimonium, ibi non est diuortiũ, *l. si concubina, hoc tit.* cum in seruis vel inter seruos non sint nuptiæ, *l. 3. C. de incest. nupt.* Sed si alij seruus furtum fecerit, cõdictio furtiua de peculio dabitur in dominum de eo, quod ad eum peruenit: in residuum noxæ dedetur seruus: & si filius sit, in residuum agetur cum filio.

Ad l. vlt. rerum amotarum.

Cum soluto matrimonio rerum amotarum iudicium contra mulierem instituitur, redintegrato rursus matrimonio, soluitur iudicium.

IVdicium rerum amotarum soluitur recōciliato matrimonio, *iudiciū soluitur*, id est, iudex esse desinit, qui datus in eam speciē, *l. iudicium, de iudic.* & reus interim absoluitur ab obseruatione huius iudicij, iudicisve, & actio rerum amotarum cessat, vel interquiescit, non etiam extinguitur, alioquin non restitueretur actio rerum amotarum diuortio iterū facto, *l. redintegrato, h. t.* Et tamen restituitur. Cessare actionem, est sopiri actionem, non extingui, *vt in l. qui res §. aream, de solut.* illo loco, *vt magis, l. inter stipulantem* 83. *§ sacram, l. continuus §. illud, de verbor. obligat.* Seneca in ep. *insanus per interualla, dum interquiescit, sano similis est, in eo,* inquit, *furore cessare non deesse.* Actio quæ cessat facile restituitur, quæ extincta est, nunquam restituitur, nisi ex noua causa, sed hoc non est restitui, sed nasci, *l.* 10. *§. pen. de in rem verso*, quare naturalis, vt Aristot. ait, est quidam regressus ab habitu ad priuationem, non contra: nec enim quod extinctum est amplius restituitur, & quę restituuntur actiones, sane reuiuiscunt, cessasse intelliguntur, non extinctæ fuisse. Verum quid fiet, si post diuortium nodum sit actum rerum amotarum, & antequam ageretur, restitutum sit matrimoniū, an tunc aget rerum amotarum, ob res amotas prioris diuortij causa? agenti obstabit exceptio doli mali: nam nata est quidem actio, sed ęquum est, eam solui aut cessare matrimonio redintegrato, cuius rei argumentum præbet *l. si mulier post diuort. de iur. dot.* quia scil. constante matrimonio, actio rerum amotarum non est inter virum & vxorem, *l.* 2. *l. vlt. & l.* 5. *h. t.* Et quod ait hæc lex vlt. de iudicio rerum amotarum, idem etiam obtinet in iudicio de dote, quo mulier post diuortiū agit cum viro: nam reconciliato matrimonio soluitur iudicium de dote: vel si nondum actum sit de dote, & reconciliato matrimonio agatur, olim ipso iure non competebat actio rei vxoriæ, quia est bonæ fidei, & doli mali exceptio inest bonæ fidei iudiciis, vt necesse non sit eam opponi. actio ex stipulatu de dote perimebatur per exceptionē doli mali, *d. l. si mulier,* post diuortiū hodie perimitur ipso iure, quia est bonæ fidei, ex Constitutione Iustiniani. Verum ita demum iudicium de dote, quod inchoatum est ante redintegratū matrim. soluitur, si mulier egerit, quæ dotem dederat, non si extraneus egerit, qui dotē dederat pro muliere, & stipulatus fuerat, eam sibi reddi diuortio facto, & ei quæsita actio de dote semel, non intercidit recōciliato, redintegrato matrimonio, nec dos rursus eadē fungi potest nisi ipse denuo consentiat, & velit eandem pecuniā doti esse: alioqui recipit pecuniam ex stipulatu, etiamsi redintegretur matrim. *l. stipulatio, de iur. dot. l. in insulā §. vlt. sol. matrim.*

Ad l. 5. de confirm. tutore.

Tutores à patruo testamento datos iussit prætor magistratus confirmare. hi cautionem quoque accipere debuerunt: nec voluntas eius, qui tutorem dare non potuit, negligentiam magistratuum excusat. Denique prætor non ante decretum interponere potest, quam per inquisitionem idoneis pronunciatis. Vnde sequitur, vt si tutelæ tempore soluendo non fuerunt, in id, quod de bonis eorum seruari non possit, contra magistratus actio decernatur.

TRanseamus à dotibus ad tutelas: nam reliqua quæ sunt in hoc libro, & quæ fere sunt in lib. 12. sunt de tutelis. Et prima quæstio est de confirmando tutore vel curatore. Confirmari dicitur, qui non iure testamēto datus à magistratu tamen, cui ius dandi tutoris, datur secundū iudicium & voluntatem testatoris. Iure datur tutor testamēto à patre vel auo liberis, qui sunt in potestate, atque ita priuatus dat tutorem. Et hoc est, quod dici-

A tur, tutoris dationem non esse iurisdictionis vel imperij. Nam & is qui nec iurisdictionem, nec imperium habet, tutorem dat, veluti pater filiofamilias, quia hoc ei permisit lex 12. tabul. Ergo tutoris datio est legis, id est, cōpetit ei, cui lex dedit, vel Senatusc. aut ipse Princeps, *l.* 6. *§. tutoris, de tut.* Curatorem autem nec filiofamil. iure dat pater in testamēto: Nam generaliter nusquam à quopiā iure testamento curator datur, hoc est certissimum, ex *tit. Instit. de curat.* nec quærenda est alia ratio differentiæ, quam quod l. 12. tabul. quæ permisit patri tutorem dare, de tutela tantum loquitur, *super pecunia, tutelave suæ rei*, non de curatione. Ergo tutor tantum iure datur testamēto, ab eo qui pupillum habet in potestate, non item curator. Et similis est ratio, cur ventri detur curator, B non tutor ex edicto Prætoris de ventre in possessionem mittendo, *l. ventri, de tut. & cur. dat.* Nam, inquit de curatore constituendo edicto comprehensum est. non dabitur ergo tutor, & tutoris & curatoris datio, legis est omnimodo, nec plus licet in dando tutore, quam lex concesserit vel edictum. Non iure datur tutor testamento à patre filio emancipato vel naturali in seruitute quęsito, & postea manumisso vna cum patre, vel suscepto ex concubina, non ex vxore iusta: nam & hic non est in potestate. Imo vt loquitur *lex vlt. C. de natur. lib.* est degener partus & obliquus partus, vt loquitur Statius. Et pari ratione mater non iure tutorem dat, quia liberos non habet in potestate. Itemq; patruus aut patronus liberti filio nō iure dat tutorem: & generaliter extraneus, id est, qui non habet pupillum in potestate, testamēto iure tutorem non C dat. Sed hoc interest inter eum, qui datur à patre pupillo emancipato vel naturali & non iusto filio, & eum, qui datur à cæteris, quod datus à matre vel cæteris extraneis, solet confirmari decreto consulis, vt in *l.* 1. *h. t.* vel prætoris vel præsidis ex constitutione principum, vt ait *d. l.* 1. Solet, inquam, confirmari ex inquisitione. Nam antequam confirmetur, inquisitio fit per scribas & officiales prætoris aut præsidis, *l.* 3. *§. tutor qui, de susp. tut.* Inquirūt an tutor datus à matre vel ab extraneo sit soluendo: si non sit, non confirmant: inquirunt an sit bene moratus, quod est caput: an sit diligens, an optimus paterfam. an nouerit educare liberos, an patriam amet, an sit vagus & erro. Post inquisitionē huiusmodi pronuntiatur hoc modo à iudice, *testamento datum idoneum videri*, & decre- D tum interponitur, quo iubetur tutelam suscipere, qui datus est, quive se non excusat. Ac præterea datus à matre vel cæteris non confirmatur, nisi datus sit pupillo heredi instituto, quasi in rem potius & bona, quæ illi reliquit, quam in personam, vt ait *l.* 4. *de test. tut.* nam datus non instituto, non confirmabitur. Et placet valde ratio *l.* 4. *h. t.* vt si patronus vel quiuis extraneus pupillum heredem instituerit, eique tutorem dederit, quæ datio iure non valet, confirmari debere tamen datum tutorem, secundum volūtatem testatoris. Confirmare, est sequi iudicium testatoris, quod non fiet sine inquisitione. Sed cur exigis, vt sit institutus pupillus, vt confirmetur tutor, qui ei datus est? quoniam testator eius personam, quem tutorem esse voluit, nouerat, nec elegit eum frustra aut temere, E aut inconsulto, & impuberem ita dilexerat, vt eum heredem institueret. Sane diligo eum, quem heredē facio, ergo etiam video ei de optimo tutore prospexisse, nec igitur ab eius iudicio temere recedit magistratus, sed neque id sequitur citra inquisitionem. Eadem ostendit etiam *l.* 4. *de test. tut. l.* 23 *hoc tit. l.* 4. *C. de test. tut.* vbi iamdiu ostendi abundare negationem. Nam *d. l.* 4. ait matrem dare posse tutorem iis tantum impuberibus filiis, quos heredes instituerit. Et subiicit, *quādo eos heredes non instituerit*, vbi delenda est negatio, & perspicue legendum, *eos heredes instituerit.* Solet tutor ex voluntate matris à præside confirmari, qui sane non confirmaretur liberis non institutis. Et hæc de tutore dato à matre, vel quolibet extraneo. Aliud seruatur in tutore dato à patre filio emancipato, vel naturali, vt subiicit postea. Nam

datus emancipato, à patre confirmatur sine inquisitione, *Instit. de tut.* Electio patris est firmissimum iudicium, quia paterno amori nullus est similis, nullus maior affectus. confirmabitur ergo sine inquisitione, eo tamen animaduerso, an durauerit voluntas patris, *l. 8. hoc tit.* Et prætereà nihil intererit, dederit pater tutorem filio instituto vel exheredato, *l. 4. supra, de test. tut.* Exheredatur autem emancipatus filius, non autem naturalis, quia res esset inepta. naturalis nunquam exheredatur, sicut nec extraneus. filius naturalis intelligitur esse extraneus penitus. emancipatus, quia iure prætorio non est extraneus, est instituendus vel exheredandus, *l. quidam, de verbor. obligat.* sicut suus. non naturalis. Sed & in naturali ita se res habet, vt si dederit ei pater tutorem, cui nihil reliquit, vt ait *l. naturali, hoc tit.* non dixit, quem exheredauit, sed cui nihil reliquit: nam exheredatio non cadit in naturalem, confirmetur, verum non sine inquisitione, quamuis sit datus à patre, quando incertus esse intelligitur pater, quem nuptiæ non demonstrant. Et licet dicat *d. l. naturali, hoc tit.* naturali filio, cui nihil relictum est, frustra tutor datur à patre, non ideo sequitur, quin possit confirmari, vel adhibita inquisitione, sicut in *l. qui tutelam §. vlt. de test. tut.* Iurisconsultus ait, *impuberi liberto patronus tutorem frustra dat,* & subiicitur tamen, *sed ex voluntate patroni confirmabitur, si fides inquisitionis congruat* iudicio testatoris. debent congruere iudiciũ defuncti, & fides inquisitionis. Hæc differentia est valde notanda inter tutorem datum à patre, & datum à matre & cæteris exteris. Ad hæc notandum, confirmatum tutorem; qui testamento iure datus non est, non satisdare rem pupilli saluam fore: hoc est indistinctè verum, siue datus sit à patre, siue ab aliis personis. Primum datus à patre non iure, & confirmatus, non satisdat, quia vt ait *l. 3. hoc tit.* perinde est atque si ex testamento tutor esset. Quid? ergo tutor confirmatus, qui datus est testamento non iure, non est tutor ex testamento, sed ex decreto Prætoris vel Præsidis? Sic est: non est tutor testamentarius, sed datiuus. Confirmare tutorẽ, est dare, *l. iure 26. §. vlt. & l. seq. de test. tut.* sed perinde est, ac si ex ipso testamento tutor esset: Ergo remittenda est ei satisdatio. Nam tutor datus testamento, & qui pro eo habetur, non satisdat, quia fides eius & diligẽtia satis intelligitur approbata à testatore; nec sunt onerandi satisdatione, qui habent certissimũ iudiciũ defuncti. Datus autem tutor non iure à matre vel extraneo, & confirmatus, non satisdat etiam rem pupilli saluam fore, *l. 1. hoc tit.* Cur non eadem ratione, qua vsi sumus in patre? sed hac, quia ex inquisitione confirmatus est, & via & fides inquisitionis pro vinculo satisdationis cedit, *l. 13. de tut. & cur. dat. Inst. de satisd. tut.* initio tit. *Satisdant,* inquit, *datiui, qui scilicet, dati sunt à magistratu sine inquisitione. Cæterum dati ex inquisitione non satisdant, quia idonei electi sunt.* sed ex hac l. *& pronuntiati sunt idonei,* id est, videri esse locupletes & bene moratos, & bonos patresfam. Atque ita demonstramus, tutores confirmatos indistinctè non satisdare rem pupilli saluam fore, quia scilicet confirmantur vel ex inquisitione, vel quia perinde sint, atque si tutores essent ex testamento, quales dicuntur esse à patre dati tantum, non à matre, vel aliis personis. Sit igitur hæc sententia stata & fixa, cõfirmatos tutores non satisdare. Obstat tamen huic sententiæ vehementissime hæc l. 5. Species est: Patruus filio fratris impuberi testamento tutorem dedit, ergo non iure, quia pupillum non habet in potestate. Prætor iussit eum tutorem à magistratu municipali cõfirmari, quod est dari, vt ante dictũ est: magistratus municipalis habetne ius dandi tutoris? habet, non minus quam magistratus vrbanus, vel prouincialis, *l. 3. de tut. & cur. dat.* ius datũ est: lege igitur aliqua vel constitutione, sed plerumq; magistratus municipales non dant tutores nisi iussu Præsidis, aut Prætoris præcepto, quod præceptũ non est mandatum: Nam tutoris datio non potest mandari, vel delegari alteri, quia ea tantũ possunt mandari, quæ sunt iurisdictionis, datio tu-

A toris non est iurisdictionis, sed iuris, *l. nec mandante, in princ. de tut. & cur.* Ergo dum iubet præses magistratum municipalem tutorem dare, non hoc ei munus mandat, quod habet ipse sine mandato, quia datum est ei ius dandi tutoris, *l. 3. §. 2. §. & si quem, ad Tertyll.* Iussum illud est admonitio tantum, vt loquitur rectè *l. 1. §. magist. de mag. conuen.* Huc pertinet etiam *l. Lucius §. cum testam. de adm. tut. l. 3. & 4. de cur. fur. §. sed hoc iure, Inst. de Attil. tut.* Resumamus speciem. Finge: Tutorem datũ à patruo prætor iussit magistratũ confirmare, magistratũ intellige municipalem: (vt plurimũ in iure cum loquimur de magistratu, municipalem intelligimus, in *tit. de magistr. conuen.* magistratus, id est, municipalis) magistratus cõfirmauit: ab eo satisdationẽ rem pupilli saluam fore non exegit: &
B tempore finitæ tutelæ tutor non est soluendo, quid fiet? pupillus actione vtili aget in magistratum, qui confirmauit tutorem sine satisdatione, & datur actio ex Senatusc. vtilis in factũ; & est subsidiaria, quia datur in magistratũ municipalem in id tantũ, quod à tutore seruari nõ potest, ex tit. *de magist. conuen. inf.* Ergo negligentiam magistratus municipalis non excusat voluntas patrui, non iudiciũ testatoris, nec enim debuit confirmare eum tutorem sine satisdatione. Hic se torquet Accurs. cuius magna glossa circumscribenda est, hac enim in re nihil euidentius est, quã quod magistratus municipalis separandus est à magistratibus vrbanis, aut prouincialibus, quorum amplior est potestas, quorũ maius est imperium: Nam magistratus municipales non confirmant tutorem ex inquisitione
C sola, sed exigunt satisdationem, aut hoc potest eis culpæ imputari & verti, si tempore finitæ tutelæ, tutor inopiâ laboret, nec possit restituere tutelam. Alij autẽ magistratus vrbani vel prouinciales non exigunt satisdationẽ, sed dant ex inquisitione. ista inquisitione non vtuntur magistratus municipales, sed satisdatione. Ergo exigere debent satisdationem. In aliis inquisitio pro satisdatione est, ergo & superuacua satisdatio est. Igitur in hac specie dicitur, *denique Prætor non ante decretum, &c.* Dixit magistratus municip. debuisse satis exigere: si id debuit facere, ergo & Prætor non debuit etiam dare sine inquisitione. Tutor datur decreto pro tribunali, non de plano, non per libellum. Et ideo ait, *Prætor non ante decretum interponere, quam per inquisit. idoneis pronuntiatis,* secundum fidem inquisitionis, hoc in prætore: in duumuiro ita dica-
D mus, *in magistratu municip. duumuir non potest decretum interponere, nisi exacta satisdatione,* nec idem ordo seruatur ab hoc & ab illo in confirmando tutore. Ideoque subiicit, *si tempore tutelæ,* id est, finitæ tutelæ, vel aliter, id est, tempore, quo pupillus fit suæ tutelæ, suæ ætatis, soluendo non sit tutor, magistratus municipalis tenebitur actione subsidiaria, si non exegerit satisdationem. Et hoc est quod ait Papinianus in hac l. 5. Huc pertinet etiam ad hoc propositum *l. 1. §. sed etsi satis, de mag. conuen.*

Ad l. 13. de tut. & curat. datis.

E *Si impuberi libertas & hereditas per fideicommissum data sit, & institutus adire nolit, Senatus censuit, eum si impuberis nomine desideretur, adire cogendum: vt tamen pupillo, pupillæ tutor ab eo, cui ius dandi erit, detur qui tutelam retineat, quoad restituatur hereditas, & rem saluam fore ab herede caueatur. Postea Diuus Hadrianus vt idem in eo seruetur, cui directa libertas data fuerit, rescripsit.*

§. 1. *Quamuis autem à patrono, rem saluam pupillo fore, non facile cautio exigatur: tamen Senatus pro extraneo haberi voluit eum, qui quod in ipso fuit etiam libertate priuauit impuberem, & ius quidem liberti, quod habet, quia ex causa fideicommissi manumittit, non est ei ablatum. Tutela vero sine vinculo cautionis non committitur. quid ergo si non caueat? non dubiè tutela non erit apud patronum.*

§. 2. ¶ *Sed si puella duodecimum annum impleuerit, tutor*

desinit esse. quoniam tamen minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent, si curator patronus petatur, fides inquisitionis pro vinculo cedet cautionis.

Est verum quod Bartolus in hanc l. scribit, esse elegantissimam & auream, quod nescio quo spiritu scripserit, cum non bene tenuerit sententiam legis. Ponitur hæc species, heredem institutum & rogatum seruum manumittere, eique hereditatem restituere: quo casu Papin. ait, senatum censere, heredem esse cogendum adire hereditatem, si hoc desideretur nomine serui impuberis, cui hereditatem restituere rogatus est, vt tamen impuberi cuiuscunque sexus sit, tutor detur ad tempus, qui scilicet retineat tutelam, quoad pupillo heres restituerit hereditatem, atque etiam ei pupillo cauerit heres, vel satisdederit rem saluam fore. Verbis Pap. vt se habent, prima fronte videtur in specie legis propositæ seruo tutor dari; seruo inquam, impuberi, cui relicta est libertas, & hereditas per fideicom. & ita existimat Accurs. in tit. *Inst. de test. tut.* In verbis huius legis seruo tutorem dari existimant & alij, quod est contra definitionem tutelę. Tutela est vis ac potestas in capite libero, id est, in caput liberum. Caput liberũ dicit eum, qui est sui iuris, qui neque est in potestate parentis, neque in potestate domini: nam seruo vel filiof. tutor non datur. Imo vero tutela finitur, si pupillus fiat seruus, vel si forte fiat filiusf. per arrogationem, *l. si arrogati, supr. de tut.* ergo soli patrifam. impuberi, soliue matrifam. impuberi tutor datur. Est casus in quo filiusfa. tutorẽ habet in *l. vlt. § minores, C. de sent. pass.* possit etiam aliquis esse casus, quo seruo detur tutor, inquies, quod ego non concedam: nam & in illo casu *d. l. vlt.* filiofam. tutor non datur, sed tutor datus patrifam. post reuerso eo in potestatem patris tutor manet propter dissolutos mores, & nequitiam, luxuriam patris. Et talis est casus. Deportatione patris soluitur patria potestas, & filius fit sui iuris, & quamdiu pater est in exilio, sibi acquirit, & testamentum facit tanquam paterfam. quod si postea pater restituatur in ciuitatẽ indulgentia Principis, an testamentum, quod interim fecit filius irritum fit, an quod interim acquisiuit pertinet ad patrem restitutum in integrum, restitutum patriæ? Minime. atque ita in illo casu filiusfam. habet testamentum, habet bona propria pagana: nam castrensia proculdubio potest habere. Finge: filius deportati erat pupillus: ideoque interim datus est illi tutor, restituto patre an tutor esse definit? sic videtur, quia æquius est, patrem administrare bona filij, quæ interim acquisiuit, quam extraneum. Sed hoc ita procedit, si pater sit homo frugi: nam si sit nequam pater, si prodigus, si luxuriosus, tutor idem manebit, qui fuit ante, atque ita filiusf. habebit tutorem. Nam sane restituto patre reuertitur in potestatem patris. Fateor, illo casu filiusf. habet tutorem, sed non datur filiof. verum tantum retinetur. Et similiter non datur seruo tutor, in *l. 17. h. t.* ei, qui de statu suo litigat, id est, qui petitur in seruitutẽ ex libertate, si detur tutor, ita demum datio valet, si liber sit, quod euentus litis declarabit. Deniq; euentus eius cognitionis declarabit, iure datus sit is tutor nec ne; interim erit in possessione libertatis, & tutor quasi datus libero approbabitur & admittetur. Et in specie igitur huius l. cum lex non dicat palam seruo tutorem dari, in ea, inquam, specie ponenda, obseruare debemus, vt ita ponatur, ne illud quod perquã absurdũ & legibus contrarium efficiat, seruo tutorẽ dari. Et ita verissime ponatur species. Quidam heredem instituit, eumque rogauit verbis fideicom. vt seruum hereditarium impuberem manumitteret, eique hereditatem restitueret, atque ita ab herede instituto testator seruo proprio impuberi reliquit & libertatem fideicom. & hereditatem fideicom. heres institutus recusat adire hereditatem, dicens eam esse suspectam & damnosam: si non adeat, intercidet vtriusque fideicom. hereditatis & libertatis: nam destitutum testamentũ, pro non facto habetur. Destituitur, si heres non adeat. Quid igitur fiet, ne intercidat libertas & hereditas fideicommissaria? Senatus, in-

A quit, censuit heredem compellendum adire hereditatem si hoc desideretur, nomine impuberis. Caput hoc vnum est Senatusconf. Pegasiani, cuius fuerunt & alia multa capita, *l. cogi, l. ex facto, ad Trebell.* & in multis locis eodẽ titulo. Ergo Senatusc. Pegasiano cauetur, vt etiam hoc casu, si hoc desideretur nomine impuberis, compellatur heres adire. Impubes quidem hoc non postulabit, quia ętas non fert, vt postulet quicquã per se, sed quilibet alius pro eo postulabit. Ætas ne postulet, impedit: conditio seruilis sola ne hoc postulet, nõ impedit; quia etsi regulariter seruus non possit consistere in iure vel in iudicio, tamen libertatis causa etiam per se aditum ad prætorem habet, *l. vix, de iudic. l. mulier § non est, ad Treb. l. de libertate, de fideic. libert. l. Titius, de act. empt.* Ergo quolibet postulante B nomine pupilli, aut pupillæ, heres scriptus cogitur hereditatem adire, quam suspectam dicit, non suo, sed pupilli periculo, qui eum cogit ex Pegasiano. Cogitur pupillum pupillamue manumittere ex causa fideicomm. manumissione heres fit patronus pupilli, ergo tutor legitimus: nam patronus liberti impuberis est tutor legitimus. Denique heres idem manumissor pupilli, pupillæue est tutor legitimus, quasi patronus: sed non potest auctor esse in ea re, quæ inter eum vertitur & pupillũ, puta de hereditate restituenda. Ac præterea non potest tutelã gerere, antequã satisdet rem pupilli saluam fore. testamentarij tutores, & ex inquisitione dati non satisdant, at legitimi satisdant, aut sane tutela non erit apud eos. quia igitur manumissor, licet manumissione fiat tutor legitimus pupilli pupillęue, C non potest tamen in causa restituendæ hereditatis auctoritatẽ suam pupillo interponere, & quia non potest tutelam administrare, nisi satisdet; igitur interim dabitur tutor specialis manumisso, datur tutor non seruo sed manumisso, *vt in l. apud § vlt. ad Trebell.* tutor temporarius, quo auctore pupillo heres restituet hereditatem. Nam solui quidem potest pecunia pupillo à debitore sine tutoris auctoritate, sed hereditas ex fideicom. restitui pupillo non potest sine tutoris auctoritate, quia restitutio hereditatis fideicom. non tantum est solutio, sed etiam successio, cum fideicom. cui restituta est hereditas, loco heredis habeatur, & sustineat onera hereditaria ex Senat. Treb. *l. restitut. § vlt. & l. seq. ad Treb. l. obligari § pupillus, de auct. tut.* Ergo manumisso pupillo interim dabitur tutor specialis, quo auctore heres restituat pupillo hereditatem, & D tutor manebit quoad heres restituerit, & quoad heres pupillo satisdederit rem saluã fore. Iis peractis heres suscipiet tutelam quasi patronus, quasi legitimus tutor, & ille definet esse tutor, qui datus est ad tempus tantum, & in speciem vnam. Et hoc est quod ait *in prin. h. l.* Subiicit ex Constit Adriani, *idem seruari in eo seruo hereditario impubere vel ancilla hereditaria, cui directa relicta est libertas & hereditas per fideicom.* Senatus loquitur de eo, cui libertas relicta est per fideicom. sed Diuus Adrianus ait *idem esse, si libertas relicta sit per fideicom. aut directo.* Et hoc est, quod sequitur, *postea D. Adrianus, &c.* non tamen idem omnino seruatur in eo, cui vtrumq; datum est per fideicom. Quod quemadmodũ intelligendum sit, videamus, nec enim idẽ seruatur in illo, quod censetur in eo, cui data est libertas per fideicom. nam idem, quod ibi seruatur, si impuberis E nomine desideretur, vt heres cogatur adire, idem seruatur, vt pupillo detur tutor libero facto, iam statim post aditionẽ iure directo sine facto heredis. Sed hic tutor, an erit specialis, an erit temporarius? imo erit generalis & perpetuus, quia pupillus nõ est libertus heredis, nec enim heres eum manumisit, sed est libertus orcinus, vel libertus familię, *l. 48. de manum. test. l. 3. § plane, de legit. tut.* nõ est libertus heredis. ergo heres non est eius tutor legitimus, & qui datus est, tutor manet, non existente legitimo, qui ei præferatur. Obseruandum est, quod posuimus speciẽ in eo cui est relicta libertas & hereditas, vtrumque per fideicommiss. ab eodem herede scilicet, nempe rogato vno eodemq; herede eum manumittere, & ei restituere hereditatem, quem heredem dicimus compelli adire heredi-

tatem. Hoc verum est, etiamsi ab eodem herede libertas A per fideicommissum sit relicta pure, hereditas autem sub conditione: nam & pendente conditione cogitur adire, *l. si cui pure, in pr. ad Trebell.* Aditione facta cogetur heres manumittere, quia pure libertas data est, cogetur & interim restituere, qui inuitus adiuit, non suo periculo, sed alieno. Sed aliud erit è contrario, si hereditas pure per fideicommissum, libertas sub conditione relicta sit: nam heres non cogetur adire, antequã extiterit conditio, quia nondum libero non potest restitui hereditas, & secundũ voluntatem defuncti, non cogetur heres eum manumittere prius, quam conditio existat, *d. l. si cum pure §. vlt.* Eadẽ ratione, si ab vno herede relicta sit libertas, ab altero hereditas per fideicommissum sub conditione, is, à quo relicta B est hereditas, non ante cogitur eam adire ex Senatusconf. Pegasiano, hodie Trebell. quam seruo libertas contigerit, quam seruus manumissus sit, quia nondum libero non potest deberi hereditas, deberi fideicommissum, quũ scilicet seruus fuit proprius testatoris, *l. si res aliena §. seruus, ad Trebell.* Postremo ex his, quæ diximus, obseruandum est, legitimum tutorem satisdare rem pupillarem saluam fore, aut non attingere eam tutelam, non peruenire ad legitimam tutelam sine satisdatione. Legitimi tutores ij sunt, qui satisdant: nam testamentarij, & qui dantur ex inquisitione, non satisdant: dati sine inquisitione, satisdant, vt dati à duumuiris. Sed videtur satisdatio remitti quibusdam. Plerumque legitimi satisdant. quæro, an omnes legitimi, quia videntur quidam excipiendi? Sane à patrono non est exigenda temere satisdatio, sed causa C cognita, *l. legitimos, de legit. tut.* In hac specie tutor legitimus est patronus, ergo non est onerandus satisdatione, id est, non temere. quod tamen lex non vult vt attingat tutelam, antequam cauerit, & vt satisdet, non est absque ratione, quoniam hic heres, idemque manumissor & patronus, quantum in ipso fuit pupillum relicta fideicommissaria libertate priuauit: nec enim vltro eum manumisit, sed coactus à prætore, & ob id oneratur satisdatione, nec tutela ad eum pertinet, antequam satisdet: ius tutoris, item ius patronatus non amittit, imo nullum ius patroni amittit, licet coactus manumiserit, sed oneratur tamen satisdatione. Et alia est ratio eius, qui fit liber ex Senatusconf. Iunciano, quod factum est Æmilio Iunco & Iulio Seuero COSS. *l. si cum seruum 28. §. si quis, de fidei-* D *com. libert.* Senatusconf. locus in hac specie: rogatus est heres seruum suum manumittere, sed si latitet, ne seruum manumittat & tergiuersetur, tergiuersator est debitor, qui latitat, & tergiuersatur, *l. 1. §. vlt. de leg. tut.* quid fiet? ipso iure fiet liber ex Senatusc. Iunciano, & heres amittet ius patroni. non immerito, quia non ipse manumisit, sed Senat. perduxit seruum ad libertatem. vulgo in *d. §. si quis*, legebatur, *Factum Senatusc. Æmilio Vinco & Iulio Secundo Coss.* Sed legendum est, *Iunco*, vt recte Florent. & ita Satyr. 15. apud Iuuen.

----*Sed consule Iunco, Gesta.*

Alia est ratio eius, qui fit liber ex Senatusconf. Rubriano, *l. quum vero 26. §. subuentum, de fideic. liber.* Heres rogatus est manumittere. euocatus est à prætore, nec venit, E nec obtemperat edicto prætoris: ex eo Senatusc. prætor pronuntiat eum esse liberum, perinde atque si directa libertas relicta esset, ei data esset? heres amittit ius patronatus, ergo non manumisit. At in specie proposita heres licet coactus, manumisit, & ideo conseruatur ei ius suum, retinet ius omne suum, conseruatur ei ius patronatus: quod omne demonstrant initio illa verba: *quia ex causa fideicommissi manumisit.* Quod est in extremo, facillimum est. loquitur de pupilla, de puella, id est, pupilla, sed idem obtinet in pupillo, vt initio legis dixi, *vt tamen pupillo pupillæve.* In hac specie heres, idemque patronus tutor est legitimus. sed tutor esse definit pubertate, si pupilla 12. annum impleuerit: puer 14. Post pubertatem datur curator, sed hoc interest inter curatorem & tutorem, quod hic detur inuito, cum pupillus nihil velle aut nolle intelligatur, ille non datur inuito, *l. 3. §. puberi, de tut.* Finge: impuberis tutor fuit patronus. Idem datus curator eidem facto puberi fuit eo desiderante. vt patronus fuit tutor, legitimus: si curator erit, erit curator datiuus, nam curatores puberum nulli sunt legitimi, nisi sint furiosi aut prodigi. Denique curator erit datiuus, qui tutor fuit legitimus, ergo curator dabitur ex inquisitione: proinde non satisdabit rem puberis *saluam fore.* sic fit, vt qui satisdederit, quasi tutor, quod sit legitimus, non satisdet quasi curator, quod sit datus ex inquisitione, & vbique in iure inquisitio pro satisdatione est. Obseruandum etiam in fine *l. 3.* quod supra omiseram, patronum libertę tutorem esse desinere, si liberta pubuerit, hoc est, si 12. annum impleuerit. De liberta loquor, non de liberto: de pupilla, non de pupillo, quando certissimum erat pupillũ pubertate liberari tutela. Fœminæ olim erant in perpetua tutela, nec pubertate finiebatur tutela, sed liberabantur tantum libertæ tutela patronorum iure quatuor liberorum ex l. Papia, vt Vlpian. scribit *in Fragm. tit. vlt.* quæ non habebant ius quatuor liberorum erant sub tutoribus, nec poterant facere testamentum sine auctoritate tutorum, nec dotem dicere nupturæ, nec ciuile negotium contrahere, nec lege agere, nec se obligare, nec mancipia alienare sine auctoritate tutoris, & hoc ex l. Papia. ex constit. etiam receptum, vt liberta liberetur tutela patroni, & generaliter, vt pupilla liberetur tutela, quum cœpit esse pubes, vt mas, vt in tit. *Inst. quib. mod. tut. fin.* Pupilli pupillæue liberantur tutela pubertate, adiecit, *pupillæve,* vt notet iuris antiqui abrogationem: qua de causa etiam Papinianus in *d. l. 3.* maluit in puella exprimere, quod in mare erat indubitatum.

Ad l. 37. de administr. tutor.

Tutorem, qui tutelam gerit, Sabinus & Cassius prout gerit in singulas res per tempora, velut ex pluribus causis obligari, putauerunt.

§. 1. ¶ *Secundum quam sententiam seruus institor dominicæ mercis, vel præpositus debitis exigendis; si liber factus in eodem actu perseueret, quamuis tempore seruitutis obligari non potuerit præteriti temporis nomine, actione negotiorum gestorum non inutiliter conuenietur, earum scilicet rerum, quæ connexam rationem cum his, quæ postea gesta sunt, habuerunt. Sic enim & tutelæ iudicium earum quoque rerum causa tenere placuit, quæ post pubertatem administrantur, si posterior actus priori cohæreat, neque diuisus propriam rationem habeat.*

§. 2. ¶ *Inde descendit quæstio, quæ vulgo circa filiumfam. tractata est, qui tutor testamento datus post tutelam gestam emancipatus in eodem officio perseuerauit. Et secundum Sabini & Cassij sententiam, eueniet, vt de eo quidem, quod post emancipationem gestum est, in solidum conueniri possit, de præterito autem, siue peculium non sit ademptum, siue sit ademptum, in id, quod facere possit. quod si superioris temporis nomine patrem de peculio pupillus conueniri maluerit, (annus enim vtilis, ex quo tutela agi posse cœpit, computabitur) ne capiatur pater inducta totius temporis causa; tempus quo filiusfam. tutelam gessit, comprehendendum erit.*

PRoponitur initio generalis quædam sententia Sabinianorum. ad quam cætera omnia, quæ subiicit Papinianus referuntur. Sententia hæc est: tutorem, qui tutelã gerit (quod dicitur ad differentiam tutoris honorarij) prout gerit in singulas res per tempora, velut ex pluribus causis obligari posse. *Per tempora,* id est, habita differentia & distinctione temporum, quibus gerit: *& tempora,* dicit, non singula momenta, sed quæ longius spatium habent. Idem vero dici potest de fure: imo de imagine furis, quod Sabiniani definiunt in tutore, quod euidens etiam fieri potest. Fur prout contrectat rem furtiuam per

tempora obligatur, prout contrectat. Igitur sæpius contrectando furtum etiam facit sæpe, qua tamen re non ideo magis nascitur actio furti vel crescit, *l. 6. & 9. de furt.* Et per tempora obligatur, hoc est, habita ratione & distinctione temporũ, vt mulier aut vir ob res subreptas in matrimonio diuortij causa, non tenetur furti, sed si res contrectet post diuortium, easdem res contrectando post dissolutum matrimonium tenetur furti & condictione furtiua, *l. 3. rer. amot.* atque ita distinguuntur tempora, quia contrectans in matrimonio non tenetur: contrectãs post diuortium tenetur: & ita seruus ob res subreptas domino in seruitute, non tenetur furti, sed si eas contrectet post libertatem tenetur, *l. 1. de noxal. act.* Ac similiter tutor prout gerit tutelam, per tempora obligatur, non quod ideo magis nascatur obligatio vel actio tutelæ, sed distinctio fit & separatio temporis, quo gessit & administrauit, quod quatuor exemplis planum faciam. Primum est tale: tempus pupillaris ætatis separatur à pubertatis tempore. quomodo? nam quod tutor gessit pupillaris ætatis tempore, hoc est, quamdiu pupillus fuit, & eius tutelam administrauit, de eo tenetur actione tutelæ: quod gessit post pubertatem, de eo tenetur actione negotiorum gestorum, non tutelæ: nisi vno casu, si id, quod gessit post pubertatẽ connexum sit iis, quæ gessit antea, vt inquit textus eleganter. Si quod gessit, si posterior actus, hoc est, administratio post pubertatem priori cohæreat, nec diuisus propriam rationem habeat. *Connexum* est, cuius ratio à tutelæ ratione, à tutelæ administratione separari non potest, vel id sine quo tutelæ administratio expediri non potest, *l. 12. de neg. gest. l. 13. de tut. & rat. dist.* Et nihil refert, geratur ante vel post tutelam, *l. quid ergo §. pen. de cont. act. tut.* & inter cetera connexum dicitur officio tutelæ, vt tutor pupillam suam puberem factam statim admoneat, vt sibi curatorem petat, *l. 5. §. si tut. hoc tit.* Ita etiam de nexis tutelæ constituendum est. Nexa tutelæ veniunt in actionem tutelæ, licet gesta postea non sint in tutela, sed ante, vel post tutelam, quod confirmat etiam *d. l. 13. cum seq. de tut. & rat. dist. l. 11. C. arb. tut.* neque vero hoc est sine effectu magno, vt nexa veniant in actionem tutelæ: nam actio tutelæ est priuilegiaria & fideiussores tenentur, si cautum sit rem pupilli saluam fore, *l. quotiens §. 1. & 2. hoc tit.* quod non fit in actione negotiorum gestorum: neque enim est priuilegiaria, nec fideiussores interueniunt. Et similis distinctio fit temporum in seruo institore, vel dispensatore, hoc est, præposito calendario, pecuniis fœnerandis, & exigendis rationibus calendarij, & veluti institor, *l. 5. §. 1. l. in eum §. vlt. de inst. act.* Quæ, *inquam*, distinctio temporum seruatur in tutore qui bona pupilli gessit, eadem in seruo vel dispensatore, & in actore: Nam de eo, quod gessit post manumissionem tenetur actione negotiorum gestorum; de eo, quod gessit in seruitute ante manumissionem, dum gerebat actum domini, dum erat præpositus merci dominicæ exigendæ aut fœnerandæ pecuniæ, de eo non datur in eum vlla actio, non tenetur vlla actione, quia nec vlla fuit in eum actio ab initio; ne post manumissionem quidem seruus stat in iudicio: nam naturalis obligatio quam seruus suscipit, nullã parit actionem, sed addenda est exceptio vt in tutore, nisi id, quod in seruitute gessit, connexam rationem habeat, connexum sit cum eo, quod post manumissionem gessit: nam hoc casu reddet rationem connexi, *l. 17. eum actum, de negot. gest.* quæ lex ex eodem Vlpiani libro coniungenda est cum *d. l. 13. de tut. cum l. 17. de adm. & per.* Hæc est de tutore, illa de seruo actore, comparauit alterum alteri Vlpianus. Et hæc ita se habent ex Sabinianorum sententia, subindicans, non eandem fuisse rationem & sententiam Proculianorum: nam hi per tempora non diuidebant obligationis causam, sed dicebant manumissum teneri ex antegesto, etiamsi ei connexum non fuisset post gestum, si modo in eodem actu perseuerasset post libertatem. Nam perseuerans in eodem actu, debuit à semetipso exigere & sibi soluere, quod reliquatus est in seruitute.

A Cur tenetur, inquiunt Proculiani ex antegesto? quia post agendo debuit à se exigere reliqua actus gesti in seruitute: & si non exegerit, tenetur culpæ nomine actione negotiorum gestorum, quasi non præstita bona fide, quæ excludit non tantum dolum, sed culpam, *l. 18. & 19. in pr. de neg. gest.* vt plane videatur lex 17. *esse secundum Sabin.* lex 18. & 19. secundum Proculianos. l. 18. & l. *Proculus* contrariæ sunt. Imo ita est omnino, nec in eo hæsitandũ est, quod tamen Accursius facit in *d. l.* 18. & exemplo serui non dubitandum, quin Proculiani idem statuant in tutore, qui post pubertatem pupilli sui in administratione perseuerasset. Nam & hunc dicebant à semetipso perseuerante in administratione rationem exigere debuisse de eo, quod administrasset & reliquasset in tutela. B Et videtur etiam sententia Proculian. habuisse æquitatem, nec probatur tamen, nisi in his tantum, quæ apud eum seruum postea manumissum apparuit esse reliqua post manumissionem: nam eorum nomine, quæ reliqua restabunt ex antegestis tenebitur proculdubio actione negotiorum gestorum. Et ita etiam Scæuola in *d. l. 19.* §. 1. interpretatur, quod dicebat Sabinus, seruum actorem & postea manumissum à capite rationem reddere debere: quod Scæuola ita ait accipiendum esse, vt reliqua, quę apparuerint fuisse tempore libertatis, ea reddat, eorum rationem reddat, & ita rationem reddat ἀπ' ἀρχῆς τῆς διοικήσεως, videlicet si reliqua quædam supersint tempore manumissionis, non etiam vt reuocetur in obligationem dolus vel culpa admissa in seruitute, quod non præstiterit bonam fidem in exigendis reliquis à semetipso: quæ C omnia erant satis difficilia explicatu. quæ sequuntur, erunt leuiora & apertiora. Restant tria exempla, quæ demonstrant obligationem tutoris, qui tutelam gessit, diuidi per tempora: hoc demonstrauimus vno exemplo, demonstrabitur adhuc tribus. Vnum est in *l. diui. h. t. l. 2. C. in quib. caus. tut. hab.* Si sint plures tutores, qui gesserunt tutelam, regulariter tenentur pro rata administrationis, & nonnunquam singuli in solidum in id, quod collegæ gesserunt ex constitutionibus quę sunt ea de causa: tenentur, inquam, vel pro rata administrationis, vel in solidum, ratione scilicet temporis, quo tutores fuerunt, quo pupillus fuit impubes: nam post pubertatem generaliter, si perseuerauerint in administratione, tenentur tantum pro rata administrationis. Tertium exemplum est huiusmodi. D Si filiusfam. tutelam gessit, & emancipetur nondum tutela finita, de eo, quod gessit ante emancipationem, plerumque tenetur in id tantum, quod facere potest ex edicto prætoris, *l. 2. C. quod cum eo,* ne nouus paterfamil. vexetur vel opprimatur, vel oneretur solidi præstatione, sed non tenetur, nisi causa cognita à prætore. De eo igitur, quod gessit ante emancipationem, tenetur in solidũ, siue in id, quod facere potest causa cognita. Et eleganter dicit Papinianus, siue ademptum ei sit peculium, siue concessum in emancipatione. Quod si concessum peculium locupletissimum & amplissimum ei sit, non æquum videtur, vt exoneretur solidi præstatione, quem pater locupletauit concessione amplissimi peculij. De eo autem, quod gessit filiusf. post emancipationem, omnino tenetur in solidum, *l. 11. de tut. & rat. distr.* Et ita per tempora filiusfam. tutor obligatur, modo in solidum, modo in id, E quod facere potest, in quantum facere potest. Quartum exemplum est, quo demonstratur, diuidi obligationem per tempora. Filiusfam. tutor emancipatur: pater eius de eo, quod filiusfamilias gessit ante emancipationem tenetur de peculio intra annum, quia extinguitur peculium, quod computatur, non ex die emancipationis, sed ex die finitæ tutelę, quo agi potest tutelæ: nam tutelę non agitur ante finitam tutelam. Quid est tutelæ actio? quid est tutelæ agere? postulare rationem tutelæ reddi. Et ideo dicitur annus vtilis, qui ab eo computabitur die, quo agi potest de peculio, & computantur tantum illi dies in annum, quibus agi potest de peculio, non dies continui, qui annum efficiunt. De eo autem quod filiusfamilias gessit post eman-

emancipationem nullo modo tenetur pater, *l. 11. l. si filiusfam. 6. de tut. & ration. distrah.* Et ideo hoc exemplo demonstratur distingui tempora. Interpunctio in fine *l.* emendanda, id est, apponenda virgula, non comma, *ne capiatur pater ind. tot. temporis causa, tempus, quo filiusfam.* (subintellige, *non emancipatus*) *Annus enim, &c.* per parenthesin legenda sunt.

Ad l. 24. de excusat. tut.

Nequaquam credendum est ei priuilegium excusationis ablatum, cui fideicommissaria libertas soluta est: nam in toto fere iure manumissor eiusmodi, nihil iuris vt patronus aduersus liberti personam consequitur, excepto quod in ius vocare patronum iniussu prætoris non debet.

ILlæ tres leges, quæ restant, sunt omnino singulares. Incipiamus à lege 24. Sciendum est, libertum, qui tutor vel curator datus fuit liberis patroni aut patronæ impuberibus, aut adolescentibus, cogi tutelam, aut curam suscipere omnimodo, nec vllum priuilegium excusationis habere. Multæ sunt iustæ causæ, quæ alios excusant à tutela & cura. nulla harum excusat libertum à tutela vel cura filij sui patroni vel patronæ. non excusat onus seu numerus liberorum, non onus trium tutelarum, sed neque vlla alia causa, quæ alium excusaret. Et hoc est ex Senatusconsulto facto auctore D. Marco, *l. libertos, C. de excusat. tut.* Et hoc locum habet, etiamsi libertus ius aureorum annulorum impetrauerit, id est, si in equestrem ordinem redactus fuerit, *l. 14. h. t.* nam in aliis causis libertus, qui ius aureorum annulorum impetrauit, habetur pro ingenuo, non pro libertino. In hac causa non habetur pro ingenuo, vt possit se excusare, quantumuis habeat iustam causam. Verum Senatusc. non intelligitur de liberto quolibet, sed de eo, in quo manumissor plenum ius patronatus habet, & in quo liberi eius plenum ius patronatus habituri sunt, *l. libertus, de tut. & curat. dat.* vt puta, si sponte & vltro eum manumiserit: hoc enim casu, si eum miserit manu nulla cogente necessitate, nanciscitur in plenum ius patronatus: nam si quasi debitor ex causa fideicom. eum manumiserit, si non donauerit, si non dederit ei libertatem, sed soluerit, si debitam libertatem, non gratuitam præstiterit, fiet quidem is libertus, & ille patronus, sed non in plenum: namque omnia iura patronatus non habebit, omne ius in liberto non habebit, quale haberet in liberto sponte manumisso: hæc enim tantum habebit, vt eius liberti, quem manumisit ex causa fideicom. vt eius, inquam, sit tutor legitimus, si sit impubes, *l. 13. de tut. & cur. dat.* & vt non possit ab eo in ius vocari sine venia prætoris, *l. 9. de in ius voc.* & præterea, vt ad bona eius venire possit quasi patronus, vel ab intestato, vel ad bonorum possessionem vnde legitimi, vel si testamento eius liberti præteritus sit, per bonorum possessionem contra tab. quod ostenditur in *l. qui ex causa 29. de bon. libert. l. 3. §. 1. de suis & leg. hered.* Tria habet quasi patronus, qui manumisit ex causa fideicommissi, quique inuitus manumisit secundum voluntatem defuncti, qui non magnum beneficium dedit, qui potuit cogi dare. Cætera autem iura patronatus non habet. primum inuito liberto non potest donum, munus, operas imponere, *comme auiourd'huy les Seigneurs font à leurs subiects en quatre cas*, qualia onera hodie imponimus clientibus siue vasallis. ei quem manumisit sponte, potest libertatis causa donum, munus, operas imponere. ei, quem manumisit ex fideicom. non potest imponere: & si imposuit, non potest petere, *l. 7. §. rescriptum, l. si quis hac lege, §. 1. l. Campanus, de oper. libert. l. mater, C. eod.* nisi sc. sit filius defuncti, qui rogatus est manumittere, & pater voluerit eum plene ius patronatus habere, *d. l. qui ex causa.* nam hic poterit etiam operas imponere, quia & directo manumisso à patre inter viuos posset operas imponere quasi patroni filius, non directo manumisso testamento: nam hic patronum non habet: libertinus potius est, quam libertus, neque etiam proprie est libertus sine patrono. Et ita est accipieda lex *si filius, in pr. de fideic. libert.* Ergo proprie est libertus sine patrono, & filius defuncti rogatus seruum hereditarium manumittere, poterit ei operas imponere, maxime si ita censeat patronus, si non refragetur voluntas patroni; & tamen si testator rogasset extraneum heredem, vt manumitteret, & palam dixisset se velle, vt vteretur is heres pleno iure patronatus, hoc iure non vtetur, id est, non poterit donum, munus, operas imponere, quia non quæcunq; scripta sunt in testamento valent, aut seruanda sunt. non sane, nisi quatenus congruit legib. & constitutionib. nam non potest facere testator, ne leges & constitutiones in suo testam. locum habeant, & ita prouisum est in hac specie, *l. cerdonem, de oper. libert. l. videndum, de leg. 1.* Constitutiones vetant imponi operas manumisso per fideicom. nec igitur potest testator efficere, ne iis constitutionib. sit locus, quæ noluerunt onerari libertatẽ nisi eam, quę vltro & sponte pręstaretur, & nulla necessitate cogente. Secundo, non potest desiderare patronus, si sit egenus, vt libertus eum alat, quod tamen solent patroni à libertis desiderare, quos sponte manumiserunt, sed ille non potest, *l. 5. §. si quis à libert. de lib. agnosc.* Tertio, non potest eum ingrati accusare, *l. 1. C. de libert. & eor. lib.* atq; ita reuocare, redigere in seruitutẽ. Ingrati actio, hoc est, reuocatio in seruitutem, rescissio libertatis, datur tantum iis, qui sponte manumiserunt. Item si is, qui rogatus est manumittere, eum manumiserit suo testamento, & sibi heredem fecerit, non erit ei heres necessarius, *l. si seruo, de hered. instit.* Seruus domino est heres necessarius ciuili & prætorio iure, si eum sponte in testamento manumiserit, nulla cogente obligatione, non aliter. Item liberta, quæ manumissa est ex causa huiusmodi fideicom. si nupserit manumissori, potest ab eo diuertere vel discedere, & alij nubere etiã inuito eo, quod tamen non posset ex *l. Iulia & Papia*, si sponte esset manumissa, quod ostenditur in *l. vlt. de diuort. l. proxime, de rit. nupt.* Et excipienda est hęc liberta, quæ est manumissa ex causa fideicom. à lege Iulia & Papia. Deniq; lex Iul. & Pap. quæ vult, ne liberta diuertat inuito patrono, de eo accipitur, qui sponte manumisit nulla necessitate cogente. Hic enim est proprie aut vere patronus. In hunc congruunt omnia iura patronatus. Ac postremo, vt ostendit Pap. in hac l. 24. quod non est alias scriptum, libertus huiusmodi non cogitur suscipere filiorum patroni tutelam, si habeat legitimas excusationes. liberto quem dominus manumisit sua sponte, aufertur priuilegium excusationis: huic, quem dominus quasi debitor manumisit, non sua benignitate, reseruatur. Et hoc est, quod ait Papinianus hoc loco.

Ad l. vlt. si quis à parente manumissus.

Diuus Traianus filium, quem pater male contra pietatem afficiebat, coëgit emancipare: quo postea defuncto pater, vt manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat. Sed consilio Neratij Prisci & Aristonis ei propter necessitatem soluendæ pietatis denegata est.

DIxi, patronum huiusmodi, qui manumisit ex causa fideicommissi habere possessionem contra tabul. si præteritus sit, si in testamento eius liberti silentio omissus sit, & quod ait Papin. non tantum excipiendum est de patrono: nam hoc etiam obtinuit non tantum in filio defuncti, *l. 1. C. de bon. possess. contra tab. lib.* sed etiam in alio quolibet herede defuncti, *d. l. qui ex causa, l. 3. §. 1. de suis & legit.* Sed forsitan hoc non ita procedit, vt possit petere bonorum possessionem contra tabulas & consequi legitimam debitam patronis, si coactus à prætore eum manumiserit, si in ius vocatus fuerit, ac tandem damnatus fuerit eum manumittere: nam eodem etiam libro Papin.

scripsit in *l. vlt. si quis à parente man.* patrem, qui coactus A emancipauit filium, hoc est, vendidit, ac deinde redemit, & manumisit, non habere bonorum possessionem contra tabulas filij, si sit præteritus in testamento filij. Quid? cogiturne pater filiũ emancipare, non quidem regulariter, sed exstant casus quidam, quibus cogitur, maximè à principe, non à quolibet magistratu, vt si filius ab eo atrociter tractetur contra officium pietatis, si male afficiatur à patre, si pater nimium in eum sæuiat, idque liqueat principi, coget princeps patrem eum emancipare, quia patria potestas consistit in pietate. Et cum auctoritate Adriani aliquando pater ob eam causam coactus fuisset emancipare & manumittere filium, deinde mortuo filio testato, & præterito patre, patri denegata est bonorum possessio cõtra tabulas, quę tamen alias competit patri manumissori, B vt patrono: vt filio sic patri competit querela inofficiosi. Igitur, si sit præteritus testamento filij, alias vel vt pater aget querela inofficiosi, vel alias poterit petere bonorum possessionem contra tabulas, vt patronus, si manumissor extiterit, *l. pater, de inoffic. testam. l. 1. si quis à par. manumiss.* Huic tamen patri, qui coactus fuit manumittere, & emancipare filium, etiam præterito testamento filij, denegata est bonorum possessio contra tabulas, *consilio*, inquit, *Neratij Prisci & Aristonis*. Ex quo loco patet & intelligitur, illos duos Traiano fuisse à consiliis, Neratium scilicet & Aristonem, & Traianus etiam hunc Neratium destinarat successorem imperij. Cur denegata est bonorum possessio? *propter necessitatem*, inquit, *soluendæ pietatis*, hoc est, quia coactus emancipauerat, quia C coactus dissoluerat patriam potestatem. Pietas pro potestate. Tertullian. in Apolog., *Gratius est pietatis, quam potestatis vocabulum*, *l. diuus, ad leg. Pomp. de parricid.* Patria potestas in pietate consistit. Et hoc est, quod dicitur in hac lege.

Ad l. 50. ad Trebell.

Imperator Hadrianus, cum Viuius Cerealis filio suo Viuio Simonidi, si in potestate sua esse desiisset, hereditatem restituere rogatus esset, ac multa in fraudem fideicommissi fieri probaretur, restitui hereditatem filio iussit, ita ne quid in ea pecunia, quamdiu filius eius viueret, iuris haberet: nam quia cautiones non poterant interponi conseruata patria potestate, damnum conditionis propter fraudem inflixit: post D *decreti autem auctoritatem, in ea hereditate filio militi comparari debuit, si res à possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporteret: sed paternæ reuerentiæ congruum est, egenti forte patri officio iudicis ex accessionibus hereditariis emolumentum præstari.*

VLtima lex est 50. ad Trebel. quæ etiam singularis est, & valde elegans. Pater heres institutus est, & rogatus restituere hereditatẽ filio, ea conditione, *si in sua potestate esse desiisset*, cum esset sui iuris. Interim multa pater fecit interuertendi fideicom. causa, disperdit, profligat bona hereditaria, quomodo consuletur filio? deerat auxilium iuris filio. Sed in hac specie, patre non conser- E uante hereditatem fideicomm. filio in diem conditionis, sed interim dissipante omnia, Imperator Adrianus decreuit, vt pater restitueret filio statim, etiamsi esset in potestate sua ante conditionem, ita vt in ea hereditate pater nihil iuris habeat viuo filio. Rectè, viuo filio: nam mortuo filio in familia superstite patre, ea hereditas redit ad patrem, sicut omne peculium filiifamilias. Hoc igitur casu fideicommiss. hereditas restituitur ante conditionem, & vt loquitur Adrianus, *inflixit damnum conditionis, dum fideicommissum repræsentari voluit.* quomodo dicitur damnum voluntatis in *l. 23. §. seruum, de fideicomm. libert.* quoties non obtemperatur voluntati defuncti. Euenit etiam alio casu, vt fideicommissaria hereditas restituatur ante conditionem, videl. si heres sit compulsus adire: nam hoc casu etiam restituet, non exspectata fideicommissaria conditione, *l. apud §. vlt. l. si cui pure, ad Trebell.* Cui sententiæ nihil obstat *l. sed etsi ante diem §. cum patre, eod.* Paucis explicanda est species. pater heredem instituit, cumque substituit filio exheredato, & rogauit, vt omnem hereditatem, quæ ei obueniret ex substitutione, restitueret Titio. an à Titio heres institutus poterit cogi adire, vt valeat substitutio, & fideicõmissum? Non potest. Vtitur duplici ratione. Prima est, quia fideicom. est relictũ sub conditione. ergo à fideicõmissario non potest cogi adire, antequam conditio existat. Hæc ratio, vt inquit Accurs. non est idonea. Igitur aliam subiicit. deinde, quia non probe agitur de hereditate viuentis pueri, quæ est idonea ratio. Et hoc solemne iuris auctoribus, vt vtantur duabus rationibus à rethoribus more sumpto ἐνστάσει & ἀντιπαραστάσει, quando prior est minus idonea, alioqui superflua esset posterior. Vnius enim rei vna tantum ratio est. Ergo euenit etiam in casu h. l. propter mores patris, vt repræsentet filiofa. fideicommissum. atque ita fit, vt filiusfam. habeat bona pagana propria, quandiu viuit: nam hęc certe non sunt castrensia, nõ quasi castrensia, sed pagana siue paganica. mores patris faciunt, vt repræsentetur filio fideicomm. vt quasi à patre profecta ab eo retineatur hereditas. Dices, alia ratione potuit consuli filiofamil. puta exacta cautione à patre, & satisdatione de non minuenda, deuastanda hereditate, quę cautio præstatur de hereditate tam fideicommiss. quam etiam directa, *l. hac stipulatio, vt leg. nom. cau. l. 4. C. vt in pos. leg. l. inter, qui satisd. cog.* Sed respondeo, non potuisse interponi hanc cautionem, quia filiusf. à patre, in cuius est potestate inutiliter stipulatur, & prius stipulari oportuit à patre, alioqui fideiussores nõ obligarentur: ergo cum non posset interponi hæc cautio, damnum inflixit. Inter patrem & emancipatum filium potest cautio interponi, sed plerumque etiam remittitur patri propter reuerentiam paternam. Duobus tamen casibus non remittitur restituendę hereditatis cautio, id est, filius emancipatus exigit cautionem à patre. Vno, si testator nominatim præceperit patrem satisdare de hereditate restituenda filio: & altero casu, si transeat ad secundas nuptias, *l. iubemus §. 1. C. ad Trebell.* & in *Nouel. 22. l. filio, vt leg. nomine cau. in fine.* Exposito huiusmodi decreto Adriani, ait Papinian. post illud decretum Adriani, filiumfam. paganum in ea hereditate comparari militi, qui habet castrense peculium. Constitutiones fecerunt, vt miles & filiifa. haberentur pro patribusfam. in castrensi peculio. Decretum Adriani fecit, vt filiusfa. paganus in ea hereditate, & in specie huius l. habeatur pro patrefam. Ergo aget hereditariis actionibus, quæ in eum transeunt restituta hereditate ex Trebell. Senatuscons. aget, *inquam*, etiã non adiuncta persona patris: nam quod potest filiusfam. miles in castrensibus, idem potest in hac specie paganus. sed hoc interest, quod filiusfam. miles potest testamentum facere de peculio; filiusfam. paganus etiam in ea hereditate non potest testamentum facere, sicut nec de peculio pagano, cuius proprietas hodie ex constitutionibus Iustiniani ad filiumfa. pertinet, vsusfructus solus est patris, sicut & omniũ bonorum aduentitiorum. Hodie igitur filiusfa. est proprietarius, non tantum huius hereditatis, sed & aduentitię cuiuslibet: sed huius hereditatis est etiam vsufructuarius. Cæteroquin non poterit de ea facere testamentum. Et hoc est quod dicit, *quandiu filius viueret, nihil iuris patrem in ea hereditate habere.* Viuus filiusfam. in ea hereditate pro patrefam. habetur, mortuus pro filiofam. & inutile est testamentum, quod de ea hereditate fecerit, quia *quandiu viuit duntaxat, ius omne habet in hereditate.* Verum subiicit eleganter in fine, *si pater sit egenus, si inopia laboret, qui repræsentauit fideicommissum ex decreto principis, officio iudicis ei esse præstandum emolumentum ex accessionibus*, id est, *ex fructibus eius hereditatis.* Emolumentum autem hoc loco, id est, alimonia patri egeno esse præstanda, vt plerumque sic emolumentum accipitur, *l. 3. §. generaliter, l. vlt. si cui plusquam per leg. Falcid. l. dominus, de vsufruct.*

l. Mænius §. *pen. de legat.* 2. accipitur pro vsufructu, ab emolendo, vt Persius ait, *Granaria emole*, & Cæsar, *sine magno commeatu & emolumento*, quem locum quidam corruperunt.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XII. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 63. de rei vindic.

Si culpa, non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet æstimationem, audiendus erit à iudice si desideret, vt aduersarius actiones suas cedat, cum tamen prætor auxilium quandoque laturus sit quolibet alio possidente, nulla captione adficietur. Ipso quoque, qui litis æstimationem perceperit, possidente, debet adiuuare, nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia iudicis periculo indicati recepit, restituere.



Libro 12. Quæstionum Papiniani initium dat, *l. 63. de rei vind.* quæ tametsi non esset inscripta Papiniano, stylus ipse statim proderet esse Pap. nemo alius tam grauiter scribit, neque tam multa paucis complectitur. Egi rei vindicatione cum eo, qui rem meam bona fide possidebat. post litem contestatam, is eius rei possessionem amisit culpa sua, an mihi condemnabitur culpæ nomine? Et de hac re ita definitũ est, si post litem contestatam iudicio in rem bonæ fidei, possessor, vnde petitur, eius rei possessionem amiserit sua culpa, culpæ nomine condemnabitur, *l. qui petitorio* §. 1. *h. tit. l. si seruus* §. *item cui Iulianus, de euict.* Declaremus hoc exemplis. Finge: Rei vindicatione petitus est homo à domino: dominus petiit seruum per rei vindicationem à bonæ fidei possessore: pendente lite is seruum per insidiosa loca misit & periit, vel etiam non custodiuit, non vinxit, cum eius cõditionis, eorum morum esset, vt custodiri aut vinciri debuerit, fugitiuus forte, & is dum nõ custoditur, aufugit, nec facile recuperari potest, vel etiam is, vnde petitur, pendente lite hominem petitum permisit in arenam descendere, & iugulatus est, vel etiam naue petita is, vnde petebatur nauem nauigatum misit, & periit, vel etiã eam misit non idonea tempestate, puta brumæ, non idoneo tempore, vel etiam nauigatum misit, & idoneo tempore, sed nõ idoneo gubernatori commisit, & periit naufragio: culpæ nomine damnabitur, quia culpa eius res interim periit; atque ita bonæ fidei possessor non tantum præstat dolum, sed etiam culpam; post litem contestatam culpam præstat. At videamus, culpæ nomine in quantum condemnetur. sane tanti condemnatur, quanti litem æstimauerit. Iudex litis æstimator erit. Iudex, alias litem æstimat, id est, rem, de qua lis est. Iudex iusto pretio. aliquando litem æstimat actor iuratus, non iniuratus, id est, dato iureiurando in litem æstimandam, scil. id est, iurat se tanti rem æstimare, quod iusiurandũ non necesse est redigi ad pretium iustum: nam æstimabit etiam iniusto pretio: æquum est enim, vt vnusquisque rei suæ pretium, quod volet, faciat. Verum quum culpa bonæ fidei possessoris post litem contestatam res periit, non tanti lis æstimabitur, quanti actor in litem iurauerit, sed quanti iudex æstimauerit, id est, quanti ea res erit. Inferet ergo reus æstimationem, quam dixerit iudex. Sed æquum est, si hoc desideret reus, qui nondum rem vsucepit, vt actor, qui fert litis æstimationẽ, ei cedat actiones suas, id est, cedat actione sua, rei vindicatione, scil. & eum faciat procuratorem

A in rem suam, vt is rem vindicet à quolibet possessore tanquam dñs. Aget vindicatione recte, quasi procurator domini, id est, ex cessione siue mandato dñi. Et hoc ostenditur in *l. 2. in pr. &* §. 1. *h. t.* Ergo non aliter cogetur reus sufferre litis æstimationem aut soluere, quam si actor ei cedat rei vindicationem, quæ ei competit iure dñij. Sed vt ostendit Pap. hoc loco, etiã sine cessione reo, qui subiit litis æstimationem, à prętore dabitur vindicatio vtilis, id est, Publiciana actio, nõ directa vindicatio, licet videatur rem emisse prętita litis ęstimatione, quia quum res abest, non aliter fit dominus is, qui subit litis æstimationẽ, quã si eius rei possessionem apprehenderit, vt præstita æstimatione litis non aliter fit dñs serui, qui est in fuga, quam si possessionem serui eius appprehenderit, *l. hac sires, h. t.*

B Concludamus igitur hoc modo. Reus cuius culpa res abest, post litem contestatam condemnatur, quanti ea res est culpę nomine, sed rem persequitur, vel ex cessione domini cui soluit litis æstimationẽ directa vindicatione: vel sine cessione, vtili vindicatione, id est, Publiciana: quum nondum vsucepit, & initio possedit bona fide, iustoque titulo. Et hoc est quod ait in priore parte *h. l.* bonæ fidei possessorem, qui possessionem non fraude amiserit, condemnatum æstimationem litis præstare, posse desiderare vt aduersarius actiones suas cedat, id est, vindicationẽ directã: quamuis nulla captione afficiatur, ea nõ cessa. Cum prętor auxilium quandoq; id est, quandocumque laturus sit, data Publiciana scil. ergo desiderabit sibi cedi: sin minus, prætor ei semper dabit Publicianam. Et subiicit in posteriore parte, etiam ei dari Publicianam aduersus do-

C minum, si forte dominus eius rei, cuius æstimationem accepit, possessionem nactus sit; postea nec obstabit exceptio iusti dominij, quia Publiciana obstare solet. Nam Publiciana dari solet tantum aduersus extraneum possessorẽ, non aduersus dominum, *l. pen. tit. seq. de Publ. in rem act. l. mandatum* 57. *mand.* sed sunt 4. vel 5. casus quibus Publiciana datur etiam aduersus dominum, nec obstat agenti exceptio dominij. Vnus est in hac l. cuius ratio est elegans & euidens: nam si non esset efficax actio Publiciana aduersus dominũ, dominus haberet & rem & æstimationem. Quod est iniquum. Imo vero, vt idem Pap. in fine demonstrat, non auditur dominus, cum quo agitur Publiciana, si velit, ne rem restituat omnia retro agere, & retractare, id est, si paratum se esse dicat pretium & litis æstimationẽ restituere, se malle rem quam pretium, pre-

D tium redditurum, modo sibi res nõ auferatur Publiciana, non audietur, quia in potestate venditoris non est recedere à venditione, quę perfecta est inuito emptore, litis ęstimatio venditio est, *l. litis æstimatio, D. pro empt.* Qui litis æstimationem soluit, rem retinet: aut recipit postea atque possidet & vsucapit pro emptore. Emptor est, qui soluit pretium rei, etiamsi dominus pretiũ non fecerit eius rei, sed iudex: sunt necessariæ quædam venditiones. Ergo is, qui litis ęstimationem pertulit, actione Publiciana inuito domino rem auferet. Qui litis æstimationẽ pertulit suo periculo, vt ait; Ait enim, *actorẽ accipere litis æstimationem periculo iudicati*, id est, condemnati, vt Accurs. Quomodo periculo condemnati? quia soluit pretiũ sub incerto, sub alea, eius forte rei nunquam recuperandæ, quia damnum

E facit suæ pecuniæ, etiamsi rem non recuperet. Ergo æquũ est, vt qui ita pretiũ domino intulit suo periculo, siue rem possit recuperare siue non actione Publiciana; inuito domino rem auferat, quæ forte postea ad dominum peruenit. Et hoc est, quod ait in posteriore parte huius l. *ipso quoque possidente qui litis æstimationem perceperit* adiuuari debere eum qui eam præstitit. scilicet per eandem actionem institutam, id est, per Publicianam, quæ etiam datur aduersus dominum. Repetamus definitionem initio propositam. Si post litem contestatam bonæ fidei possessor culpa sua amiserit rei possessionem, culpæ nomine condemnatur, quanti ea res est, id est, quanti iudex arbitratus fuerit. Ait enim Pap. *ex sententia iudicis*, id est, ęstimatione iudicis, rei pretium præstabit actori, æstimationem

igitur, non fieri iureiurando actoris, sed sententia iudicis A sola. Definitio illa sic ait, *si post litem contestatam.* Quid si ante litem contestatam rei possessionem amiserit, culpa sua? Rursus ait, *si post litem contestatam amiserit culpa sua.* Quid si dolo amiserit vel fraude? & rursus quid si sine dolo, sine culpa? Praeterea definitio loquitur de bonae fidei possessore. Quid in malae fidei possessore iuris est? haec omnia explicanda. Et primum si bonae fidei possessor ante litem contestatã culpa sua rem amiserit, an praestabit culpam? minime. dolum duntaxat praestabit, si forte rem alienam esse cognouerit, quã initio possederat bona fide. Ante litem cõtestatã interpellatus & conuentus à dño. aliud est conuentio, aliud litis contestatio. Conuentio potest praecedere litis contestationem. Conuentio est interpellatio & admonitio: & ita, si post dolo malo effecit, vt res B interiret, vtique dolum praestabit praeteritũ, id est, admissum ante litem contestatã, culpã non praestabit, *l. si homo, h.t.* Rursus quaero, quid si dolo malo possidere desierit post litẽ contestatã? pro possessore habebitur. Et hoc est quod dicimus, dolũ esse pro possessione, *l. 22. h.t.* Quanti condemnabitur? sane tanti cõdemnabitur hoc casu, quãti actor in litem iurauerit; quod iusiurandum plerumq; iudex sequitur, etiamsi iurauerit in infinitum, quamquam iudex possit moderari, refrenare iusiurandum, moderari aestimationem. Ex eo tamen iureiurando plerumq; nihil minuit, sed tanti damnat reum, cuius dolo res periit, quãti actor iuratus aestimauerit rem suam: nam aestimanti rem C sine iureiurando actori fides non habetur: ac praeterea illata ea aestimatione secundum iusiurandum actoris, actor non tenetur, non cogitur ei cedere actiones suas, quia dolo desiit possidere; nõ habebit etiam ipse, qui intulit aestimationem litis, actionem Publicianam, neque aduersus dominum, neque aduersus alium possessorem, *l. qui restituere, cum ll. seq. h. t.* Quibus solet opponi lex *in depositi, de re iud.* Finge: Actum est depositi vel commodati cum depositario, vel commodatario. post res deposita, vel commodata interiit dolo rei: sustinebit aestimationem litis, de eo nemo dubitat, sed succurretur ei, vt dominus cedat actiones suas rei persequendae causa, compulso domino ad cedendũ ei actionem suam rei persequendae causa, cuius ille pretium intulit. Cur ergo etiã in casu proposito, D quando is, qui dolo desiit possidere, aestimationem intulit iudicio in rem, quare non cogitur actor cedere actionem suam? Distinguenda sunt in hac re bonae fidei iudicia à strictis. In iudiciis bonae fidei officio iudicis is, qui condemnauit reum, cedet actiones suas reo, officio iudicis, quod est certissimũ in strictis, vt in actione in rem, etiamsi sit arbitraria actio, non est latissimum officium iudicis: Et falsum est, quod Graeci dicunt, actionẽ arbitrariã imitari bonae fidei actionem, imo stricta est actio, quia stricta est, in qua tamen aliquid possit officium iudicis, sed non quodlibet; in qua tantũ possit aliquid arbitrium iudicis. Notanda est haec differentia inter iudicia bonae fidei & arbitraria, quod genus est strictorũ iudiciorũ: nam sunt arbitraria vel non. In actionibus bonae fidei is, cuius dolo res abest, si soluerit litis aestimationẽ, actor cogitur ei cedere actionẽ suam, non in arbitrariis, ac multo minus in E non arbitrariis. In iudiciis bonae fidei officium iudicis est latissimũ, non in arbitrariis. Et in iudiciis bonae fidei insunt omnes exceptiones, id est, supplentur officio iudicis, omittuntur à reo sine periculo, non etiam in arbitrariis, *l. Pap. l. seq. de Pub. in rem act.* In iudiciis bonae fidei exigitur cautio ante diem, vt diximus in *l. in omnibus, de iudic.* in arbitrariis idem nõ obtinet. Ac postremo, in iudiciis bonae fidei veniunt fructus, etiam percepti ante litem contestatam, non etiam in arbitrariis, nisi extent, *l. 2. C. de pet. hered.* Arbitraria ergo iudicia, nec sunt bonae fidei, nec imitantur iudicia bonae fidei. Imo origine sunt stricta, atque euentu vt plurimũ. Rursus quaeritur, quid sit dicendum, si bonae fidei possessor post litem contestatam sine dolo & sine culpa rem desierit possidere? hoc casu absoluitur non quidem omnimodo: namque actor potius vincit quodammodo, vt Theoph. demonstrat in tit. *de diuis. stip.* Videamus quomodo? Quia absoluitur quidem reus, qui vacat dolo atque etiam culpa, quo enim nomine condemnaretur? Sed si rem vsucepit interim: nam litis contestatio non interrumpit vsucapionẽ, cogitur domino cedere actiones suas, id est, rei vindicationem, *l. 21. h.t.* Ac praeterea debet cauere de ea re restituenda, si in suam potestatem peruenerit, non de ea re requirenda & persequenda suis sumptibus, sed de restituenda tantum, si casu quodam ad se res redierit, imo & de persequenda, si non cedat actionẽ suã, vt Theoph. declarat. Sed si non vsucepit rem, absoluitur omnino, quia non habet actionem quam cedat, & quia superuacua esset cautio, cum rei persecutio sit domino salua, nondũ impleta vsucapione. dominus enim rem persequi potest, vt ait lex 21. *h.t.* rationẽ tamen reddit vtroque casu, id est, siue vsucepit, siue non, de fructibus, quos percepit eo tempore quo possedit, *d. l. 21.* Postremo quaeritur, quid sit dicendum in possessore malae fidei? Primum possessor malae fidei ante litem contestatã culpam praestat, quod supra diximus non obtinere in bonae fidei possessore, *l. si homo, hoc tit.* Ergo multo magis culpam etiam praestat post litem contestatam, quam praestat etiam bonae fidei possessor, sed durior erit cõdemnatio malae fidei possessoris: nam ei non cedet dominus actione sua, & non dabitur ei Publiciana, quae datur bonae fidei possessori: & praeterea, non quanti res erit condemnabitur, sed perinde ac doli nomine, qui conduplicatus in eo intelligitur post litem contestatam, etiamsi non manifesta fraus arguatur, sed culpa tantum, aut negligentia. Et ita non est perpetuo verum, quod dicitur, *post litem contestatam omnes possessores pares esse.* Id non obtinet in hoc casu, quod obtinet in aliis: nam bonae fidei possessor fatum non praestat, id est, si res post litem contestatam interierit suo fato: malae fidei possessor, fatum praestat post litem contestatam, si modo res non erat interitura apud dominum, *l. illud, de pet. hered.* Atque ita in eo etiam sunt dispares, ac etiam in alio, quia bonae fidei possessor, quod adquirit seruus, qui petitus est, post litem contestatam ex re eius ei adquirit, non domino, nec id venit in restitutionem, quia ex re eius partum est, quod ipsum veniret in restitutionem, si malae fidei possessor esset, quod indicat *l. 20. hoc tit.* Atque ita his tribus casibus omnes possessores pares non sunt post litem contestatam.

Ad l. 14. de tut. & curat. dat.

Libertus non aliis patroni, patronaeve liberis tutor esse cogitur, quam qui iura patronatus sperare possunt.

Sententia *l. 14. de tut.* neque ab Accursio, neq; ab aliis explicatur: nam qui ad eam notantur loci, nihil pertinent ad legis sententiã, nihil ad verba. Intelleximus *l. 11. ex l. 24. de excus. tut.* libertum datum tutorem liberis patroni, patronaeve, compelli tutelam suscipere vel curationem, etiamsi priuilegio aliquo excusationis subnixus sit, omne ei priuilegium excusationis auferri ex Senatusconsulto, quod tamen Papin. docuit *d. l. 24.* locum non habere in liberto, quem quis compulsus ex causa fideicomm. non sponte sua manumisit. Et in hac *l. 14.* idem Papin. docet, id locum habere in liberis patroni, qui iura patronatus sperare possunt. locum igitur non habere in liberis patroni, qui iura patronatus sperare non possunt. Et *iura patronatus* vocat per excellentiam, vt alibi *iura succedendi in bonis liberti per bonorum possessionem, vnde legitimi ab intestato, vel per bonorum possessionem contra tabulas*, hoc est summum commodum patronatus, quod & *ius libertorum* dicitur, *l. 13. hoc tit.* Ius liberti, id est, ius succedendi liberto, cui nexum est ius tutelae, nam quo successio, eo etiam tutela redit secundum regul. iuris. Qui liberti sperat successionem, & eiusdẽ impuberis tutelam gerit. Ergo vt dixi, in h. l. 14. iura patronatus sunt iura succedendi liberto.

Sunt autem quidam liberi patroni, qui hæc iura non habent, vt liberi exheredati, qui non succedunt liberto paterno, nisi pater nominatim cauerit, vt exheredato esset saluum ius patronatus, *l. si pater exheredato, de bon. liber.* Item liberi eius patroni, qui cōtra legem Æliam Sentiam libertum iureiurando adegit, ne nuberet, ne liberos tolleret, nam hic ex lege Ælia Sentia non succedit liberto, nec liberi eius: nōn habent iura succedendi, *l. qui contra legem, de iure patr.* atque ita sicut in *l. 1. de leg. tut.* dicitur, legitimos tutores esse eos, qui sperant successionem pupilli, ita, vt hoc loco proponitur, tutor datus filio patroni, ita demum repellitur ab omni excusatione, & tutelam suscipere cogitur, si pupillus speret successionem eius, id est, si ipse patronus sit. nam & filius patroni, patronus dicitur, si ius habeat in bonis liberti, licet non sit principalis patronus Et ita explicanda est hæc lex.

Ad l. 38. de adm. tut.

Si plures tutelam non administrauerint, & omnes soluendo sint, vtrum quia nullæ partes administrationis inueniuntur, electioni locus erit? an vt eiusdem pecuniæ debitores excipere debebunt periculi societatem? quod magis ratio suadet.

§. 1. ¶ *Si quidam ex his idonei non sint, onerabuntur sine dubio cæteri, nec inique, cum singulorum contumacia pupillo damnum in solidum dederit.*

§. 2. ¶ *Vnde quærendum est, an actiones pupilli, ei qui solus conuenitur, in alterum pro parte scil. præstare debeat? Sed cum propria vniuscuiusque contumacia puniatur, qua fronte poterit hoc desiderari?*

QVæstio est elegantissima, pro qua parte quisque tutorum conueniatur & condemnetur. Finge: Duo sunt vel plures tutores, & sciūt, se esse tutores ac cessant, id est, non administrant, quid fiet? Extra ordinem coguntur administrare, *l. 1. in princ. hoc tit. l. 4. §. vlt. rem pup. salu. fore.* Extra ordinem, quod notandum, quia nulla est prodita actio eo nomine, qua cogantur, sed mulcta coercentur, vel captis pignoribus compelluntur, quæ vocat strictiora remedia *l. 3. de susp. tut.* sed possunt pertinaces, contumaces, refractarij, contemnere hæc remedia, & vel mulctati, vel coerciti capione pignorum perseuerare in eadem cessatione. Quid vero tunc fiet? vt ostendit l. 3. vel tanquam suspecti remouebuntur, & alij in locum eorum dabuntur, vel si nemo sit, qui postulet eos suspectos, omne periculum tutelæ sustinebunt. Quare maxime onerabuntur, & suo periculo cessabunt, *l. 1. §. 1. hoc tit.* & tenebuntur vtili actione tutelæ. directa tenebuntur, qui administrauerunt, vtili qui non administrauerunt, *d. l. 4. §. 1. rem pup. saluam fore.* Sed si omnes tutores, qui cessarunt, soluendo sint eo tempore, quo finitur tutela, & inchoatur actio tutelæ, quæritur an pupillus quem volet ex iis eligere possit, eumque in solidum conuenire? Quod videtur: nam non potest pupillus actionem diuidere pro rata administrationis, cum nullus administrauerit: verum si omnes soluendo sunt litis contestationis tempore, cum eo scil. quem elegerit pupillus, licet singulorum dolus, id est, cessatio, mora, contumacia, pupillo damnum dederit, in solidum tamen, quia omnes locupletes sunt, omnes soluendo sunt. Is quem elegit pupillus, quemque conuenit in solidum opposita exceptione efficit, vt actio diuidatur inter collegas pro virilibus portionibus, exemplo plurium fideiussorum, vel mandatorum, qui habent beneficium diuisionis ex epistola D. Adriani, si fuerint soluendo litis contestatæ tempore, *§. si plures. Instit. de fideiuss.* Duo rei eiusdem pecuniæ idem beneficium non habuerunt ante Nouellam 99. fideiussores & mandatores habuere, sed non alij rei, præterquam tutores, qui tenentur iudicio tutelæ, quod est bonæ fidei. Interpretatio bonæ fidei inducit diuisionem periculi inter tutores. Certum igitur est plures tutores habere beneficium diuisionis, siue omnes cessauerint, siue

A omnes administrauerint. Qui cessarunt, diuidunt actionem pro virilibus portionibus: qui administrarunt, diuidunt administrationē, id est, actionem pro rata administrationis, si ea diuisa fuerit à testatore vel à iudice, non si ab ipsis tutoribus: si indiuisa fuerit administratio, diuidunt actionem pro virilibus portionib. *l. Diui, l. si duo. hoc tit l. 1. §. nunc. de tut. & rat. dist. l. 1. C. de diuid. tu.* Addit *l. Diui,* singulos tutores nonnunquam teneri in solidum, & condemnari scil. nec habere beneficium diuisionis. Quod procedit his casibus tantum: nam & ait, *nonnunquam.* Si, exempli gratia, duo sunt tutores, primus & secundus, & primus gnauiter & bene gesserit tutelam, secundus ignauiter, vel omnino non gesserit, primus conuenitur in solidum detracto beneficio, diuisionis scil. si debuerit contutorem suspectum facere, & remouere,

B nec fecerit, vel si à contutore satis non exegerit, cum sciret satis non exegisse magistratum municipalem, qui eum dedit, vel si contutorem tarde suspectum fecerit, ac propterea si lusorie eum suspectum fecerit, id est, ita vt pateretur se vinci, si defunctorie suspecti eum accusauerit, non strenue, non sedulo. Et huc pertinet *d. l. 2. C. de diuid. tut. l. 2. & 5. de magistr. conuen.* His casibus tutor, qui hæc commisit, aut non peregit sedulo, pro contutore tenetur in solidum: ac præterea his casibus contutor prius conuenitur pro contutore suo quam magistratus municipalis, *l. 1. §. vsque adeo, de tut. & rat. dist.* si modo in eo §. ita legatur, vt ostendimus lib. 2. quæst. *l. 2. de quib. reb. ad eund. iud.* hoc modo, *si tutores soluendo non sint,* & alio loco, *si tutor ob hoc conueniatur, quod suspectum facere vel satis exigere supersederit:* quod Hu-

C golinus animaduertit: ac præterea his casibus tutor, qui in solidum conuenitur, condemnatur, non in sortem tantum, sed etiam in vsuras, vt ex eodem lib. 12. quæst. Vlpian. refert in *l. tutor qui repertorium 7. §. pen. hoc tit. & §. si post depos. & seqq.* Alias, antequam ad contutorem veniatur, excutitur tutor vel heres eius, & fideiussor eius, & magistratus municipalis qui eum dedit, & extremo loco peruenietur ad contutorem, *l. Lucius 48. §. pen. hoc tit.* Alias quoque contutor, qui pro tutore conuenitur, non conuenitur in vsuras, nisi his casibus *l. 2. C. de vsur.* suæ administrationis nomine condemnatur in vsuras, non nomine contutoris. Et generaliter iis, quos dixi esse excutiendos, excussis, sortis nomine tutor qui soluendo est conuenitur pro contutore, qui soluendo non est. Ino-

D pia vnius onerat copiam alterius, *l. 2. de quibus rebus ad eund. iud.* Inde quæritur, *si quis soluerit pro contutore suo, an pupillus ei debeat cedere actionem suam aduersus contutorem?* Et distinguitur subtiliter hoc modo: si pro contutore soluerit ex proprio dolo vel culpa contutoris, non communi, vel si soluerit solidum ex communi culpa, & desidia, ex communi gestu, pupillus ei cedere debet actionem suam, eumque facere procuratorem in rem suam, & si forte non cedat ei, is nulla captione afficietur: nam ex constitutionibus tutori, qui ex his causis pro contutore soluit, datur actio vtilis aduersus contutorē, adeo vt non admodum desiderare debeat, sibi actionem directam cedi à pupillo: nam vtilis idem est effectus, qui directæ. Et hoc ostenditur in *l. 1. §. nunc tractemus, de tut &*

E *rat. dist. l. ex pluribus, hoc tit. l. 2. C. de cont. iud. l. 2. C. de diuid. tut.* Sed si tutor conueniatur in solidum ex dolo cōmuni, neque cedet ei pupillus actionem suam aduersus contutorem, neque vtilis dabitur, *l. 1. §. plane, de tut. & rat. dist* vt in specie *h. l. 38.* si omnes tutores cessauerint. Cessatio est dolus, sane est contumacia. & omnis contumacia fraus est, & dolus, nec nisi per abusionem dicitur fraus & dolus communis, neque enim delicti est societas siue communio. Est igitur vniuscuiusque tutoris, qui cessauit propria contumacia, proprius dolus in solidum, id est, qui pupillum damno affecit in solidum, quare indignus quoque est quicquam consequi à doli participe cōtutore, quando vnusquisque suffert pœnam proprij doli, vt nō sit æquum ei cedi actionem aduersus alterum, cum

non pro altero condemnatus sit, sed pro seipso ex dolo proprio. Et hoc est, quod dicitur, culpæ quidem societatem esse: doli, & generaliter, maleficij non esse: & rursus doli, & periculi ex dolo cõmuni societatem quidem esse, quod attinet ad beneficium diuisionis, sed non quod attinet ad beneficium cessionis, siue vtilis actionis in contutorem. Deinde, vt rectissime Bartol. inter plures contutores per contumaciam non gerentes tutelam, locum habere beneficium diuisionis, non cessionis, quæ est verissima definitio legis, quam Azo conatus est peruertere. & est summa ratio differentiæ inter beneficium cessionis & diuisionis: nam beneficio diuisionis nihil consequor à contutore, sed me defendo, ne damner in solidum vltra virilem portionem. Beneficium diuisionis est mera defensio, vt inquit idem Bartolus, & facile concedimus copiam defendendi se cuilibet. Beneficio autem cessionis consequerer à contutore meo partem eius, quod ex meo proprio dolo persolui: quod est iniquum, vt scil. damnum mihi præstet alter, quod sustinui ex meo proprio dolo: neq; enim doli societas est. Et ita eleganter Papin. constituit differentiam inter dolum & culpam: nempe hanc: eum qui soluit solidum ex dolo communi non posse desiderare, vt pupillus cedat sibi actionem suam aduersus contutorem suum, non posse etiam desiderare actionem vtilem. At eum qui soluit solidũ ex proprio dolo vel culpa contutoris, iuste desiderare, vt sibi cedatur actio in solidum aduersus contutorem, vel si soluerit ex communi culpa, vt sibi cedatur pro parte tantum, & sine cessione habebit vtilem. Ego existimo Papin. hæc coniunxisse eis, quæ scripsi in *l. si culpa de rei vind.* quæ fuit 1. h. libr. & in qua ponitur similis differentia inter dolum & culpam. Ita est copulanda hæc lex cum *d. l. si culpa.*

Ad l. vlt. rem pup. saluam fore.

Si plures fideiussores à tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in vnum dandam actionem: ita, vt ei qui conueniretur actiones præstarentur. nec quisquam putauerit ab iure discessum, postquam pro ea parte placuit tutores condemnari quam administrauerunt. Et ita demum in solidum, si res à cæteris non seruetur, & idonea culpa detegatur, quod suspectum facere supersederit: nam æquitas arbitri, atque officium viri boni videtur eam formam iuris desiderasse. Cæterum fideiussores ciuiliter in solidum obligati, cæteris quidem agentibus vt diuidatur actio, impetrare possunt: pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit, & ignorat omnia, beneficium diuidendæ actionis iniuriam habere visum est: ne ex vna tutelæ causa plures, ac variæ quæstiones apud diuersos iudices constituerentur.

EXplicaturus sum l. elegantissimam, *l. vlt. rem pup. salu. for.* Quod supra didicimus ex *l. si plures, de adm. tut.* idem aliqua ex parte repetitur in hac l. Si plures tutores sint, habere eos beneficium diuidendæ actionis, id est, pupillum à singulis, qui modo soluendo sint litis contestatæ tempore, compelli partes pro virili, vel pro rata administrationis petere: nonnumquam tamen tutorem idoneum in solidum teneri pro collega, qui non est idoneus: vt puta si suspectum eum facere potuerit, & debuerit nec fecerit, vel si tarde vel lusorie fecerit, vel si debuerit ab eo satis petere nec petierit, cum sciret magistratum ab eo satis non exegisse, & ita exprimitur partim in hoc loco, partim in aliis similibus, *l. etiam, de adm. tut. l. 2. l. 5. de magistr. conuen. l. 1. §. vsq; adeo, de tut. & rat. dist. l. tutor qui repertorium §. pen. de admin. tut. l. 2. C. de diuid. tut.* Ex quibus locis explicandum est, quod ait *l. Diui, de adm. tut.* nonnumquam tutores in solidum condemnari, nec scindere actionem. Regulariter scindunt actionem, id est, pro parte tantum conueniuntur & condemnantur: nonnunquam etiam in solidum, quod idem proponitur in *h. l. vlt.* Sed mendum est in verbis quibus in hoc loco proponitur. Mẽdum vnum est in verbo (*idonea*)

A Ait enim, *pro ea parte placuit tutores condemnari, quam administrarunt,* id est, tutores, qui habent beneficium diuisionis. Sequitur exceptio, *si cæteri, &c.* vulgo legitur, *& ideo in eo culpa detegitur.* Recte legitur Florent. *& idonea culpa detegatur.* Floren. scriptura magis accedit ad veritatem, *& idonea culpa detegatur*, mutanda est vna tantum litera, & leg. *idonei culpa detegatur.* Idoneum vocat tutorem, qui soluendo est, qui oneratur propter inopiam contutoris, quem suspectum facere supersedit. Auctores Basil. ita legisse apparet, si horum tutorum scil. quidam inueniantur non idonei, & idonei supersederint eos veluti suspectos remouere. Legendum est igitur, *& idonei culpa detegatur*, id est, negligentia idonei tutoris detegatur in non remouendo non idoneo tutore, hoc scil. casu idoneus condemnatur in solidum, nec vtetur beneficio diuisionis. Et hæc de pluribus tutoribus. Nunc quæritur de pluribus fideiussoribus vnius tutoris, qui pupillo cauerint rem saluam fore, an hi etiam habeant beneficium diuisionis. Proposuimus plures tutores habere beneficium diuisionis exceptis certis casibus, sed quid de fideiussoribus tutoris vnius? Et recte hoc quærimus, vt proponitur in hoc tit. Nam si plures sint tutores, & singulorum plures fideiussores, & singulorum singuli fideiussores, non est dubium, vt inter tutores, ita etiam inter fideiussores exemplo tutorum diuidi actionem, *l. pupillus, de fideiuss. tut.* At plures fideiussores vnius tutoris non possunt diuidere actionem. Et hoc est, quod ait Papin. hoc loco, pupillum non esse distringendum in plures aduersarios. distringitur, qui cogitur diuidere actionem, qui cogitur partes petere à singulis, nec potest eligere vnum, cũ quo agat in solidum: qui, vt est in fine huius legis, ex vna causa, ex vno negotio plures lites apud diuersos iudices instituere compellatur. Hoc plane est distringi, adire diuersos iudices ex vna causa, pupillus non est distringendus. Ergo pupillo permittitur, cum quo velit ex fideiussoribus à tutore datis in solidum experiri: Sed cogitur etiam vicissim, si hoc desideret is, cum quo agit pupillus, ei cedere actionem suã, quod etiam hoc loco proponitur. Et ita cessio actionis necessaria in hac specie, quia confideiussori, qui soluit solidum, non datur vtilis actio, nisi cessa sit, *l. vt fideiussor, de fideiuss.* Ex hoc loco intelligitur, quam aperte coniungantur hæ tres leges, *l. 38. de adm. tut. l. si culpa, de rei vind. & l.* nostra. quæ omnes tractant de cedenda actione à victore victo. Denique plures fideiussores vnius tutoris non habent beneficium diuisionis: & ideo potest pupillus agere in solidum, cum quo velit cõgredi in solidum, si modo ei cedat actionem suam aduersus alios confideiussores. Vnus tantũ est casus in *l. pen. D. de fideiuss. tut.* summe notandus, quo fideiussores tutoris beneficiũ diuisionis habent. Sciendum est autẽ ante Nouell. Iustin. in actoris arbitrio fuisse, aut agere cum fideiussoribus statim, vel cum principali reo. Hodie creditor non habet electionem, sed excutere prius debet principalem: licebat olim actori, ergo pupillo cum quo vellet experiri. Finge, egit cum fideiussoribus, & eorũ rogatu cum egisset, vel agere voluisset aduersus eos, conuenit tutorem, expertus est cum tutore, & cum stipulatus esset, rem pupillarem saluam fore, initio tutelæ susceptæ, nunc adolescens post finitam tutelam denuo stipulatus est ab eis de reddendo eo, quod non posset seruare à tutore, cum quo prius agebat fideiussorum rogatu. Exegit à tutore quædam, sed non omnia: est residuum aliquid, & huius residui petitio aduersus fideiussores ex posteriori stipulatione. an diuident actionẽ residui inter se? sic videtur, quia adolescẽs videtur onus fideiussorum suscepisse, qui post pubertatẽ denuo ab eis stipulatus est, quasi omissa stipulatione priore rem pupilli saluam fore, vt iam nõ possit cum quo velit experiri in solidum; sed habebũt beneficium diuisionis: & hic est casus elegantissimus *l. pen. D. de fideiuss. tut.* Ad hæc quæritur. Cur plures tutores habeant beneficiũ diuisionis, non etiam plures fideiussores tutoris? Proponitur differentia in hac l. & subiicitur

elegantissima ratio, quia actio tutelæ, qua tenentur plures tutores, est bonæ fidei, & æquitas arbitri, atque officium boni viri, seu bona fides desiderat huiusmodi diuisionem admitti, siue concedi pluribus tutoribus, maxime cum non propterea pupillus distringatur pluribus iudiciis, quandoquidem plures tutores mittuntur ad vnum eundemque iudicem, *l. 1. de quibus rebus ad eund. iud. l. 5. C. arb. tut.* Quid igitur est bona fides? hoc loco est æquitas arbitri atque officium boni viri; hoc est bona fides quam bonus vir existimaturus est. Arbiter & bonus vir idem est. Arbitrum & bonum virum vocat hoc loco iudicem addictum iudicio tutelæ, actioni tutelæ; & dicitur proprie arbiter in iure iudex, quoties actio est de rationibus reddendis, & ea actio arbitrium dicitur, vt in *l. vlt. C. arb. tut.* Ergo bona fides & æquitas exigit, vt in actione tutelæ toleretur diuisio actionis inter tutores, vt conueniatur quisque pro parte tantum, vt dixi cum non distringatur pupillus, quandoquidem omnes tutores mittuntur ad eundem iudicem ex constitutionibus: plures fideiussores non mitterentur ad eundem iudicem, si inter eos diuideretur actio, vt indicat hæc lex in fine. Idem non est constitutum in pluribus fideiussoribus, vt mittantur ad eundem iudicem, quod in pluribus tutoribus. Et præterea actio ex stipulatu, qua fideiussores tenentur singuli in solidum, ipso iure stricta est actio, nec facile admittit æquitatem diuisionis, præsertim agente pupillo, quem distringi iniuriosum est. fateor, alio agente quam pupillo fideiussores habere beneficium diuisionis ex epist. Diui Adriani, si omnes sint soluendo litis contestatæ tempore: sed ab epistola excipiuntur fideiussores, qui cauerunt rem pupilli saluam fore: nam pupillo agēte non habent beneficium diuisionis. *pupillo*, inquam, *agente beneficium diuidendæ actionis iniuriam habere visum est.* Cur ita? quia æquum non est distringi pupillū, qui non contraxit cum tutore, qui eos fideiussores dedit, sed in eum incidit. Et hoc est quod dicitur, actionem tutelæ non esse ex contractu, sed quasi ex contractu: pupillus enim non contrahit, & tutor datur etiam pupillo inuito & ignoranti, & propterea æquum non est distringi pupillum, qui ignorat quod agit. Et hoc est, quod dicitur pupillum non intelligere quid agat, pupillum ignorare quod videt. Seneca in epist. *pupillum nondum rationalem esse.* Et ita multa habemus singularia ex duabus posterioribus legibus: fideiussores etiamsi soluendo sint, non habere beneficium diuisionis agente pupillo, tutores vero habere beneficium diuisionis, etiamsi alij duo rei principales ante Nouell. non habebant illud beneficium diuisionis. Hoc etiam singulare est, differentiam esse constituendam inter actionem bonæ fidei & strictam. In bonæ fidei actione diuisionem facilius admitti, in stricta difficilius. Verba Papiniani Accursius non intellexit (*nam æquitas*) Responsio est ad obiectionem quæ præcedit.

Ad l. 10. de suspect. tut.

Decreto prætoris vt suspectus remotus, periculum futuri temporis non timet: iniquum enim videtur amoueri quidem à tutela, vel cura, in futurum autem non esse securum.

SEntentia l. 10. hæc est. Ad eum tutorem, qui vt suspectus remotus est decreto prætoris periculum futuri temporis non pertinere: nam iniquum est, inquit, remoueri quem à tutela, & in futurum, post remotionem, non esse securum: alioqui si administrationis periculo etiam post remotionē obstringeretur, hoc esset remouere nomine, non re, qui remouetur tutor esse desinit, *l. 4. § pen. hoc tit. l. quod si forte §. quod si remoto, de solut.* Et ita si quis pupillo facto pubere, facto suæ ætatis, tutor esse desinat, periculum futuri temporis ad eum non pertinet, nisi perseueret administrare, aut quid supersit, quod sit nexum cum superiori tutelæ administratione, *l. vlt. C. de peric.* A *tut. l. tutor, arbitr. tutel.* Pubertate desinit quis esse tutor. Remotione desinit esse tutor. ergo vtroque genere periculum administrationis desinit pertinere ad eum: nam administratio transfertur in alium, isque in quem administratio transfertur, periculi successor esse incipit. nihil autem refert, quibus verbis quis remoueatur: nam si prohibitus sit tutela abire, siue prohibitus sit tutelam gerere, vtroque modo desinit esse tutor, *d. l. 4. §. pen.* nec vnquam iure ciuili sententiarum seu decretorum fuit vna certa & perpetua formula: nam qualiacunque verba sufficiunt: plerunque tamen ita solet decernere prætor, dum reiicit suspectum: *quando Lucius Titius tutelam C. Seij ob inertiam gerere non potest, eum ob hanc causam tutela abire iubeo.* Exprimitur causa in sententia, vel ob rusticitatem, simplicitatem, dolum, fraudem, latam culpam, B negligentiam: & exprimitur plerumque causa, vt appareat de fama & de existimatione: nam qui remouetur ob inertiam vel simplicitatem, non est infamis, qui ob dolum, est infamis. sed potest etiam prætor supprimere causam, & ita pronunciare: *quoniam Lucius Titius Caij Seij tutelam gerere non potest.* Et quoties non est expressa causa, etiamsi, quæ causa mouit prætorem, sit turpis, veluti doli mali, qui remouetur non fit infamis, quod ex Papiniano traditur, *in l. 4. §. 2. hoc tit.* nam actio proprie non infamat, sed verba sententiæ, quo iure vtimur. Actio iniuriarum est famosa, sed si verba sententiæ sint ita composita, vt rem obumbrent, vt mentionem non habeant iniuriæ, conseruabitur condemnati existimatio, nec fit infamis, quia causa condemnationis supprimitur data opera, ne fiat infamis: sententia est, quæ in- C famat, non lis. Tantum autem abest, vt ad eum, qui remotus est, pertineat periculum futuri temporis, vt nec eius temporis periculum sustineat, quo pependit cognitio suspecti, siue accusatio suspecti: nam interim statim atque postulatus est suspectus, interdicitur ei administratio, & curator datur interim in locum eius, quod ex eodem Papiniano est propositum in §. *si quis autem, Instit. de suspect. tutor.* & confirmatur *l. eum quem, C. eod. l. quod si forte §. 1. de solut.* At periculum præteriti temporis, quod fuit ante susceptam cognitionem suspecti, proculdubio præstat, quod quidem incipit statim atque reiectus est, non antequam reiectus sit. tutor manet tutor, etiamsi postulatus sit suspectus, antequam reiectus sit. ergo cum eo agi non potest actione tutelæ, quia tute- D læ agi non potest, nisi cum eo, qui tutor esse desiit. Ergo prius est remouendus, quam agatur tutelæ iudicio, vel negotiorum gestorum cum curatore, *l. actus, de administrat. tut. l. pen. C. de suspect. tut.* Et nihil est præterea, quod pertineat ad hanc legem.

Ad l. 23. de liberis & postumis.

Filio, quem pater post emancipationem à se factam iterum adrogauit, exheredationem antea scriptam nocere dixi: nam in omni fere iure sic obseruari conuenit, vt veri patris adoptiuus filius nunquam intelligatur, ne imagine naturæ veritas adumbretur, videlicet quod non translatus, sed redditus videretur. nec multum puto referre. quod ad propositum atti- E *net, quod loco nepotis filium exheredatum pater adrogauit.*

§. 1. Si Titius heres institutus, loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio, qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo, qui heres inuenitur.

CErtum est, testamentum rumpi agnatione (*naissance*) sui heredis, veluti postumi, id est, si nascatur filius ex iusta vxore post testamentum, qui quidem sit in eo testamento præteritus siue omissus, id est, neque institutus, neque exheredatus: & præterea non tantum rumpitur agnatione, sed etiam quasi agnatione, veluti adoptione vel arrogatione: ego acquiro mihi, siue adscisco mihi filium: atque ita quodammodo mihi videtur nasci siue adnasci filius. Ergo hic etiam, quia adoptatur, rumpet

testamentum, si in eo sit præteritus, *l.8.in pr. t.seq.* Verum quæro, quid sit dicendum, si is qui adoptatur post testamentum, in eo sit exheredatus. Rursus quæro, quid si inueniatur institutus? aut extraneus in testamento exheredatus est, & postea adoptatus est, aut filius emancipatus: nam est differentia constituta inter hunc & illũ. Extraneus transfertur in potestatem adoptione: filius autem emancipatus reuertitur, redit in potestatem: *(adoptione, sc.) il r'entre:* extraneus redigitur, *il entre* in potestatem, *l. qui liberatus, de adopt.* Et vt hic ait filius emancipatus redditur familiæ, non transfertur. Si extraneus sit exheredatus in testamento, & postea adoptatus, illius adoptio rumpit testamentum, quia pro prↄterito habetur: nulla est enim exheredatio extranei. Exheredare enim est adimere hereditatem ei, qui eam sperat ex lege, vel edicto prↄtoris. Extraneus eam non sperat, ergo in eo nulla est exheredatio, *l. quidam, de verb. oblig.* Quod si filius emancipatus exheredatus sit, in eo testamento exheredatio valet iure prætorio: nam prætori filius emancipatus non est extraneus patri: iure prætorio non habetur pro extraneo, iure ciuili est pro extraneo. Denique exheredatio emancipati valet iure prætorio, quia eo iure vocatur ad hereditatem, perinde ac suus: prætor in danda hereditate vel bonorum possessione non separat suum ab emancipato: Et ideo si post emancipationem filius exheredatus adoptetur, non rumpet testamentum, nec quasi præteritus petet bonorum possessionem contra tabul. quia inuenitur iure exheredatus. nec quidquam refert, hic filius adoptetur in locum filij, an in locum nepotis: nam, quod est subtilissimum, commentum adoptionis siue fictio, non potest efficere, vt qui natura est filius, minus videatur esse filius. adoptio filij emancipati non potest efficere, vt is magis videatur esse filius lege quam natura: potius, non commentitius est filius, sed naturalis, & filius verus, etsi adoptetur in locum nepotis; filius est naturalis & verus potius, quam nepos adoptiuus. Præualent enim iura sanguinis, naturalia iura, & eleganter Papin. ait; *In omni fere iure sic obseruari, vt veri patris filius adoptiuus nunquam intelligatur.* sic loqui solet Pap. vt in *l. 24. de excus. tut. & in l. in omni, de adopt. in omni fere iure.* Et ait, fere, quoniam in potestatem redigitur, vocabulo adoptionis, vi adoptionis. Et subiicit recte, *veri patris filium, verũ filium adoptiuum non intelligi,* quod veritas sit fictione potior, *ne,* inquit, *veritas adũbretur imagine naturæ. veritas.* id est, ius naturæ: veritas suscipiendorum liberorum, vt Cic. loquitur *pro domo*, opponens eam adoptioni. Adoptio est ius ciuile: veritas est ius naturæ. Adoptio est imago naturæ, & imitatio. Imago autem non debet aut potest naturæ, hoc est, veritati, offundere caliginem. Quamobrem præualet natura; & hic semper dicitur pro vero filio magis, quam adoptiuo: atque ita pro exheredato habetur, nec rumpit testamentum: nam inuenitur iure exheredatus. Et hoc est, quod ait in prima parte huius l. Et notandum, citari hunc locum ab Vlpiano in eandem rem, in *l. non putauit § . si quis emancipatus, de bon. poss. cont tabul.* Verum, quid si quis institutus sit, & postea adoptatus? an adoptione rumpitur testamentum, quasi agnatione sui heredis? Et dicemus multo minus rumpi: imo hoc casu non constituemus differentiam inter extraneum & filium emancipatum: valet enim institutio in vtriusque persona: nam in vtroque adoptio non infirmat testamentum, in quo adoptatus inuenitur institutus; valet enim institutio vtriusque personæ, non exheredatio. Et ita proponitur in *l. 8. h.t.* ita proponitur etiam *§. vlt. hac l.* Species hæc est. Extraneum in testamento heredem scripsi. deinde eum adoptaui in locum nepotis, quasi natum ex meo filio. nondum est mihi suus. quia eum præcedit filius, sed si præmoriatur filius, mihi fiet suus, qui adoptatus est loco nepotis: mihi, inquam, fiet suus successione in locum filij ex l. Velleia. an successione rumpet testamentum? minime. non quæro, an adoptione, quia nõ hæc per se ei suitatem tri-

A buit, sed successio facit suum: sed an rumpet testamentum? minime, quia inuenitur institutus, ergo non est præteritus. Et hoc est, quod ait in §. *vlt. hac l.*

Ad l. 75. de hered. instit.

Si filius substituatur ei à quo præteritus est: non vt intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem: quoniam & quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exheredatus, inde testamentum inciperet, vbi filius esset exheredatus.

IN hac l. vulgo dicitur ab interpretibus, (qui non loquuntur accurate) non à iuris auctoribus, non valere testamentum, id est, ipso iure nullum esse, in quo filius suus est præteritus. Ego nollem, vt quis vteretur hac sententia his verbis, nam est plerumque falsa: fallit plerumque: vera enim est vno tantum casu, si filius sit præteritus ab omnibus gradibus heredum, ab omni parte testamenti. Intestatus est is, qui filium suum præteriit, ab omni parte testamenti scilicet. aliter ita concipienda est illa sententia. non valet is gradus, caue dicas pars testamenti, in qua filius suus est præteritus, vt in *l. 14. §. quod vulgo, de lib. & post.* nam si exempli gratia, filius sit prↄteritus à primo gradu alio herede instituto ex asse, & secundo gradu sit substitutus instituto, vel in secundo gradu alio substituto sit exheredatus, vitiatur in primo gradu. Si primo gradu herede instituto ex asse, & filio, nec instituto, nec exheredato, & secundo gradu filius sit substitutus, vel si alio substituto sit exheredatus, rumpitur tantum primus gradus præteritionis, & tantum incipit testamentum à secundo gradu, *l. 3. §. vlt. de lib. & post.* Et ita Papin. ait in hac l. si filius sit præteritus primo gradu, & substitutus secundo, quia testamentum valet, quod intelligatur incipere à secũdo gradu. Ait igitur, eum succedere ex testamento. Vitiatur enim tantum primus gradus. Idem erit, si à secundo gradu sit exheredatus: nam testamentum incipit à secundo gradu, nec succedet filius vllo iure, nisi instituta querela inofficiosi probauerit, se iniuste & immerito exheredatum.

B

C

Ad l. 41. de bon. libert.

D *Si libertus patrono, quod ad debitam portionem attinet, satisfaciat, inuito tamen aliquid extorquere conetur, quid statuendum est, quæritur? Quid enim, si ex parte debita instituto, decem præterea legentur, & rogetur seruum proprium, qui sit decem vel minoris pretij, manumittere? iniquum est & legatum velle percipere, & libertatem seruo non dare: sed parte debita accepta, & legato temperare, & libertatem imponere non cogi, ne seruum forte de se male meritum cogatur manumittere. Quid ergo si solo eodem herede instituto idem libertus perierit? si substitutum habebit, æque decreti remedium poterit procedere, vt accepta debita portione, cætera pars ad substitutum perueniat, ita vt si forte seruus redimi potuisset, præstaretur libertas, cessante vero substitutione patronum hereditatem liberti amplectentem Prætor, qui de fideicommisso cognoscit, libertatem seruo eum imponere cogat.*

E HÆc lex est facie aperta, sed sensibus abstrusis, ideo omnino eget interpretatione. Sciendum est patrono præterito in testamento à liberto, vel instituto ex minori parte, quam dimidia vel tertia bonorum, quæ mortis tempore fuerunt, dari bonorum possessionem contra tabulas. Dimidiæ partis iure antiquo, tertię partis iure nouo: nam portio legitima debita reuerentiæ patroni, fuit olim semis omnium bonorum, hodie est triens, siue sit vnus patronus; siue plures. Plures illi non sunt habituri amplius quam trientem, legitima est ea portio: sicut filij & liberi hodie siue sint plures, siue vnus, habent trientem eius, quod habituri erant ab intestato, trientem legitimæ portionis. nam legitima filij non proprie est legitima, sed triens legitimæ. Legitima est,

est, quæ obuenit ab intestato vnicuique ex liberis. Verum adiiciendum, patrono dari bonorum possessionem contra tabulas, quia nō infirmantur omnino tabulæ, sicut infirmantur prorsus per bonorum possessionem contra tabulas, quæ competit liberis præteritis, quæ differentia notanda est. possessio bonorum, quæ competit patrono, rescindit testamentum pro parte dimidia, vel hodie pro parte tertia, quod omne locum habet, si libertus facto testamento sine liberis decesserit. Et notanda est alia differentia inter filium præteritum & patronum: nam patrono præterito datur bonorum possessio contra tabulas, vel contra heredem scriptum potius, qui adiit ex testamento, quam contra tabulas: neque enim datur ante aditam hereditatem: filio autem præterito datur bonorum possessio vere contra tabulas, contra lignum, vt ait *l. vulgo, de bon. possess. cont. tab.* etsi heres nondum adiisset hereditatem, etsi nemo ex eo testamento heres extitisset. quæ differentia ostenditur in *l. illud, de bon. poss. cont. tab. l. 3. §. vt patronus, & §. si patrono, hoc tit.* Secundum hæc, vt patrono satisfiat, testamento liberti est relinquenda tertia pars, & quidem sine onere vllo, idque secundum ius nouum, sicut cōstat liberis esse relinquendam portionem legitimam sine onere vllo, ne testamentum rescindant vt inofficiosum, & patrem vel auum intestatum faciant. Quæ verba, *sine onere vllo*, latissimè patent, id est, sine die, sine conditione, sine onere legati, fideicommissi, satisdationis, denique sine onere vllo, quia portionem legitimam, puram, & immunem esse oportet: & si ita satisfactum sit patrono testamento liberti, ei non datur bonorum possessio contra tabulas. Nihil vero refert, quo titulo detur patrono portio legitima quæ ei debetur iure patronatus: nihil refert, relinquam titulo institutionis vel legati, *l. 44. §. vlt. hoc t.* sicut ante Nouellam Iustin. nihil referebat, portio legitima relinqueretur liberis, illo aut h. tit. ad excludendam querelam *§. vlt. Instit. de inoffic. test.* Hodie relinquenda est titulo institutionis. Cur? nam si non instituatur, exheredatur: alioquin ipso iure nullum est testamentum. Exheredatio autem nota quædam est, infamia & macula: non est filius temere notandus. ergo non tam affectatur titulus institutionis in Nouella Iustiniani, quam ratio quæritur non inurendę infamiæ filio, quæ liberet ab infamia filiū. Titulus institutionis est necessarius, vt liberetur ab infamia filius. Portionem debitam patrono fuisse olim semissem scriptum est in *Instit. de success. lib.* sed sunt huius iuris antiqui etiam pleraq; vestigia in Digestis, quamquam conatus sit Tribonianus ea omnia abolere, qui pro dimidiæ partis, reposuit, partis in *l. 1. §. pen. si cui plusquam per leg. Falcid. & l. debitor §. 1. de pign. act. l. 1. & 43. hoc tit.* Idem etiam indicat Sueton. in Nerone, dum ait, *Neronem constituisse, vt de bonis libertorum pro semisse dodrans præstaretur*, id est, *solueretur patrono.* Nunc finge: patrono relicta est debita portio, & præterea sunt legata decem adiecto onere fideicommissi, vt scilicet seruum proprium manumitteret, qui erat decem vel minoris pretij. Debita portio non potest onerari fideicommisso, *l. 45. hoc tit. & l. 28. de leg. 2.* Legatum quod patrono relictum est, potest onerari fideicommisso, id est, legatum quod relictum est præter debitam portionem. Quod mihi debes, non potes onerare: quod mihi benigne concedis, potes onerare. legatum igitur potest onerari fideicommisso. Verum distinguendum est: aut patronus agnouit legatum, aut repudiauit. si agnouit legatum, eo casu cogitur onus, quod ei impositum est, adimplere, hoc est, seruum manumittere, maxime cum plus non sit in pretio serui, quam in quantitate legati, vt ponit Papinianus hoc loco. Hoc igitur legato percepto, per prætorem fideicommissarium, qui cognoscit de omnibus fideicommissis, omnino cogetur eum seruum manumittere. Quod si plus sit in pretio serui quam in summa legati, & legatum perceperit, cogeturne seruum manumittere,

A qui longe pluris est? Et videtur cogi posse, vt seruum manumittat, quia percipiendo legatum, quod quasi pro pretio serui ei relictum est vt eum manumittat, non pluris videtur æstimasse seruum, licet sit pluris. Et hoc ita procedit, etiamsi legatum sit diminutum per legem Falcidiam, si sit diuisum, vt ait lex *si debitor 45. §. in fideicommissaria, de fideic. libert.* id est, si diuisum sit inter heredem & legatarium pro dodrante & quadrante, & legatarius dodrantem acceperit, non solidum legatum: nam etiam hoc casu, quia contentus fuit dodrante, cumque percepit, cogetur seruum manumittere, quia non pluris eum fecisse videtur, quam sit in summa, quam sit summa dodrantis, *l. sed si non seruus, ad leg. Falc.* quod tamen non fuit sine controuersia, non obtinuit nisi post multas controuersias: nam vt indicat lex *6. de fideic. libert.* quidam existimabant, eum qui rogatus erat seruum proprium manumittere, si ex legato dodrantem duntaxat percepisset propter legem Falcidiam, non compelli manumittere, si pluris sit seruus, quam dodrans. Et profecto huius sententiæ videtur fuisse Papinianus, dum posuit non minus esse in legato, quam in pretio serui: legata fuisse 10. & seruum fuisse dignum 10 vel minoris: non ponit seruum fuisse pluris. Ideo si sit pluris, subindicat legatarium non compelli eum manumittere, maxime si passus sit Falcidiam. Et fortasse in patrono hanc sententiam sequendam esse, non aliis, aut quod malo, etiam in patrona: nam vehementer placet sententia legis *si debitor 45. §. in fideicommissaria, de fideicomm. libert.* qui §. est elegantissimus, & eum exponamus.

B

Initio proponit, si relicta sit fideicommissaria libertas à legatario seruo legatarij, necesse esse, vt legatarius suū seruum proprium manumittat, quamuis modicum ex legato consecutus fuerit, id est, quamuis lex Falcidia diminuerit legatum: & subiicit rationem: *pecuniarium enim fideicommissum si diuisum fuerit, satis iniuriā facit libertati, quam fideicommissario.* Legatarium in eo §. oportet accipere pro fideicommissario, vt sæpissime in iure legatum comprehendit fideicommissum, atque etiam tutoris dationem, & libertatis dationem comprehendit. In eo §. igitur legatum, id est, fideicommissum erat pecuniarium, id est, legauerat 10. ita vt legatarius seruum proprium manumitteret. Finge: legatum diuisum est per l. Falc. in dodrantem & quadrantem: atque ita legatarius tantum accepit dodrantem. Hæc diuisio iniuriam facit legatario, quia minuit & abscindit legatum, quod ei quasi pro pretio serui relictum est, & quia minuit pretium serui. Rursus hæc diuisio legis Falcid. iniuriam facit libertati, hæc abscisio legati iniuriam facit libertati, si legatarius non cogatur seruum manumittere, qui pluris est, scil. quam quod legatarius ex legato percepit. quæ maior est iniuria? quæ minor? nam duabus iniuriis propositis minor optanda est: sane maior est iniuria, quæ fit libertati, vnde concludit rectissime, *satius esse eum, qui agnouit legatum, onerari*, id est, præstare libertatem fideicommissariam, quam libertatem intercidere, vt scilicet minor iniuria eligatur: neque enim potes vnam iniuriam euitare, quin incidas in alteram. melius est igitur, vt fiat iniuria fideicommissario, melius est offici legatario, quam libertati Ratio h. l. etiam aptari potest ad alios multos casus, vt scilicet minor iniuria eligatur. Nunc videamus, quid sit dicendum de altera parte distinctionis, si patronus legatum illud repudiauerit, si legato non ob temperauerit, an cogetur manumittere, qui spernit legatum? Et ait Papin. æquitatē postulare, vt non cogatur manumittere, licet legatum adæquet aut superet pretium serui. Igitur non imputabitur ei, quod legatum spreuerit, vt hoc ei imputato cogatur seruum manumittere, *ne*, inquit, *seruum de se male meritum cogatur manumittere.* Qui igitur contempsit legatum, exoneratur fideicommissaria libertate, & nihilominus retinebit portionem legitimam, quæ ei relicta est. Res ita se habet, sed est contra ius. Verum, ne forte

C

D

E

seruum, vt ait, de se male meritum inuitus manumittat, A prætor fideicommissarius ita decernet, vt non manumittat, si legatum repudiauerit. Hoc igitur fiet non iure, sed extra ordinem decreto prætoris. Nam regulariter, qui hereditatem vel legatum accipit sine onere, & aliud legatum cum onere, agnita hereditate vel legato, quod est immune, & repudiato altero legato vel hereditate, nihilominus cogitur subire alterius legati onus, & debet aut omne commodum testamenti spernere, aut subire onus fideicommissi, quod ostenditur in *l.5. de leg. 2. & l. si legatario 22. de fideic. libert.* Sed in hac specie aliter statuitur decreto prætoris fideicommissarij fauore patronatus. Verum ad hæc quærit Papin. omissa superiori specie quid sit dicendum, si patronus sit institutus solus ex asse, & rogatus præstare libertatem proprio seruo? Et constat quod si patronus eam adierit hereditatem, si to- B tam amplexus sit per prætorem fideicommissarium, cogetur seruum proprium manumittere, quia non est oneratus fideicommisso libertatis semis debitus verecundiæ patronali, vt loquitur lex *si patronus 21. C. de donat.* sed alter semis, qui potuit onerari. Compellitur autem patronus hereditatem totã adire: nemo enim potest partem hereditatis adire, partem omittere, heredis institutio est honor, *l. vnica §. in his itaque, C. de cad.* Quod exemplum peruenit etiam ab hereditate ad legatum: nam non licet etiam scindere legatum, & partem amplecti, partem repudiare, respuere, sed totum amplecti oportet, aut toto abstinere, totum respuere, *l. 4. de leg. 2.* Cogitur ergo patronus ex asse institutus, assem amplecti totum. Sed addendum: maxime, si substitutum non habeat vulgarem, à quo possit sustineri testamentum patrono illud destituente, respuente testamentum in totum, vel pro parte: nam si libertus ita scripserit: *patronus heres esto, & si heres non erit, heres ille esto.* & patronus velit tantum partem debitam ex bonis retinere, alteram partem repudiare: hoc non potest iure, sed decreto prætoris hoc ei concedetur. Igitur altera pars pertinebit ad substitutum cum onere serui manumittendi, qui est in dominio patroni, si eum possit redimere à patrono. Cum onere igitur redimendi serui & manumittendi: nam constitutione Seueri legata relicta ab intestato debentur à substituto, nisi fuerit euidens diuersa voluntas, & ex multis colligitur, an quis ab herede legatum vel fideicommissum voluerit à substituto deberi, *l. licet, de legat. 1. l. si Titius 61. §. vlt. de legat. 2.* Atque D ita quidquid est proditum in hac lege, fit decreto prætoris fideicommissarij, non iure ipso, & quod statuitur in priori specie, & in posteriori. Hæc est sententia legis *l. si debitor §. in fideicommissaria.* Vnum omisimus, cauendum esse, ne nos fallant Basil. namque ibi legit interpres: *Pecuniarum enim fideicommissum, si donatum fuerit.* sed est mendum in verbo *donatum* & legendum, *si diuisum fuerit.* Alioqui in magnum errorem incideres, vt ex specie legis aperte liquet.

Ad l. 117. de verb. oblig.

Si centum homines quos ego heresve meus elegisset stipulatus, antequam eligerem duos heredes reliquero: numero diuiditur stipulatio. diuersum erit, si iam electis hominibus successerint.

SPecies huius l. hæc est. Stipulatus sum homines 100, *quos ego, heresve meus elegisset.* nisi adiecissem, *quos ego heresve meus,* secundum regulam communem iuris, electio esset promissoris: nam ea non est stipulatoris, nisi eam sibi reseruauerit. multum interest stipulator antequam elegerit vita decesserit, an postquam elegerit. Quæ distinctio ponitur in hac l. nam si antequam elegerit 100. homines, decesserit (erant enim amplissimæ familiæ seruorum apud locupletes, erant plerumque plusquam mille serui, ancillæve.) Si igitur antea decesserit, & exempli gratia, duos heredes reliquerit ex æquis partibus, stipulatio hæc diuiditur inter heredes numero, non specie, id est, singuli heredes eligunt & petunt 50. seruos. Et hoc, si decesserim antequam elegerim: sed si postquam elegi 100. seruos diem vltimum obiero, heredes mei duo, qui sunt ex æqualibus portionibus heredes, in singulis seruis sunt habituri partes pro indiuiso: nam pro diuiso habere in vno non possunt. homo enim non potest diuidi: quas partes habebunt in hereditate mea, easdem habebunt in singulis seruis, nec diuident numero, sed specie, pro indiuiso tamen. Nobis est diuisio duplex. Diuisio pro diuiso, quæ est corporalis: & diuisio, pro indiuiso, quæ est, vt ita dicam, intellectualis. Et hoc est, quod ait Papin. in hac *l. diuersum erit, &c.* quia non numero diuidetur B stipulatio, sed specie. Ratio differentiæ vt intelligatur, sciendum est, genera alia esse prima, & antiquissima, & generalia, veluti res, τὸ ὄν, quod Latine possum dicere, *id quod est*: alia esse specialia, veluti homo. Generale genus est, quo vniuersa comprehenduntur, veluti res, vt dixi. Speciale genus, veluti homo habet in se singulos: & diuiditur nomen hominis in nationes, Gallos & Hispanos: in colores albos, rufos, atros: & in singulos, veluti Sempronium, Caium, Lucium. habet igitur hoc nomen homo in se multos. Et quia multos continet, in genus cadit, ac videtur generale nomen, sed quia sub alio subiicitur, nempe sub animali, in speciem cadit, atque ita speciale genus est, non generale. Proinde si stipuler 100. homines, quos ego C elegero, heresve meus, genera stipulor, generaliter, non specialiter, illud, aut illum Titium aut Sempronium, vel quia incertos homines incerto nomine stipulor: omne vero genus incertum. generis autem stipulatio non nisi numero diuidi potest, non corpore siue specie, cum generis nullum subsit corpus: genus enim non est, sed intelligitur. Denique generis stipulatio, non nisi numero diuiditur, & intellectu abstrahitur. Ideoque si duos heredes reliquero ex æquis partibus, diuisio fit numero, non etiam singulorum seruorum, singulis heredibus partes dimidiæ debentur, homines 50. atque ita cum serui certi non sint, id est, cum nondum electi sint, si vis diuidere stipulationem inter heredes, numero diuidas necesse est. Ergo singuli heredes eligent & petent 50. Sed si iam elegero, ego qui stipulatus sum, puta si elegero Stichum & Pamphilum, & alios vsque ad 100. in singulis heredes mei habituri sunt partes pro indiuiso, partes scil. easdem quas habuerunt in hereditate mea: atque ita diuisio fiet specie non numero. nec enim ex illis, quos elegi vnus feret 50. & alter 50. sed singuli ex singulis partem hereditariam pro indiuiso ferent: quæ est sententia Papinian. & confirmatur *l. in stipulationibus 54. h. t. l. cum Stichus, de solut.* Quæ tamen, vt iam dudum docui, non caret mendo: nam negatio vna, quæ abundat initio *leg. l. in D. Flor.* est in eadem lege reponenda alio loco: alioqui falsa esset lex & mutila, quæ ita emendata, integra & sincera erit. Species est talis. Seruus communis stipulatus est Stichum & Pamphilum. quæro quemadmodum diuidatur hæc E stipulatio inter dominos singulorum, an vnus ferat Stichum, alter Pamphilum? minime, sed singulorum seruorum partes dimidiæ singulis dominis debebuntur, si quidem sunt domini ex æquis partibus, quia seruus communis stipulatus est species certas, siue indiuiduas. Et ita ait *d. l. cum Stichus: cum Stichus & Pamphilus communi seruo promissi sunt, non alteri Stichus, alteri Pamphilus solui potest.* Et ita legendum est. Florentiæ legitur, *non alteri Stichus, alteri Pamphilus solui non potest*, posterior negatio est transferenda in sequentem locum. Illo igitur casu non soluitur alteri Stichus, alteri Pamphilus, sed singulis singulorum soluuntur partes dimidiæ. Diuersum est in specie sequenti, *idemque non est, &c.* Et ait, idem non esse dicendum, vt fiat diuisio specie siue corpore, sed

esse potius dicendum diuisionem fieri numero inter dominos, si seruus stipulatus sit duos Stichos, vel duos Pamphilos: nam adiectio illa numeri, facit vt diuidatur numero stipulatio, quia diuisio hæc, est commodior tum stipulatori, tum promissori, & ea vtimur semper in re difficiliori, si locum habere possit. Itaque Stichum habet vnus, alter Pamphilum, nec vlla erit in singulis communio pro indiuiso. Idem erit si seruus communis stipulatus sit 10. homines: nam diuisio etiam fiet numero inter dominos, vni debebuntur quinque, alteri quinque pro solido. Et hoc demonstrat hac ratione elegantissima. Ambigua est oratio, si quis dicat 10. *homines, duos Pamphilos*. Cur? quia dupliciter accipi potest. ambigua est igitur oratio: nam vtriusque rei dimidium potest duobus modis intelligi, vel dimidium numero, vel dimidium specie, & ambiguum est, quod duobus modis intelligi potest. Dimidium quum dicis, ambiguè loqueris, quia dimidium duobus modis intelligitur. In ambiguis autem, quod est commodius sequendum. hoc ostendit etiam *d. l. cum Stichus*. Ad hoc notandum, in ambiguis sequendum quod est commodius contrahentibus. Commodior est diuisio, quæ fit numero. Sane si 10. *denarios* seruus communis stipulatus sit, diuisio fiet numero: sed & inde concludes, ergo diuisio etiam fiet numero, si 10. homines stipulatus sit, quia eadem ambiguitas interueniet.

Ad l. 80. de furt.

Si vendidero, neque tradidero seruum, & is sine culpa mea surripiatur: magis est vt mihi furti competat actio: & mea videtur interesse, quia dominium apud me fuit, vel quoniam ad præstandas actiones teneor. Cum autem iure dominij defertur furti actio, quamuis non alias nisi nostra intersit, competat, tamen ad æstimationem corporis, si nihil amplius intersit, vtilitas mea referenda est. Idque & in statuliberis, & in legato sub conditione relicto probatur. Alioqui diuersum probantibus statui facile quantitas non potest. Quia itaque tunc sola vtilitas æstimationem facit, cum cessante dominio furti actio nascitur, in istis causis ad æstimationem corporis furti actio referri non potest.

CErtum est in iure, post perfectam venditionem: (perficitur autem solo consensu etiam sine numeratione pretij, sine traditione rei, sine stipulatione, sine scriptura) ante traditionem rei periculum pertinere ad emptorem, quamuis nondum sit dominus: nam non fit dominus antequam res tradita sit: periculum, inquam, pertinet ad emptorem, si homo quem emerit, interim fato suo interierit. Periculum rei ad emptorem pertinet, vt legitur recte in *l. eum qui, hoc tit.* non periculum pretij: nec enim soluet pretium: aut si soluit, repetet, vt ostendit *l. si fundus, loc.* quod est ex æquo & bono: nam regula iuris repugnat, §. *cum autem, Institut. de empt. & vendit.* Concludamus igitur, post perfectam venditionem & ante traditionem, periculum rei pertinere ad emptorem. Addendum: Venditor autem præstat custodiam & diligentiam, id est, venditor tenetur emptori, si res perierit dolo vel culpa venditoris, *l. 2. §. vlt. cum l. seq. de per. & comm. rei vend.* si homo qui veniit, fugerit, aut surreptus sit. Denique venditor præstat dolum & culpam etiam leuissimam, vel quod idem est, exactissimam diligentiam in re vendita custodienda. casum fortuitum, damnum fatale, vim diuinam, vim maiorem non præstat nisi ex conuentione: sed & culpam non præstat post moram emptoris: nam si moram adhibuerit emptor in re vendita accipienda, venditor postea culpam non præstat, sed dolum tantum *d. l. illud sciendum, de peric. & comm. rei vend.* nunc finge. Seruum vendidi, nec tradidi. is mihi furto surreptus est sine culpa mea, an teneor emptori? minime, nisi in hoc tantum, vt ei cedam actiones meas ad eum seruum persequendum,

A veluti vindicationem, & actionem ad exhibendum, & condictionem furtiuam, quæ soli domino competit. Ego autem sum dominus, quia nondum tradidi. Cedere etiam debeo emptori actionem furti, quod ostenditur in *d. §. cum autem, Instit. de empt. & vend. l. quod sæpe §. si res vendita, de cont. empt. l. si ea res, de actio. empt. l. eum qui 14. hoc tit.* Cedere debeo actionem furti: nam ea mihi, non emptori competit. Cum res vendita subripitur ante traditionem, mihi competit iure dominij, mihi etiam competit eo iure, quod mea intersit eam rem furto esse sublatam, propterea quod teneor emptori cedere actiones meas ad eam rem persequendam. Hæc actio furti datur domino, etiamsi nihil amplius intersit. Datur etiam non domino, si modo eius intersit rem
B non surripi. Ergo debeo cedere emptori actionem furti. Si autem ego præfestinarim, præoccuparim agere actione furti, debeo emolumentum eius actionis præstare emptori, id est, duplum vel quadruplum, quod ex ea actione consecutus sum: Nam hoc est perpetuum in iure, cui debeo cedere actionem, & id ei debeo cedere, quod ex ea consecutus sum, *d. leg. 14.* Sed obstat huic sententiæ, vt videtur prima fronte, *lex venditor, in fi. de hered. vendit.* Species hæc est: Ego rem meam vendidi, & cum eam alius possideret, eam vindicaui, & abstuli non rem, sed litis æstimationem, quod dolo desiisset possidere. Quid debeo præstare emptori? an pretium, an æstimationem quam accepi? Minime: quia non debeo ei actionem, sed rem: ergo nec eius
C æstimationem, nec emolumentum actionis. rem debui ei præstare, aut quanti eius rei interest emptori. vel finge: Rem meam vendidi, quam fur mihi surripuerat, & cum fure egi furti, & consecutus sum duplum, vel quadruplum. debeone præstare duplum vel quadruplum emptori? minime. Emptoris petitio est rei non dupli: ergo falsum est quod ait l. 14. venditorem, cuius culpa res subrepta est ante traditionem, teneri cedere actiones suas emptori, & debere præstare duplum, quod consecutus est actione furti. Sed res est facilis explicatu: nam ita est distinguendum. Aut res, quo tempore vendita fuit, erat furto subrepta, nec possidebatur à venditore, & hoc casu venditor tenetur emptori præstare rem, non pœnam furti, quam consequutus est, quia rem debuit, non pœnam, non
D actionem furti. Aut res subrepta est post venditionem, sine culpa venditoris quo casu venditor debuit ei cedere actionem, propterea quod culpa vacauit. Ergo etiam debet emolumentum actionis, id est, quod ex ea consecutus fuerit, vel si absque furto post venditionem alius eam rem possederit, eius rei possessionem apprehenderit, sine culpa venditoris, & cum eo egerit, ac litis æstimationem consecutus sit, eam debet præstare emptori: nam cui debet actionem cedere, debet & æstimationem ac emolumentum eius actionis, vt ostendit *d. l. venditor, in fi.* Et ita aliud est si quis vendiderit rem quam non possidebat: aliud si vendiderit rem quam possidebat, & post venditionem possidere desierit, possessionem rei amiserit.

E Exposuimus initium l. 80. exponamus nunc cætera. Papinianus in §. 1. ait, *Quum autem iure dominij defertur, &c.* Est elegantissimus §. & quem qui non bene tenet, nunquam explicabit bene quæstionem de eo, quod interest: nam habet præcipuum aliquid, quod proficit plurimum elucidandæ eius materiæ causa. Sciendum est actionem furti dari non tantum domino, sed etiam non domino, si eius intersit rem subripi: domino autem dari iure dominij solo, id est, etiamsi nihil amplius eius intersit. Et exemplum proponitur in hoc §. in statulibero, qui si subripiatur, heredi furti actio competit iure dominij, quandoquidem interim est dominus serui legati, licet mox mutaturus sit dominum existente conditione legati, licet mox statuliber sit peruenturus ad libertatem. Idemque est in seruo legato sub condi-

tione: nam & hic si subripiatur heredi, ei competit actio A furti, quia interim est dominus serui. His exemplis vtitur, vt apparet ex his verbis, *idque & in statuliberis, & in legato, &c. Idque* non *idem*, vt in vulgaribus libris: proponitur enim exemplum. Ergo actio furti datur domino, etiamsi eius nihil amplius intersit: non domino non datur, nisi eius intersit, puta quod possit ei culpa à domino imputari, quod non bene rem custodierit, nam furtum plerumque culpæ aut negligentiæ annumeratur. Est & alia differentia hac in re inter dominum: nam si dominus agat furti, quamuis eius nihil amplius intersit, quam quod dominium apud eum fuit, quo casu actio furti in id quod interest: nam in omni actione furti habetur ratio quodammodo eius, quod interest; actione, inquam, furti agente domino cuius nihil amplius interest, quod deducitur in eam actionem refertur ad verum B pretium rei, idque duplatur vel quodruplatur, & tanti interesse intelligitur, quanti res est: tanti autem res esse censetur, quanti venire potest, *l. si quis vxori §. pen. in aliis libris est §. vltimus, hoc tit.* Et ita sæpissime euenit, vt id quod interest, non egrediatur rei pretium, *l. 1. in pr. de action. emp. l. 1. C. de his qui à non domin.* si modo in ea lege deleatur hic articulus distinctiuus, *vel*, ex Basil. quod perspicue rectum est: nam hæc est species. ego seruum alienum manumisi, quasi meum: nulla est libertas: nam domino licet seruum suum vindicare. Finge, dñm malle pretium petere, id est, quanti sua interest, nec reuocare libertatem vindicando seruum, an audietur? & lex ait, sæpissime esse constitutum, vt manumissor ille pretium domino dependat, si malit quanti sua interest: vbi recte Thalelæus Græcorum doctissimus, & alij interpre- C tes, *nota*, inquit, *pretium appellari ab Imperatore, quod postea appellatur id quod interest.* Accurs. retulit, quosdam ita definire id quod interest, *singulare rei pretium.* falsa est definitio, quia generalis non est, sed quandoque est vera, id est quibusdam casibus. Id quod interest, nihil aliud est, quam pretium rei. In id quod interest, nihil aliud venit, quam pretium rei. Velim etiam in illa definitione, vt mutes verbum *singulare*, & ponas, *verum rei pretium.* Quibusdam igitur casibus, non omnibus. Igitur non erit definitio nisi ex parte vera. Adnotatio erit potius verissima. Vera definitio hæc est. *Id quod interest, est vtilitas, quam haberem nisi mihi damnum datum vel lucrum interceptum fuisset.* In casu proposito nihil etiam aliud est id quod interest, quam verum rei pretiũ: D Idque duplatur vel quadruplatur: vt si res sit 100. fur damnetur in quadringenta, si sit manifestus, vel in ducenta, si non sit manifestus, & hoc amplius tenetur in 100. rei nomine: nam extra pœnam est rei persecutio, & pœna actionis furti est mera pœna, non est pœna commixta rei persecutioni. Domino igitur agente furti, cuius nihil amplius interest, quam quod dominus est, reuocabitur æstimatio eius quod interest ad verum pretium rei, alioqui non posset iniri ratio eius, quod interest, quando extra pretium rei amplius nihil eius interest. Et secundum hunc locum est accipienda lex *in furti actione, hoc tit.* quæ vexat plurimos, & ei similis lex 2. §. *in hac actione, vi bonorum rapt.* lex *ait, in actione furti non quod interest, sed verum rei pretium duplatur,* E *aut quadruplatur.* Primum separat id, quod interest, à rei pretio, deinde negat in actione furti, duplari id quod interest. Vtrumq; est falsum: nam in hac causa rei pretiũ, & id quod interest, possis appellare, vt demonstrauimus. Falsissimum etiam, in actione furti non duplari id quod interest. Sunt loci innumeri, quibus ostenditur, id quod interest duplari, & in actione furti, & in actione vi bonorum raptorum. Quid quæso duplatur? simplum. Quid est simplum? Id quod venit in condictionem furtiuam, quæ est in simplum, id est, rem solam persequitur. Quid venit in condictionem furtiuam? id quod agentis interest, *l. 3. de cond. furt.* Ergo id quod interest agentis in actione furti duplatur, & verum rei pretium, quia amplius non interest. Quemadmodum igitur accipienda est *d. lex, in furti actione, non id quod interest, sed verum rei pretium duplatur, aut quadruplatur.* Id quod interest, vocat id, quod excedit rei pretium, cui res aut verum rei pretium non annumeratur, quod extra rei pretium spectatur. Quod si nullum existat tale, veluti domino agente, cuius nihil amplius interest, necessario id quod interest fine pretij continetur, nec eum finem egredi potest. Et ita id est explicandum, quod non videatur proprie interesse, nisi si quid pluris intersit, quam res sit. Et hæc si dominus agat furti: si non dominus agat, æstimatio eius quod interest, quę fit in actione furti, non reuocatur ad pretium rei, quæ non est in dominio actoris, sed reuocatur ad alterius vtilitatis rationem, veluti possessionis, quæ fuit apud non dominum, vel detentionis, vel vsusfructus, vel vsus, vel pignoris: nam creditori surrepto pignore datur actio furti tam aduersus dominum, quam extraneum, quia maxime interest creditoris pignori incumbere, siue debitor soluendo sit, siue non, quod plus cautionis sit in re quam in persona. Et hoc ipso libro de creditore scripsisse Papinian. refert Vlpianus *l. 12, §. vlt. h. t. Vtilitas,* id est, id quod interest, his verbis vtitur Papinian, æstimandi eius quod interest gratia. Quod sequitur est apertius.

Ad §. si ad exhib.

Si ad exhibendum egissem, optaturus seruum mihi legatum, & vnus ex familia seruus subreptus: heres furti habebit actionem: eius interest. nihil enim refert, cum præstari custodia debeat.

Sciendum est, actionem ad exhibendum dari vindicaturo, quia non possum vindicare nisi rem præsentem: exhiberi igitur eam mihi prius necesse est, vt vindicem, vt *l. 2. §. vlt. de crim. expil. hered. hereditatem vindicaturus exhiberi desiderat,* id est, agit formula ad exhib. idemque est in *l. 3. §. si ipse, de tab. exhib. l. 3. §. est autem, ad exhib.* Addendum eandem actionem exhibitoriam, actionem ad exhib. vt loquitur in lib. Inst. 2. dari optaturo seruum, quoniam è multis seruis non possum optare, nisi omnes mihi exhibeantur, & eum quem optauero, vindicaturus sum. Finge: habebam amplissimam familiam seruorum, & tibi legaui optionem serui vnius. dabitur tibi actio aduersus heredem, vt omnem familiam, omnes seruos meos exhibeat, qui fuerunt mei mortis tempore, atque ita optaturo dabitur actio ad exhibendum, quia & vindicaturus es eum, quem optaueris. Et hoc ostenditur in *l. 3. §. item si optarem, ad exhib. l. 18. in princ. famil. ercisc.* Nunc finge: Legata est mihi serui optio, egi cum herede, vt exhiberet omnes seruos, totam familiam, & interim vnus seruus subreptus est negligentia heredis. Cui dabitur actio? heredi, non iure dominij solo, quia dominus fuit, sed etiam quia extra causam dominij eius interest, seruum non subripi, propterea quod custodiam & diligentiam præstare debet in seruo legato, in seruanda re legata, in seruanda tota familia, si ex ea vnius serui optio relicta sit, & si negligens fuerit tenetur eo nomine legatario, *l. cum res legata §. culpa, de leg. 1.*

Ad §. cum raptor,

Cum raptor omnimodo furtum facit, manifestus fur existimandus est. Is autem cuius dolo fuerit raptum, furti quidem non tenebitur, sed vi bonorum raptorum.

Dicunt hunc §. esse facillimum, sed multa præclara continet, & in hac l. magni facio eum §. Intelleximus sup. heredem, à quo legata est serui optio, si cum eo egerit legatarius ad exhibendum omnem familiam,

puta vt exhiberet vniuersam familiam defuncti, eaque exhibita, antequam legatarius eligeret quem mallet, interim vnus ex ea familia seruus subreptus sit, heredi competere actionem furti, si subreptus sit negligentia eius. vt plurimum furtum adnumeratur negligentiæ domini: diligenti patrifa. non fit furtum. rapina, vi maiori annumeratur. Ideo autem ei competit actio furti, quia eius maxime interest, nullum seruũ subripi, quia plerunq; ei debet præstare custodiã, & diligentiã in conseruanda omni familia. Ergo tenetur culpæ nomine etiã leuissimæ, quia plenam diligentiam præstare debet, & semper legatarius illius negligentię imputabit furtũ, nihil autem refert, inquit, cur præstari custodia debeat, vt cõpetat actio furti, siue præstari debeat ex causa legati, siue ex qua alia causa ei qui custodiã non præstitit, competit actio furti. Dixi & præmonui hanc l. esse quidẽ facilem figura verborum, sed sensum esse abstrusum & reconditũ, nec scio an vulgo sint nota, quæ sub hoc §. continentur. *Cum raptor*, inquit, *omnimodo furtum facit, manifestus fur existimandus est.* Raptor omnimodo furtũ facit, quippe cum sit & dicatur fur improbus, *l. si cum exceptione §. qui vim, quod met. caus. l. 2. §. etiam, vt bon. rap. & eod. tit. Inst.* & fur atrocior, *l. 1. de expil. & effract.* Sic autem argumentatur Pap. Raptor omnimodo furtũ facit, ergo fur manifestus existimandus est. Et adiiciamus, est fur manifestus, ergo tenetur actione furti manifesti, quæ actio est in quadruplũ, & præterea perpetua, & mere pœnalis, nõ mixta, nec hoc casu necessaria est actio vi bonorum raptorũ. ne existimemus vnquam titulum vi bonorum raptorum ad quemlibet raptorem pertinere. Ad raptorem manifestũ proprie non pertinet, sed comprehenditur is sub actione furti manifesti, quæ longe est grauior. actio vi bonorum rap. est leuior: est quidem in quadruplum, sed est mixta, non mere pœnalis, quia in quadruplo inest rei persecutio. Ac præterea actio vi bonorum raptorum est annalis, non perpetua, & vtraque est prætoria: ideoque prætor, qui sub actione furti manifesti comprehenderat raptorem manifestum, furem improbum, non putauit eum comprehendendum, vel sub leuiori actione vi bonorum raptorum. sed si quis malit in raptorem manifestum experiri actione vi bonorum raptorum, sane non prohibetur. Idque indicat §. 1. *Inst. vi bon. rapt. siue in delicto*, inquit, *comprehendatur*, id est, siue sit fur manifestus, siue non: sed voluntas aduersarij actoris hoc facit, vt agatur cum fure manifesto vi bon. rap. non edictum prætoris, quia hoc nihil pertinet ad casum furti manifesti, sed litigatori licet esse clementiori, quam sit edictum prætoris, quia etiam litigatori licet omittere actionem furti manifesti, & potest actor agere furti nec manifesti: nam ita dicere videor: volo furem nec manifestum furem esse, qui manifestus est, & volo esse contentus duplo, nec desidero quadruplum, vt in *l. pen. §. 1. D. quand. appell. sit.* Alia sunt tempora appellationis in causa propria, alia in causa aliena. In causa propria obseruabo tempora, quæ obseruantur in causa aliena si volo. Et similiter licet vulgo dicatur, neminem posse cõdicere rem suam, tamen potest condicere dicens, se velle rem suam alienam videri: & similiter se velle furtũ nec manifestum, manifestum videri. Sed cum tam furti manifesti, quam vi bonorũ raptorum actio sit prætoria, prætor voluit furtum manifestum sub illa tantum comprehendere, non sub ista, quæ pertinet tantum ad rapt. non manifestũ: nec enim omnis raptor manifestus est. Plerunq; est manifestus. Et raptor ita demum fur manifestus intelligitur, si solus vel coactis hominib. armatis, vel inermib. palã, non clam, vt fur simplex, eripiat & extorqueat alteri rem suã præsenti & resistenti, vel reclamanti: nam quod me præsente aufers palã, nihil veritus præsentiam, clamorẽ, quiritationem meam, sane manifesto rapis: sed non est satis, vt videaris manifesto rapere, si videã te subripere coactis hominib. sed necesse etiam est, vt acclamem, inclamem. quid agis? quo te proripis cum re mea? nam etiam qui visus est rem auferens clam, dicitur fur manifestus, §. *furtorum, Inst. de obligat. quæ ex delicto*, in Basil. ad *l. 52. §. vlt. h. t.* secundum Digest. Flor. dicitur, *eum, qui rapuit ex domo aliena nemine cernẽte, nõ teneri furti manifesti, qui à nemine visus* est, *inquiunt.* Et rectissime Seruius in illum locum Virgil. *Non ego te vidi:* manifesti, inquit, furti illum arguit, dum, inquit, *vidi.* sed non satis est videre, nisi etiam acclamaueris; oportet inclamare. Ideoq; sequitur: *Et cum clamarem, quo nunc se proripit ille.* Et ita in *l. 7. §. vlt. h. t.* si furem rem tuam subripientẽ vidisses, & ad comprehendendum eum accurrisses cum clamore, scil. cum testificatione, & ille te acclamante & accurrente abiecto furto aufugerit, nihilominus est fur manifestus, licet eum non comprehenderis. Et ita etiam ex 12. tabul. furem nocturnum non licebat occidere, nisi ei qui cum clamore id testificatus fuisset: furem autem interdiarium, qui se telo defendisset, non licebat occidere, nisi etiam ei qui cum clamore testatus fuisset, *l. 4. ad leg. Aquil.* alioquin præsumeretur cæsus dolo malo potius: clamor & quiritatio illa liberat suspicione, tollit præsumptionẽ hãc doli. Nocturnum licet occidere: nocturnus fur est peior, quam interdiarius, & à Comicis dicitur *dormitator*, quod dormitet die, nocte furetur. Intelligimus quando raptor pro fure manifesto habeatur. Videamus modo quid sit dicendum, si raptor ad rapiendum homines collegit, qua ex re sumitur certa coniectura, voluisse eum rapere, non furari clam, & ex domo, in qua putabat esse aliquos, rapuerit aliquid, in qua tamen erat nemo, si rapuit nemine cernente, reclamante, qua actione tenetur? Hoc casu competit proprie actio vi bonorum raptorum, quia non tenetur furti manifesti, cum neque visus sit, neque deprehensus, neque acclamatus, & actio furti nec manifesti est leuior, nempe in duplum tantum, & ciuilis; furti manifesti est prætoria, nec manifesti ciuilis ex 12. tab. sed si furto nec manifesto adiunctum sit consilium rapiendi, quoniam hic est plus, quam fur nec manifestus, quia rapiendi consilium habet, prætori visum est, non sufficere hoc casu ciuilem actionem in duplum furti non manifesti: qua de caussa dedit actionem vi bonorum raptorum in quadruplum, si raptor esset nec manifestus. Et hoc est, quod ait §. 1. *Instit. vi bon. rap.* etiam si raptor non deprehendatur, competere actionem vi bonorum raptorum, quia non sufficere visa est ciuilis actio in raptorem nec manifestum, data à prætore actione vi bonorum raptorum, longe grauiori, quam ciuili: non aboleuit prætor, nec potuit abolere ciuilem, sed introduxit grauiorem. Ideoque licet mihi hoc casu, si velim agere in raptorem, qui rapuit coactis hominibus, neque visus est, neque deprehensus, licet, inquam, agere ciuili actione furti nec manifesti, ac licet mihi agere in eundem vi bonorum raptorum, sed non in solidum, sed in aliud duplum, cui tamen inest rei persecutio. sed si prius egero actione vi bonorum raptorum, tollitur ciuilis, quia maior actio tollit minorem. Et hoc ostendit *l. 1. vi bon. rapt. l. si quis egerit, hoc tit.* ac memoria retinendum est, semper agi in iure de concursu actionis furti nec manifesti cum actione vi bonorum raptorum: quia ad eum casum proprie pertinet actio vi bonorum raptorum, si raptor non fuerit deprehensus, si fuerit nec manifestus, si rapuerit in domo, in qua nemo erat. nunquam tractatur in iure de concursu actionis vi bonorum raptorum cum actione furti manifesti, quia ad illum casum nihil pertinet actio vi bonorum raptorum. Etiam illud adiiciendum est, in *d. l. 52. §. vlt. hoc tit.* ostendi actione vi bonorum raptorum teneri eum, qui ex domo rapuit, in qua nemo erat, nemine cernente, nemine acclamante, & eum etiam teneri furti nec manifesti, nec quicquam aliud continetur eo §. Non hoc vult, hoc vno facto quod quis rapuerit ex domo, in qua nemo erat nemine acclamante & cernente, existentibus duabus actionibus de bonis raptis, & furti nec manifesti, alia aliam consumi, furti quidem nec manifesti, si prius actum sit vi-

bonorum rapt. vi autem bonorum raptorum, si prius furti nec manifesti actum fuerit. hoc frustra colligitur. & male vulgo legitur hoc modo: *si quis ex domo, in qua nemo erat, &c. furti non manifesti, videlicet si nemo eum deprehenderit tollenda*, ac si diceret prius actum fuisse vi bonorum raptorum. Et ideo sublatam esse furti actionem, sed non dicit qua actum sit, sed vtramque superesse declarat, & essent superuacanea verba, *si nemo eum deprehenderit*. Et recte Flor. *si nemo eum deprehenderit tollentem*, duplicem competere actionem. Græci legunt *tollenda*, pro tollentem. Subiicit in hoc §. Papin. *eum cuius dolo raptum est, teneri vi bonorum raptorum, non furti*, id est, eum, cuius dolo rapuit alter, *l.2.§.si quis non homines, vi bon. rapt.* quod non obtinet in actione furti, quæ datur in eum, qui rem contrectauit. Is autem, cuius ope, consilio, dolo, furtum fecit alter, non tenetur furti vel manifesti, vel nec manifesti, sed propria actione ex 12. tab. tenetur actione hac, *ope, consilio tuo furtum factum esse aio*, quæ formula est in *l.si seruus seruum §.si quis, ad leg. Aquil.* Et est in duplum, *l.vlt. C. de nox. act.* Hinc igitur eliciemus elegantissimam sententiã, eamque enodabimus aliis verbis magis perspicue. Raptor qui deprehensus est, tenetur furti manifesti, non vi bonorum raptorum ex edicto, quæ est prima pars §. nisi actor leuiori actione vti velit. Ex posteriori eliciemus: Is cuius dolo alter rapuit, tenetur vi bon. rapt. non furti: & verum est omne quod diximus, quodque palam ait Pap. vi bon. rapt. teneri non tantum eum, qui rapit, sed etiam eum, cuius dolo quis rapuerit. Id confirmatur *d.l.2.§.si quis, vi bon. rapt.* qui §. neminem non vexaturus est, si velit diligenter examinare, & ideo omnino explicandus, & non potest explicari, nisi prius exponamus, quod est in *d.l.2.§.dolo.* Verba edicti quo datur actio vi bon. rapt. hæc sunt: *si cui dolo malo hominibus coactis damni, &c.* De damno, ait generaliter, & exigit, vt coacti sint homines, vt collecti sint homines ad damnum inferendum alteri. Idem non exigit in secunda clausula, *siue cuius bona rapta esse dicentur*: nam non est necesse repetere collectis hominib. constat id ex *d.l.2.§.item si.* Nunc ait in *d. §. dolo videri facere non tantum eum, qui rapit, sed etiam eũ, qui præcedente consilio homines ad rapiendum collegit.* Videtur peruersus esse ordo verborũ: nam sic debuit ponere, *non tantum, qui coëgit homines ad rapiendum, & rapuit, vel hominibus à se non collectis, sed ab alio.* sed nulla est peruersitas in collocatione verborum, propterea quod edictum dicit: *Si cuius bona rapta esse dicentur*, nec adiicit, *collectis hominibus ab alio.* ergo ex edicto tenetur, qui rapuit, vel solus, vel collectis hominibus ab alio, & ita concludit in isto §. Ideoq; quærebatur, quid si ipse collegisset homines ad rapiendũ, an erit locus huic actioni? Et multo magis erit, ac si dixisset, *non tantum locum esse huic actioni in eum qui rapit, sed multo magis in eum qui coëgit, qui collegit ipse, & rapuit.* Et ita in *l.non defendere 52. de reg. iur. non defendere litem videtur non tantum, qui latitat, sed qui præsens negat se defendere*: Nulla est etiam ibi traiectio verborum: nam respiciendum est ad edictum, & ad ordinem, quo fit missio in possessionem bonorum. Edictum loquitur de latitante tantum, sed quid si non latitet, sed neget? & multo magis fiet missio aduersus eum. Ita & in *d.l.2.§.si quis non homines*, ostenditur actione vi bonorum raptorum teneri non tantum eum, qui coëgit homines ad rapiendum, si quid rapuit, sed etiam eum, qui coactus est, ab eo ad rapiendum si modo quid rapuit. Deinde quæritur, quid sit dicendum, vt verba præ se ferunt, si quis rapuerit, non hominibus à se coactis, sed ab alio? Et ait, *melius esse, vt hæc omnia contineantur, &c.* Id est, vi bonorum raptorum teneri eum, qui rapuit, etiamsi vsus sit hominibus coactis ab aliis, non à se: quod frustra adnotatur, cum id paulo ante dixerit in §. *dolo.* nec sane hic est sensus huius versic. & recte Græci ita accipiunt hunc locum, vt teneatur etiam vi bonorum raptorum is, cuius dolo alter rapuit, etiamsi ipse homines non coëgerit, sed aliquid callide admiserit, vt ait in §. *doli mali.* quod congruit omnino cum loco Papiniani, qui vult, vi bonorum raptorum teneri eum, cuius dolo raptum est, hoc est, cuius dolo rapuit alter, teneri inquam vi bonorum raptorum, non furti.

Ad §. penult.

Si Titius, cuius nomine pecuniam perperam falsus procurator accepit, ratum habeat, ipse quidem Titius negotiorum gestorum aget, (&) ei vero, qui pecuniam indebitam dedit, aduersus Titium erit indebiti condictio, aduersus falsum procuratorem furtiua durabit: electo Titio, non inique per doli exceptionem, vti præstetur ei furtiua condictio, desiderabitur. Quod si pecunia fuit debita, ratum habente Titio, furti actio euanescit, quia debitor liberatur.

Ex libro 12. quæstionum Papin. restat vna quæstio, quæ tractatur in §. *pen. & vlt. l. 80. de furt.* Ea est de falso procuratore, qui pecuniæ furtum fecit, quam ei debitor soluit quasi vero procuratori creditoris. Quid vocat Papin. falsum procuratorem? non dicit simpliciter tantum eum esse falsum, qui procurator non est, qui ve mandatum non habet, sicut in tit. *quod falso tut.* generaliter dicitur falsus tutor, qui tutor non est, *l. Paulus 221. de verb. significat.* non sic accipiendus est hoc loco falsus procurator: alioquin is, qui bona fide gerit aliena negotia sine mandato, vel qui per errorem gerit, existimans se procuratorem, cum non sit, falsus procurator esset: quod vix quisquam admiserit. Est quidem non verus procurator, nec tamen ideo falsus: nam vt inter doctum & indoctum potest esse medius, non doctus, non indoctus, nec enim sequitur eum indoctum esse, qui doctus non sit: ita inter verum & falsum procuratorem est non verus, non falsus, nec quicunque non verus procurator est, continuo falsus existimari debet. Falsus procurator est, qui simulat, fingit, asseuerat falsa, qui mentitur se esse procuratorem, *l. si is, qui simulabat 77. hoc tit. l. si quis seruo, de solut.* vel, exempli gratia, qui imponit sibi nomen veri procuratoris, quem dominus habet, sicut falsus creditor est, qui simulat se creditorem, *l. falsus, in princip. hoc tit.* vel etiam, qui assumit nomen creditoris, heredisue eius. Simulatio est species falsi, & hoc distat à dissimulatione: nam dissimulatio est stellionatus, non falsitas: est dolus malus, non falsitas, *l. 3. de crim. stellion.* Et ita recte Papinian. hoc loco ait, *falsum procuratorem furtum facere accipiendo pecuniam nomine creditoris, non tantum si asseueret se esse procuratorem verbo tenus, sed etiam, si* (quod & aliud genus est simulationis) *veri procuratoris, quẽ creditor habet, nomine adsumpto, debitorem alienum circumuenerit.* Sic habent omnes libri. Græci ad *l.18. de condict. fur.* legunt, *si debitorem alienũ conuenerit.* Multa scribunt de significatione eius verbi, quæ licet legere. male autem legunt, *conuenerit*, sicut in *l. 1. ad leg. Cornel. de sicar.* scriptum male Florentię, *qui quid fecit quo innocens conueniretur, condemnatur.* scribendum *circumueniretur*, vt *l. 3. §. item, eod. tit.* Et adiicit hoc loco Papinian. eum etiam furtum facere pecuniæ, quam accepit assumpto falso nomine heredis creditoris. Hic est falsus creditor, ille falsus procurator. vterque falsarius: an etiam vterque fur? notandum valde, falsum procuratorem, qui nomine creditoris pecuniam accipit à debitore, non statim furem existimandum esse, esse quidem falsarium. Falsarius est, quicunque nomen alienum assumit, vel vsurpat, vel alienas imagines (*le cachet d'autruy*) quæ sunt pro nomine: non igitur omnis falsus procurator fur est, quod ita demonstro. Finge: debitor falso procuratori soluit pecuniam non obsignatam, quod confirmatur *l. die sponsal. §. vlt. depos.* pecunia non obsignata est argumentum translati dominij in accipientem: hoc est, qui soluit pecuniam non obsignatam falso procuratori, videtur ea mente soluere, vt fiat accipientis, vt ea is,

qui accipit, vtatur, ac deinde eandem vel tantundem creditori reddat. Et hoc casu non potest videri furtum factum huius pecuniæ, cuius dominus sit, *l. falsus* §. 1. *hoc tit.* Repugnat enim dominum pecuniæ fieri, & eiusdem pecuniæ nomine furti teneri. Furti tenetur is duntaxat, qui non dominus est. At si debitor falso procuratori soluerit pecuniam forte obsignatam, vel obseratam, vt eam ipsam pecuniam, scil. perferret ad creditorem, neq; reseraret loculos, & eam ipse procurator retinuerit, interceperit lucrandi animo, furtum facit proculdubio, nec pecunia eius fit, *d. l. falsus* §. 1. Non est igitur falsus procurator fur, nisi perperam acceperit, vt Pap. loquitur in hoc §. *perperam accipere*, est, *intercipere*, hoc est, ea mente pecuniam accipere, vt eam lucrifaciat inuito domino. Alias, *perperam*, est *per errorem*, sæpe *in tit. de cond. ind.* hoc loco, est *per fraudem*, & *dolo malo*, siue *per furandi consilium*, vt in *tit. de iureiur. perperam iurare*, id est, *peierare*. Verum, si falsus procurator perperam acceperit pecuniam nomine creditoris, furtum facit eius pecuniæ, si nec dominus, nec creditor ratum habuerit, quod is gessit. Debitor non liberatur ipso iure, sed si conueniatur, poterit liberari per exceptionem doli mali, si modo paratus sit creditori actionem furtiuam cedere aduersum falsum procuratorem, qui perperam accepta pecunia tenetur furti nec manifesti in duplum, *l. si falsus, C. de furt.* Hoc casu debitor, qui ei soluit perperam accipienti, non liberatur ipso iure, sed si conuentus fuerit, poterit liberari per exceptionem doli mali, si modo creditori paratus sit cedere actionem furti aduersus falsum procuratorem, *l. cum quis* 38. §. 1. *de solut.* Et hoc genere, si liberatus fuit, euanescunt actiones furti, hoc est, debitori competere desinunt aduersus falsum procuratorem. Quod si creditor ratum habuerit, quod ille falsus procurator gessit, non tenetur debitori actione furti, vel condictione furtiua. ergo liberatur, cum ratihabitio mandato comparetur, & nihil amplius quicquam intersit debitoris, qui liberatus est. Et hoc, si falsus procurator furtum fecit, hoc est, si perperam acceperit pecuniam. Quid si recte acceperit? puta dominio pecuniæ in eum translato forte non obsignatæ? Constat, creditore ratum habente, debitori nullam competere actionem aduersus procuratorem: creditore autem ratum non habente, falsus procurator tenetur debitori qui soluit, non condictione furtiua, sed tenetur condictione ob rem dati, vel condictione indebiti. Vna dat condictionem indebiti, *l. creditoris, C. de cond. ind.* altera dat condictionem ob rem dati, *l. si procuratori, de cond. causa data.* Nec sunt hæ contrariæ, sed concurrunt vt plurimum hæ duæ condictiones ob rem dati, & indebiti, *l. creditoris, C. de cond. ind.* vt verbi gratia, quæ dantur conditionis implendæ causa, si dandi nulla causa fuerit, vel quasi indebita, vel quasi sine causa data condicuntur, *l. vlt. de cond. ind. l.* 3. §. *si quis quasi, de cond. caus. dat.* Et, vt recte Stephan. ait, non tantum hæ condictiones concurrunt cum condictione furtiua: Nam condictio furtiua est de re tantum nostra: Condictio ob rem dati de re, quæ nostra fuit, non est, vt & condictio indebiti de re, quæ nostra fuit, & nunc non est: condictio furtiua datur domino in non dominum. Illæ autem dantur in dominum, non possunt igitur concurrere cum condictione furt. Et hæc quidem, si debita fuerit pecunia, quæ falso procuratori soluta sit. Quod si indebita fuerit, & soluta sit per errorem quis tenetur condictione? & qua condictione? Hoc etiam explicat Papin. hoc loco, *Et primum indistincte falsus procurator, qui perperam accepit indebitam pecuniam, ei, qui soluit, tenetur condictione furtiua. Indistincte*, id est, siue is, cuius nomine indebitum solutum est, ratum habuerit, siue non: sed alia in re multum interest, num is ratum habuerit, nec ne: nam si ratum habuerit is, cuius nomine indebita pecunia soluta est, ipse tenetur condictione indebiti, perinde ac si ei so-

A luta fuisset, quia ratihabitio comparatur mandato, verum per exception. doli, non sine except. non ergo officio iudicis, vt in specie §. *vlt.* quia condictio indebiti est stricta, & in strictis iudiciis vix quicquam obtinemus officio iudicis, non opposita exceptione. Per exceptionem igitur doli mali, is, cuius nomine indebita pecunia soluta est, si ratum habuerit, & conueniatur condictione indebiti, consequetur, vt ei actor cedat condictionem furtiuam aduersus falsum procuratorem: habet etiam suo nomine sine cessione actionem negotiorum gestorum vt procurator falsus ei reddat, quod exegit, quia ratihabitio eius negotium fecit, qui ab initio non fuit eius, *l. si pupilli* §. *item quaritur, de negot. gestis.* Habet igitur suo nomine negotiorum gestorum propter ratihabitionem, & hodie magis quam antea: nam omnibus sublatis distinctionibus hodie constitut. Iustin. ratihabitio comparatur mandato. habet & alieno nomine, hoc est, ex cessione condictionem furtiuam, & melior est condictio furtiua, quam negotiorum gestorum duplici ratione, quoniam condictione furtiua tenetur reus etiam re suo fato perempta, siue peritura fuerit apud actorem, siue non, indistincte. Qua de causa condictio furtiua oneri est furi, alioqui satis esset ad rei persecutionem rei vindicatio, sed præter hanc etiam tenetur condictione furtiua, qua oneretur magis. Idem non obseruatur in actione negotiorum gestorum. Denique in illa æstimatio rei fit illius temporis, quo res vnquam fuit plurimi, quod arbitrium iudicis non admitteret in actione negotiorum gestorum, est enim melior actio & leuior. Et hæc, si is, cuius nomine indebita pecunia soluta est falso procur. ratum habuerit. Quid si ratum non habuerit? Et placet hoc casu eum non teneri ei, qui soluit, sed falsum procur. teneri condictione indebiti, si furtum non fecerit, id est, si recte acceperit, si furtum fecerit, teneri condictione furtiua, & actione furti, *l. si indebitum, ratam rem hab.*

B

C

Ad §. vlt. l. 80. de furt.

Qui rem Titij agebat, eius nomine falso procuratori creditoris soluit, & Titius ratum habuit: non nascitur ei furti actio, qua statim cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titij nummorum dominium non fuerit, neque possessio, sed condictionem indebiti quidem Titius habebit: furtiuam autem, qui pecuniam dedit, qua si negotiorum gestorum actione Titius conueniri cœperit, arbitrio iudicis ei præstabitur.

D

NEgotiorum gestor vel procurator meus soluit procuratori falso creditoris mei perperam accipienti, & ratum habui, *an habeo actionem furti, an condictionem furtiuam aduersus falsum procuratorem?* minime. optima ratione, quia huius pecuniæ, quã soluit procurator meus, vel negotiorum gestor, neque dominium, neq; possessio apud me fuit, & condictio furtiua competit soli domino iure dominij. Actio autem furti iure possessionis competit. Huic rationi similis est in *l. si gratuitam* §. *vlt. de p. script. verb.* Notandum quod dico, condictionem furtiuã dari iure dominij, actionem furti, iure possessionis: nam quod dicitur initio, *hoc tit.* iure dominij competere actionem furti, ita demum verum est, si fuerit dominus & possessor, nam solius possessionis furtum fit, *l.* 1. §. *Scæuola, si quis testam. liber.* Quid est furtum? Interuersio possessionis: interuersio rei, *d.* §. *Scæuola.* si eiusdem rei fuerit dominus & possessor. & hac ratione hereditati antequam adeatur, id est, iacenti furtum non fit; sed agitur expilatæ hereditatis, quia hereditas iacens habetur quidem pro domina, sed non pro possessore, quia possessio est facti & animi. Quidquid facit corpus est, hereditas non est corpus. ergo non facit, quia possidere, facere est, atque adeo non possidet. Item possessio est animi: here-

E

ditas est ius inanime: ergo possessio nullo modo in hereditatem cadit, quia neque facto, neque animo ab ea possessio obtineri potest: facile intelligitur esse domina, quoniam ibi facto vel animo non est opus, non ita intelligitur possestrix, vt Marc. Tull. loquutus est. Ergo si procurator meus soluerit falso procuratori, & ratum habuero, non habeo actionem furti. [illegible] quidem condictionem indebiti, si indebitum soluerit propter ratihabitionem, perinde atque si ego soluissem. Gestor autem procurator meus proculdubio habet actionem furti & condictionem furtiuam aduersus falsum procuratorem: nam ei furtum factum est, non mihi: aduersus me habet actionem negotiorum gestorum, vt recipiat id, quod soluit meo nomine, quia ratum habui: sed si mecum agat negotiorum gestorum, officio iudicis, etiam non opposita exceptione doli mali, consequar, vt mihi cedat condictionem furtiuam aduersus falsum procuratorem. In superiori specie non consequar, nisi per exceptionem doli mali, quia condictio indebiti est stricta. Et inde notanda est differentia inter stricta & bonæ fidei iudicia. In strictis actor cedit reo actiones, vbi æquitas id postulat beneficio exceptionis doli mali, quod eleganter demonstrat §. *vlt.* collatus cum §. *pen.* ceditur actio furti reo, ceditur tantum condictio furtiua, quia scilicet ei, qui soluit, desiit competere actio furti, vt recte Græci, & solutionem ratam habenti, *hoc est*, desiit eius interesse, cum res ei non sit peritura. Et ne quis obiiciat, actionem furti competere iure dominij, si idem sit dominus & possessor, si possideat, addendum, iure dominij etiam competere actionem furti domino, qui non possedit rem, cum subriperetur, videlicet si alij possidenti res subrepta sit, nam si possessionis furtum fit, & rei quoque: rei autem solius furtum non fit. Re bonæ fidei possessori subrepta, tam ei, quam domino datur actio furti eiusdem rei nomine, possessori quanti interest, domino quanti ea res est, possessori causa possessionis, domino causa proprietatis, quasi possessori sit & domino non possessori; si possessionis furtum fit, & rei quoque. Rei solius furtum non fit, forte à nemine possessæ: nec alia ratione rei hereditariæ furtum non fit, quia licet hereditas sit interim, quum iacens est, pro domina, nullus tamen est possessor: sine possessore furtum non fit, sed si sit possessor rei hereditariæ, quandiu iacet, hoc casu rei hereditariæ furtum fit, & heres, qui postea adit, recte furti agit, *l. hereditariæ*, *& seq. de furt.* alias rei hereditariæ non possessæ non fit furtum, vt dicitur in *l.* 1. §. 1. *si quis testam.* quia hereditati furtum facit nondum possessæ. Ea verba referuntur ad factum magis, quam ad ius, quia iure rei hereditariæ non possessæ furtum non fit, sicut quum dicimus, seruum aliquid debere: his verbis factum potius demonstramus, quam ius, quia seruus iure ciuili non obligatur, *l. nec seruus, de pecul.* Ergo verba non semper sunt secundum ius accipienda. Veteres quidem Iurisconsulti existimabant, rei hereditariæ furtum fieri etiam non possessæ: sed contraria sententia obtinuit, Sext. Ælij Man. Marci Bruti. Marc. Tullius ad Trebatium ait, se magis assentiri Scæuolæ & Trebatio, vt rei hereditariæ furtum non fiat ante aditam hereditatem, *l.* 1. §. *Scæuola*, *si quis testam. liber.* Adhibita hac explicatione pro certo constituamus, solius possessionis furtum fieri, hoc est, eius rei, quæ possidetur ab alio, siue sit dominus, siue non sit dominus: furtum esse interuersionem possessionis: rei à nemine possessæ furtum non fieri.

A



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XIII. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 19. ex quibus cauf. mai.

B *Denique si emptor prius, quam per vsum sibi adquireret, ab hostibus captus sit: placet interruptam possessionem postliminio non restitui: quia hæc sine possessione non constitit: possessio autem plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio.* L. 20. *Nec vtilem actionem ei tribui oportet, cum sit iniquissimum auferre domino, quod vsus non abstulit, neque enim intelligitur amissum, quod ablatum alteri non est.*

Sciendum est ex hoc edicto etiam maiorib. 25. annis subueniri per restitutionem in integrum absentibus reipub. causa, & deinde reuersis vel captis ab hostibus, si quid interim suæ rei C amiserint, dum absunt, vt si res eorum interim vsucapta fuerit: nam rescissa vsucapione reuersis datur pristina actio in rem, hoc est, vtilis vindicatio in rem. Omnis actio restitutoria est vtilis, omnis actio extincta iure ciuili, quæ æquitate prætoria restituitur, est vtilis, non directa. Idem est effectus vtriusque, sed non promiscuus vsus, *l. actio, de neg. gest.* vt actionis mandati & negotiorum gestorum est idem effectus. Ratihabitionis & mandati idem est effectus; sed ex vtroque non datur eadem actio. ex mandato datur mandati, ex ratihabitione, negotiorum gestorum. & multum interest, qua formula, & qua actione quis experiatur. Igitur si quis dum est apud hostes, res eius vsucapta sit pendente captiuitate, ex hoc edicto rescindetur vsucapio, & dabitur vtilis vindicatio, quæ restitutoria est, & fictitia. Idem erit si legatum sibi D delatum vel hereditatem propter absentiam vel captiuitatem adeptus non fuerit: Nam reuerso præstabitur legatum restituta actione ex testamento, perinde ac si lucro illo non decidisset. Ergo non tantum eis succurritur, qui damnum fecerunt, sed qui lucrum non fecerunt, *l. & siue quis, l. si quis, h. t.* Loquimur de lucro, quod obuenit sine damno alterius, quale est legatum. aliud est lucrum, quod obuenit cum damno alterius, vt si vsucepero rem alienam. Vsucapio est lucrum, quod ex l. 12. tab propter commune bonum obuenit ex damno alterius, vel lucrum coniunctum cum detrimento alterius, vt in *l.* 18. *&* 19. *h. t.* Qui captus est ab hostibus, rem alienam bona fide emerat, necdum vsuceperat. captiuitate interrumpitur vsucapio. ergo apud hostes non potuit implere vsucapionem. an reuersus iure postliminij recuperat E interruptam vsucapionem, vt medio tempore fingatur impleuisse vsucapionem? minime. quia auxilium restitutionis non datur lucrifaciendi causa cum damno alterius, *l. ait prætor* §. 1. *& l.* 19. *h. t.* Quod cum superior lex docuisset postliminio non restitui interruptam vsucapionem, subiicit nec beneficio huius edicti: quia ex hoc edicto reuersi restituuntur dominio suo vel lucro, quod obuenit sine damno alterius. Ea autem ratione postliminio non restituitur interrupta vsucapio, quia vsucapio sine possessione non procedit. Vsucapio est acquisitio per possessionem. Possessio autem plurimum facti habet. Causa autem facti, id est, factum non continetur postliminio. Postliminio iura omnia restituuntur, perinde ac si reuersus ea nunquam amisisset. At postliminium non potest efficere,

vt

vt videaris fecisse, quod non fecisti, vel vsucepisse, quod non vsucepisti, *l. in bello, §. facti, de cap. & postl. reuers.* Facti causæ postliminio infectæ fieri non possunt, scilicet vt non possederit, qui possedit. Adiicitur in hac l. 20. non tribui etiam reuerso vtilem actionem ex hoc edicto, quasi vsuceperit. Vtilis actio est, quæ fingit vsucepisse eum, qui non vsucepit, vt Publiciana. Et breuiter omnis fictitia, rescissoria, restitutoria actio vtilis est, non directa. Ratio est, quod iniquissimum sit, & contra mentem edicti, quod ex æquitate proficiscitur, domino auferre, quod vsus non abstulit. Et subiicit rationem rationis Papin. *nec enim intelligitur amissum, quod ablatum alteri non est.* Alter non intelligitur amisisse puta dominus, quod ei non est ablatum. Aliud est rem amittere, & rem ei non esse ablatam. Ergo dominus non intelligitur amisisse, quod vsus, B nec alia ratio ei abstulit, vt in hac specie, rem amisit, si vsucapio eam abstulerit, vel eam pro derelicta habuerit, *l. falsus §. qui alienum, de furt.* Nec obstat *l. si quis vi, §. differentia, de acq. poss.* Possessio nuda voluntate amittitur, si constituero me non possidere mihi, sed alij, vel si possessionem tradidero ea mente, vt mihi restitueretur: nam interim non videor possidere. Dominium nudo animo non amittitur, si dixero rem meã nolle meam esse, *l. ius agnationis, de pact.* Sed si voluntati accesserit abiectio rei, desino esse dominus ex titulo pro derelicto. quod hac ratione vel alio non est domino ablatum, id non fingitur amisisse; si nulla ratione amisit, ergo ei au- C ferri non potest per causam huius edicti, quæ æquitate mera sustinetur: recte itaque ait, nec vtilem actionem, id est, fictitiam in rem quasi vsuceperit. Notandum est ad hæc, reuerso ab hostibus restitui possessionem iure postliminij, quam habuit, antequam caperetur ab hostibus, *l. ait prætor, §. 2. hoc tit.* nam non fingitur medio tempore possedisse, sed ei reuerso restituitur eadem possessio, quam habuit, ac si captus non esset ab hostibus.

Ad l. vlt. de condit. inst.

Si filius sub conditione heres erit, & nepotes ex eo substituantur, cum non sufficit sub qualibet conditione filium heredem D *institui, sed ita demum testamentum ratum est, si conditio fuit in filij potestate, consideramus nunquid intersit, quæ conditio fuerit adscripta, vtrum quæ moriente filio impleri non potest, veluti si Alexandriam ierit, filius heres esto, isque Romæ decessit, an vero quæ potuit, etiam extremo vitæ momento impleri, veluti si Titio decem dederit, filius heres esto, quæ conditio nomine filij per alium impleri potest: nam superior quidem species conditionis admittit viuo filio nepotes ad hereditatem, qui si neminem substitutum haberet, dum moritur, legitimus heres patri extiterit: argumentoque est, quod apud Seruium quoque relatum est: quendam enim refert ita heredem institutum, si in Capitolium adscenderit, quod si non adscendisset, legatum ei datum, eumque antequam adscenderet mortem obiisse, de quo respondit Seruius, conditionem morte defecisse, ideoque moriente eo legati diem cessisse: altera vero species conditionis viuo filio, non admit-* E *tit nepotes ad hereditatem, qui substituti si non essent, intestato auo heredes existerent. neque enim filius videretur obstitisse, post cuius mortem patris testamentum destituitur, quemadmodum si exheredato eodem filio, nepotes, cum filius moreretur, heredes fuissent instituti.*

IN iure ciuili ratum hoc est: filium, qui est in potestate parentis, aut pure heredem esse instituendum, aut pure exheredandum, *l. 3. §. 1. de lib. & post. l. 4. in pr. de hered. instit.* Sub conditione non instituitur recte, quæ sit in casu, id est, quæ conferatur in fortunam. sub eadem conditione etiam non exheredatur recte, vel si ita exheredatur, aut instituitur, nullum est testamentum, quia pro præterito habetur. Sane si deficiat conditio, inuenitur præteritus: præteritio autem filij, vitiat testamentum ipso A iure. De filio loquor tantum: nam filia, nepos & cæteri liberi possunt institui sub conditione, *l. 4. in pr. l. 6. §. 1. de hered. inst. l. 1. §. sciendum, de suis & legit.* Cur filiũ ita separamus à cæteris? quia cæteri præteriri possunt, id est, præteriti non infirmant testamentum iure ciuili, vt constat ex *Instit. tit. de exhered. lib. & l. vlt. C. de lib. præt.* Hodie tamen omnium liberorum par conditio est, nulli prætereundi silentio, omnes sunt vel instituendi pure, vel exheredandi purè, alioqui corruit testamentum. Ea igitur differentia est ex iure ciuili antiquo, quod nostri auctores sequuntur, & spectant in Digestis, atque omnes Imperatores in C. nam primus, qui differentiam sustulit Iustin. est. Videamus autem, an illa sententia de filio sit perpetuo vera. Et sciendum est, tria esse conditionum genera. Est potestatiua, est casualis, est & mista conditio. Conditio potestatiua est, quæ est in arbitrio & potestate heredis scripti, atque pendet ex voluntate eius, veluti *si Capitolium ascenderit, si vrbe exierit.* Casualis est, quæ in casu aliquo incerto consistit, vel quæ pendet ex casu & euentu, veluti, *si Titius Cos. factus fuerit.* hæc est in difficili, quia non impletur quandocunque volumus; hæc proprie moram iniicit institutioni & legato, etiamsi nolimus moram fieri nobis. Conditio autem potestatiua est in facili. Conditio casualis impleri potest viuo testatore, potestatiua post mortem, *l. 11. §. 1. de cond. & demonstr.* Quæ autem est mista conditio? vulgo accipiunt pro ambigua, quæ potest esse potestatiua, & non esse, veluti, *si Alexandriam ierit*, fiet non potestatiua, *si per hyemis iniuriam iri non possit*: & erit *potestatiua*, si imponatur ei, qui à primo milliario Alexandriæ agit, quia impletu facilis est & prompta. Item hæc conditio, *si Titio decem dederit* est potestatiua, *si Titius præsens fuerit*: non est potestatiua, *si Titius longinquo itinere peregrinetur*, & forte nesciatur vbi gentium degat, *l. 4. §. puto, de hered. instit.* Et fere, hoc notandum, nulla est conditio potestatiua, quæ non possit non esse potestatiua. qua ratione putem non alia ratione potestatiuas appellari promiscuas, *d. l. vlt.* quam quod possit esse potestatiua, & non esse. Casuales autem appellari non promiscuas, quia quæ casualis est, non potest esse potestatiua, veluti hæc est, *si fulserit cras*, nunquam non potest esse casualis. non est igitur promiscua: sed male vulgo mista conditio dicitur, quæ est promiscua, hoc est, quæ potest esse potestatiua, & non esse: nam non ideo mista est. mista est, cuius euentus partim pendet ex voluntate, partim ex casu, *l. vn. §. sin autem, C. de caduc. toll. l. vlt. C. de necess. seru.* veluti hæc conditio, *si Titio reuerso postliminio decem dederit*, partim est casualis, partim potestatiua: vel hæc conditio, *si Titio consule Capitolium ascenderit, heres esto.* Videamus, quæ in iure sit inter has conditiones differentia, & ita statuamus. Si filiusfamilias à patre heres instituatur sub conditione casuali, testamentum est nullius momenti, *l. Lucius, de condit. & demonst. l. 15. hoc tit.* nisi sc. in defectum eius conditionis, hoc est, sub contraria conditione exheredetur à coheredibus suis, aut substitutis, *l. iam dubitari, de hered. instit. l. 4. C. de instit. & substitut.* Alioqui deficiente conditione institutionis, si sub contraria non sit exheredatus, inuenietur præteritus, quæ res testamentum vitiat ipso iure. Qui filium igitur heredem instituit sub conditione casuali, magis eum præterire, quam instituere videtur. neque igitur eum instituit, neque exheredat, & non institutus non potest esse heres ex testamento, & rursus non exheredatus non potest repelli ab hereditate. Ille igitur filius præteritus heres existit ab intestato, non ex testamento, quod nullum est. & idem erit, si filius instituatur sub conditione mista, eadem ratione, quia deficiente parte casuali inuenitur præteritus. Nunc de potestatiua ita constituas. si filiusfam. ita à patre instituatur sub conditione potestatiua, testamentum valet, quasi sub conditione contraria exheredatus fuerit: nam hoc ineptum esset, eum exheredari sub con-

traria conditione, cum in potestate eius sit an heres fit & conditio potestatiua pro pura haberi debet, *l.* 1. §. *qui sub condit. si quis omiss. cau. test.* Et præterea, si non impleatur conditio potestatiua, non deficit proprie, sed omitti videtur *l. libertus* §. *existimo, de bon. lib.* vt merito filio imputari possit, quod eam omiserit. Item filius non parendo conditioni potestatiuæ, patrem intestatum non facit: & ideo coheres eius, si quem habet, statim adire potest hereditatem, etiamsi filius nondum conditioni paruerit, non expectato filio: nam eum duntaxat, expectat, qui patrem intestatum facere potest, qui testamentum infirmare potest, *l.* 4. §. 1. *de hered. inst.* non existente autem conditione casuali, filius patrem intestatum facit, id est, infirmat testamentum, quasi præteritus: imo statim ob eam causam, quod magis præteritus intelligitur, quam institutus, ac propterea coheres eius etiam statim pendente conditione casuali repellitur à successione testamentaria. Ad hæc notandum est, conditionem potestatiuam omissam intelligi, vel mortuo demũ filio, & substitutum admitti, vel coheredi adcrescere portionem filij post mortem eius, vel omissam videri viuo filio? nam duo sunt genera conditionis potestatiuæ: est quæ impleri non potest vltimo vitæ momento, hoc est, mortis proximæ tempore. Certum est nunquam impletum iri, veluti, *si Aeexandriam ierit*: constat enim morienti Romæ non esse integrum Alexandriam ire. Alia est conditio potestatiua, quæ potest impleri eo tempore, hoc est, vltimo vitæ momento, veluti, *si decem dederit*: nam hæc conditio, moriente filio impleri potest per alium. Ita ergo definiamus: si prior potestatiua conditio adscripta sit filio, quæ non possit impleri vltimo vitæ momento, filius patri ab intestato heres fuisse intelligitur in ipso momento moriendi, quo certum esse cæpit iam amplius conditionem non posse impleri. Eo igitur momento filius patri ab intestato heres fuisse intelligitur, & hereditatem transmitti ad suos, si substitutum non habuit, *l. si filius, de lib. & post.* Sed si posterior conditio, quæ potest impleri vltimo vitæ momento, imposita sit, nec impleta, filius postea mortuus, neque ex testamento, neque ab intestato patri heres fuisse præsumitur. non est ex testamento, qui non impleuit conditionem. non ab intestato, quia pependit causa testamenti, quandiu vixit propter incertum conditionis, nec vltimo vitæ momento impleri potuit, & pendente causa testati, cessat causa intestati. Denique neque ex testamẽto, neq; ab intestato heres intelligitur, sed vocatur substitutus filij vel coheres iure adcrescendi, vel his deficientibus vocatur suus vel agnatus, quod omne rursus ostẽdi potest manifestius hoc modo. Prior species conditionis viuo filio, sed morti proximo admittit substitutum: nam conditio intelligitur defecisse in ipso mortis articulo, quia tempus moriendi semper in iure deputatur vitæ, non morti computatur. viuo igitur filio deficit cõditio, igitur admittitur substitutus. Et Pap. hic ostẽdit proposito simili exẽplo ex lib. Ser. Sulp. quod est elegantissimum. Heredem institui sub conditione, *si Capitolium ascendat*, conditio est potestatiua, quæ non potest impleri vltimo vitæ spiritu, & si Capitolium non ascenderet, ei legauit 100. mortuus est omissa hereditate non impleta conditione, an transmittit legatum ad heredem? sic sane, quia dies legati cessisse intelligitur eo viuo, propterea quod eo adhuc viuo certum esse cœpit, conditionem impleri non posse: quod si non possit, in eum casum voluit ei legatum præstari. Et ita Pap. refert hanc sententiã, dum ait, *morte defecisse conditionem.* Vtrumq; ait improprie: nã non morte defecit, sed eo moriente, & non defecit potius, quam omissa est, vt si fuerit posterior conditio potestatiua, quæ possit impleri vltimo vitæ momẽto, mortuo dein filio admittit substitutum vel coheredem vel suum. Item posterior species conditionis, *si filius institutus sit sub conditione potestatiua*, quæ possit impleri vltimo vitæ momento, & nepos ei fuerit substitutus, sola contraria conditione post mortem filij substitutus nepos vocatur ad

A hereditatem, non ante mortem. si substitutus non fuerit nepos, nec alius quisquam, nepos vocatur ad legitimam successionẽ aui, hereditatem aui, id est, ab intestato, quasi suus, quia filius eum non præcessit eo tempore, quo delata est hereditas aui: Iam enim erat mortuus filius, & suus est, quem alius non præcedit. est certissima hæc definitio, suum heredem esse eum, qui est ex liberis defuncti, & quem nemo præcedit delatæ hereditatis tempore. ea propter in hoc casu filius non videtur obstitisse nepoti, quamuis auo intelligitur esse suus heres, quia quo tempore delata est hereditas aui nepoti, filius non erat in rerum natura, id est, nepotem nemo præcedebat. Et Papinianus ponit similem casum his verbis, *quemadmodum si exheredato eodem filio, &c.* Qui versus, crux est iuris

B studiosorum. nemo nõ fuit diligens in exquirenda eius versus sententia, & frustra: nam, vt ostendi iampridem labes facta est in Digestis tribus aut quatuor locis, maxime in fine titulorum aut librorum, vt labes est facta in *tit. de bon. damnat.* & alia in *tit. de interd. & releg.* & alia *in fine libri* 41. vbi desideratur titulus, *communia de vsucapionib.* vt indicat index Digestor. Et hoc etiam loco labes facta est: nam est imperfectus hic versus, & sunt eius verba contorta: nam vt in *l.* 1. §. *sciendum, de suis & legit. heredib.* coniunguntur duo casus, quibus filius non obstat nepoti in iure sui: ita etiam Papin. hoc loco eosdem casus voluit coniungere, & legendum, *quemadmodum si exheredato eodem filio, nepotes cum filius moreretur fuissent, & heredes instituti postea repudiassent.* Et casus hic est: filiũ

C exheredauit, nepotem prætermisit, nec vero debuit eum instituere, vel exheredare, quia non erat suus præcedente filio: recte igitur filium exheredauit, nepotem prætermisit, & extraneum scripsit. filius mortuus est deliberante extraneo herede scripto. nondum igitur exheredatione consistente, quia ante hereditatem non valet exheredatio. mortuus est suus filius deliberante scripto, atque adeo exheredatione nondum obtinente. post mortem filij heres scriptus repudiauit, nepos erit suus heres suo ab intestato, nec videbitur filius ei obstitisse, quia tempore delatæ hereditatis aui filius non fuit in rebus humanis, id est, quia in ea hereditate filius eum non præcessit vnquam. Et ita duos proponit casus, quibus filius non obstat nepoti in iure sui, *l. si quis, de inius. rupt.* §. *in ea causa, Inst. de hereditatibus quæ ab intest. defer. l. scripto,*

D *vnde liberi.* vide *d. l.* 1. §. *sciendum.*

Ad l. 14. de bonor. possess.

Cum quidam propinquus falsum testamentum accusaret, ac post longum spatium temporis probasset: licet dies ei petenda possessionis, quam forte certus accusationis petere debuit, cessisse videtur: attamen quia hoc proposito accusationem instruit, vt suum ius sibi seruet, agnouisse successionem non immerito videbitur.

CVm quidam propinquus, id est, agnatus, vt illo loco Horatij,

----- *& ad sanos abeat tutela propinquos.*

E nam cognati ad tutelam vel curam non vocantur, & in specie huius legis inferimus agnatum appellari propinquum, quia vocatur ad hereditatẽ. Species hæc est. Quidam agnatus testamentum agnati, quo extraneum heredem scripserat, falsum esse dixit instituta accusatione aduersus heredem scriptum ex *l. Corn. testamentaria*, & post longum tempus probauit esse falsum testamentum, puta post decennium: certe post tempus intra quod petere debuit bonorum possessionem, puta intra 100. dies: (liberi & parentes petunt bon. possess. intra annum: agnati intra 100. dies) Igitur post longum tempus obtinuit agnatum intestatum fuisse, neque tamen petiit bonorum possessionem ab intestato intra 100. diem, vt oportuit ex edicto prætoris, quia diu traxit accusationem,

nec ea pendente petiit bonorum possessionem vnde legitimi: Quæritur, *an ei cesserit tempus petendæ bonorum possessionis, an ei cesserint 100. dies constituti ad bonorum possessionem*? atque ita an tempore sit exclusus à bonorum possessione vnde legitimi, an petenti eam obstet clausula, quæ ponebat cessisse ei tempus, si certus accusationis fuit, id est, si certo sciuit falsum esse testamentum, *Et certus accusationis*, inquit: certo accusationis procedunt tempora. ergo debuit bonorum possessionem petere, cui de iure suo liquido constabat. si incertus fuit accusationis, si dubitauit de iure testamenti, non potuit recte petere bonorum possessionem, sicut nec adire, *l. cum falsum, de acqui. hered. l. 3. ad l. Corn. de fals.* Certum, scientemq; adire oportet, aut bonorum possess. amplecti, non incertum iuris sui, alioqui adeundo nihil agit, & incerto accusationis non procedunt tempora bonorum possess. & statim atque ei constiterit falsum esse testamentum, etiamsi post diuturnum tempus constiterit, erit ei integrum petere bonorum possess. vnde legitimi quasi intestati agnati: nam certo accusationis tantum cedunt tempora. Accurs. & alij, tentant certo accusationis non cedere tempora, si instituerit accusationem falsi testamenti: id est, quandiu accusat testamentum falsi, non cedunt ei tempora petendæ bon. possess. ab intestato. Hæc est vulgaris sententia omnium ad hanc legem. Mouetur Accurs. hac ratione, quia certo, inquit, accusationis non cedunt tempora, quoniam eam non potuit petere: sane si non potuit eam petere, non cedunt ei tempora. Ergo ea tempora sunt vtilia, quibus scierit potueritque scire sibi competere bonorum possessionem, vt in cretionibus, & quibus potuerit petere. At nego eum non potuisse petere, cum, vt Papin. ait, debuerit petere. si debuit, & potuit: quam autem potuit petere, nec petiit, tempore amisit, id est, omisit: nam omittere proprie est tempore excludi, scriptũ tempore submoueri. Mouetur etiam Accursius, & quidẽ rationabilius, *l. contra, C. de inof. test.* Sciendũ est querelam inofficiosi testam. quæ datur liberis exheredatis extingui quinquennio: nam aut intra quinquennium est constituenda, aut non potest, *l. 2. C. in quib. caus. in integ. restit.* facultas accusandi testamenti paterni, quasi impij coërcetur breuitate temporis. Finge: egisti querela iniusti testamenti, quod desint in testam. solemnia, siue etiam egisti inofficiosi: duas querelas intentasti sibi admodũ aduersas: nam si iniustum est testam. non valet: si inofficiosum valet, sed agitur vt rescindatur. Vtramq; tamen querelã instituisti, iniusti testamenti, & inofficiosi. Ex vna velle cõsequi quod te cõtingit videris, *l. 1. §. qui autem, quod legat.* vt fit hodie frequenter, quoties diuersæ actiones eiusdem rei nomine intentantur. Dixisti iniustũ esse testamentum, & inofficiosum, licet esset iustum, & priorem querelam tantum executus es, lis tracta est in septennium, nec obtinuisti. quæritur an amiseris querelam inoffic. testamenti, an postea exequenti tibi alteram querelam obstet præscriptio quinquennij? Et ait *d. l. contra*, non obstare, quia non cessantibus præscriptio obiici non potest, tu non cessasti, cum interim querelam de iniusto testamento persecutus fueris. Ergo præscriptio temporis tibi non obstat, postea persequenti querelam inofficiosi testamenti. Præscriptiones sunt cessantium, castigationes seu reprehensiones, non etiam non cessantium. Finge, habeo actionem temporalem, veluti redhibitoriam, aut quanto minoris, nec eam intendo intra tempus constitutum, sed ea de re litigo cum compromissario, nec quicquã perficio, an post tempus actionis erit mihi actio integra? Et sane erit, quia interim non cessaui, *Nouell. 63.* Vnde colligit Accurs. etiam te, qui dixisti falsum testamentũ agnati, atque ita non cessasti, non debere repelli præscriptione temporis à bonorum possessione vnde legitimi, quia non cessasti, & quia etiamsi bona persecutus non fueris, tamen hac mente dixisti falsum esse testamentum, vt ea postea persequereris. ergo tibi non cesserunt tempora. Non est difficile respondere. In specie *l. contra*, tu egisti

A querelã iniusti & inofficiosi, & executus es priorem, posteriorẽ ergo querelam non omisisti, quia eam inchoasti cum priore. egisti igitur in *d. l. querela inoffi.* quia eam non omisisti. In hac specie non petiisti bonorum possessionẽ, ergo eam omisisti tempore, nec tibi est integrum eam petere tempore excluso. Verum non deest aliud remedium: quia etiam hoc ipso, quod accusationem falsi instituisti, iuris tui conseruandi causa, videris successionem agnouisse animo: ad te igitur intelligitur peruenisse hereditas agnati, quia accusando testamentum falsi, videris successionẽ agnouisse. Quid autem est agnoscere successionẽ? Pro herede gerere, qui vnus est modus acquirendæ hereditatis, *l. gerit, de acq. hered.* Gerit pro herede, qui agnoscit animo successionem, licet nihil attingat. Non dicit Papi-

B nianus te bonorum possessorem fieri, quia tempora bonorum possessionis præterierunt, sed dicit te successionẽ agnouisse. non dicit bonorum possessionem, sed successionem: igitur heres es, non bonorum possessor, vel es, vel fieri potes. Bonorum possessio nisi petita vel data sit, non acquiritur: aut est petenda, aut à prætore sciente non petenti danda, *l. seruus, hoc tit.* Excipitur municipium, cui acquiritur bonorum possessio etiam sine petitione vel datione, ipso iure, *l. 3. § à municipalibus, hoc tit.* Et hodie etiã ex nouissimis Constitutionibus ad acquirendam bonorũ possessionem sufficit nuda voluntas, id est, quælibet testatio, siue quodlibet indicium amplectendæ bonorũ possessionis, *l. vlt. §. non vtitur, de curat. fur. §. vlt. Inst. de bon. possess.* Hodie igitur videtur bon. possess. agnouisse. Quem

C volunt esse sensum huius legis, verum is esse non potest, cum nondum exiissent Constitutiones, quæ quamlibet agnitionem bon. posses. admittunt. Verus sensus hic est: agnatum qui dixit testamentum agnati falsum, nec obtinuit intra tempora, sed postea, repelli à bonorum possessione vnde legitimi: non repelli ab hereditate, quemadmodum dicendo testamentum falsum, videtur se pro herede gessisse ab intestato, cum non alio fine dixerit, quam vt hereditatem sibi reseruaret legitimam.

Ad l. 21. de leg. præst.

Si portio hereditatis quam excepta persona beneficio legis habere potuit, repudietur, pro ea quoque parte filius, qui bo-

D *norum possessionem accepit, non aliis quam exceptis personis legata præstabit.*

NOtandum est, magnam esse differentiam inter querelã inofficiosi testamenti, & bonorum possessionẽ contra tabulas: nam querela inofficiosi testamenti datur immerito exheredatis suis siue emancipatis, siue sint emancipati, siue in potestate, & necessaria est vtriusque, alioqui non peruenirent ad hereditatem. Datur etiam parentibus exheredatis, & necessaria est, vt ad bona veniãt. Bonorum autem possessio contra tab. datur liberis silentio præteritis: & emancipatis est necessaria, suis autẽ non est necessaria: quamuis enim sui prĉteriti eam petere possint, tamen necessaria non est, quia mero iure ab intestato heredes sunt, *l. pen. §. legata, tit. prox. supr.* Datur etiam bo-

E norum possessio contra tabulas parentibus, sed non semper: nam iis tantum datur, qui filium vel nepotẽ emanciparunt & manumiserunt, id est, qui in emancipando contraxerunt fiduciam, in tit. *si quis à parente manum.* Datur etiam patronis quibusdam bonorum possessio contra tabulas, non tamen vnquam querela datur patronis. Addendum est etiam, querelam inofficiosi testamenti dari contra heredem scriptum, qui adiit hereditatem, nec enim ante aditam hereditatem nascitur querela. Bonorũ possessio contra tabulas datur contra testamentũ, etiamsi heres scriptus non adierit. Et hoc est, quod dicitur bonorum possessionem contra tabulas dari contra lignum, *l. quod vulgo, supr. tit. prox.* Querela inofficiosi testamenti, alias in totum rescindit testamentum, alias pro parte: in

totum, si scriptus sit extraneus: in partem, si scriptus A frater fratris exheredati, qui agit querela, *l. Papin.* §. *sed neque, de inoffic. test.* Bonorum possessio contra tabulas, semper rescindit testamentum: & si frater præteriti sit heres institutus, præteritus instituto fratre committit edictum, id est, aperit ei viam ad petendam bonorum possessionem contra tabulas, & sic infirmat totum testamentum. Item querela inofficiosi testamenti patrem facit intestatum, *l. 6. §. pen. l. mater, de inoffic. test.* Bonorum possessio contra tabulas testatorem non facit intestatum ipso iure, licet iure prætorio testamentum rescindatur, *l. 1. hoc tit. l. vt liberis, C. de collat.* Sed non ideo sequitur, testatorem fieri intestatum ipso iure, id est, ciuili, nec etiam prætorio, vt in *l. pen. §. sed quemadm. supra tit. prox.* ostenditur quamuis obscure. B Finge: Duo sunt fratres, vnus exheredatus, alter præteritus. si præteritus sit suus, testamentum nullum est ipso iure, ergo vterque etiam exheredatus succedet ab intestato: sed si præteritus sit emancipatus, licet acceperit bonorum possessionem contra tabulas, testamentum valet, si heres aliquis adierit ex testamento, & exheredato fratri non committitur edictum, *l. si post mortem §. exheredati, tit. prox. supra*, id est, non potest venire exheredatus vna cum fratre præterito ad bonorum possessionem contra tabulas, nec ad legitimam hereditatem ab intestato, quia testamentũ valet ipso iure, licet rescissum sit iure prætorio per bonorum possessionem contra tabulas. Ideoque necesse habet agere querela inofficiosi, scilicet aduersus heredem scriptum qui adiit. Instituto tamen fratri committitur edictum, non exheredato. C Vltima differentia hæc erit, si testamentum rescindatur per querelam inofficiosi, nihil in testamento scriptum valet secundum ius, quod obtinuit ante Nouellam Iustiniani, quæ vult solam institutionem rescindi ex causa exheredationis vel institutionis, quæ pro exheredatione habetur, vt si filius sit prę̨teritus à matre: nam silentium matris est exheredatio, non silentium patris. sed si per bonorum possessionem contra tabulas testamentum rescindatur, secundę tabulę, id est, pupillares, & quę in eis relicta sunt legata, nõ rescinduntur, *l. ex duobus §. vlt. de vulg. sub.* Legata quoque relicta primis tabulis his personis, quæ sunt exceptæ in hoc edicto *de leg. præst.* vt liberis & parentibus testatoris, vel quæ sunt relicta vxori, aut nurui testatoris, dotis nomine, ea prætor non rescindit. D Bonorum possessio est ex edicto prætoris. Querela inofficiosi est ex iure ciuili: ius prætorium mitius est iure ciuili: hodie Iustinianus mitiorem fecit querelam inofficiosi: nam legata omnib s cõseruari voluit rescissa institutione sola, *Nou. 115.* Et hoc est, quod dicitur, ex causa exheredationis vel prætoris, quæ pro exheredatione habetur, sola institutio vitiatur, cætera firma manent, vt secundæ tabulæ, tutelæ, libertates, legata omnia & fideicom. quibuscunq; personis relicta. Petita autem bonorum possessione contra tabulas, ex hoc edicto de legatis præstandis exceptis personis non tantum conseruantur legata, sed etiam quę instar legatorum habent, vt fideicom. & mortis causa donationes, *l. 3. l. 5. §. idem obseruatur, l. si filius, h. t.* Conseruantur enim portiones hereditatum, non ex hoc edicto: nam legati E verbum non potest continere hereditatem, sed ex constitutione Diui Pij, vt si parentes vel liberi sint heredes scripti ex parte, ea pars eis conseruetur, *l. 5. §. sed & si portio, l. 7. hoc tit. l. qui duos, in fine. de coniung. cum emancip. lib.* Exceptis igitur personis hæc omnia conseruantur, sed quomodo? an omnino hæc omnia conseruantur? minime: nam hæc quæ retulimus exceptis personis ita conseruari intelligimus, vt nullo titulo plus ferant, quam virilem portionem, nec titulo institutionis, nec legati: Nam vsque ad portionem virilem duntaxat parentes, & liberi tuendi sunt, ne plus habeant, quã præteriti, qui petierunt bonor. possess. cõtra tabulas. Ideoq; eorum portio in virilẽ redigi potest, si ex maiore parte scripti sint, sed si ex minori parte, eorũdem portio augeri non potest, *l. 5. §. ad eum autem modum, h. t.* Vxor autem vel maritus, cui aliquid relinquitur dotis nomine, non rediguntur in virilem portionẽ, sed totũ legatum percipiunt, quia rem suam percipere videntur. Ideoque legatum dotis Falcidia non minuitur, *l. viriles §. si quid vxori, hoc tit. l. sed vsusfr. §. 1. ad leg. Falc.* Finge: in testamẽto quo filius heres præteritus est, heredes scripti sunt alij filij ex portione quadam, vel nepotes, vel parẽtes testatoris, & ab eis relicta sunt legata: nõ adeunt hereditatem, nec etiã repudiant, sed omittunt, quia sciunt præteritum petiisse aut petiturum esse bonorum possessionẽ contra tabulas, vt fit, *l. 4. h. t.* conseruatur eis portio hereditatis ex Constit. Diui Pij, an legata pręstabũt omnibus? Minime, sed ea tantũ, quę relicta sunt exceptis personis, perinde ac præteriti, qui petierunt bonorum possessionẽ contra tab. *l. 5. & 10. sup.* Sed quid si parentes & liberi repudiarunt portionẽ hereditatis, ea portio accrescet præterito, qui petiit bonorum possessionem contra tabulas, & non tantum pro sua parte, sed etiam pro ea parte, quæ ei accreuit, pręstabit legata personis exceptis. Quid si parentes & liberi adierint hereditatem? pro ea parte, pro qua instituti sunt omnibus præstabunt legata. Hæc quæ diximus sunt accipienda de præterito emancipato. Nam suus præteritus, qui petiit bonorum possessionem contra tabulas, ne exceptis quidem personis præstat legata, *l. is qui in potestate, hoc tit.*

Ad l. 11. de Carb. edicto.

Cum sine beneficio prætoris, qui patitur controuersiam, filius heres esse non potest, forte quia scriptus est, edicto Carboniano locus non est: ac similiter cum certum est, quamuis filius sit, eum tamen heredem non fore: veluti si Titio herede instituto, postumus aut impubes exheredatus negetur filius. Nec ad rem pertinet, quod interest illius in quibusdam filium esse, veluti propter fratris ex alia matre nati bona vel iura libertorum, & sepulchrorum: istos enim casus ad Carbonianum constat non pertinere.

Carboniana bonorum possessio, non est propria quædam bonorum possessio, sed vel vnde legitimi, vel vnde liberi, vel secundũ tabulas. Et huic locus est in hac specie: Filius pupillus in testamento pręteritus, nam pupillo tantum debetur hæc bonorum possessio: filius igitur præteritus est testamento patris, & petiit bonorum possessionem contra tabulas, vel patre intestato bonorũ possessionem vnde liberi: fit ei controuersia status quod negetur filius esse defuncti, fit ei cõtrouersia hereditatis paternæ, an dabitur possessio bonorum, quam petit? Quod non videtur, quia quæstio status est præiudicialis. Igitur quia petit iugulum causæ, est peremptoria: & sane iure nõ est danda, quoad finita fuerit status quæstio. Verum ex edicto Carbonia. causa cognita interim pupillo dabitur bonorum possessio, vel contra tabulas, vel vnde liberi, quæ dicitur Carboniana, & differetur status quæstio in tempus pubertatis. Datur causa cognita: nam debet prætor perpendere, vtrum expediat pupillo repræsentari, an differri quęstionẽ status. Ergo hęc bonorum possessio est decretalis, quia decreto interposito datur: extraordinaria, nõ ordinaria: *prouisionnaire:* temporaria nõ perpetua, nã pubertate finitur, nec interim suo effectu caret. nã pupillus cui decernitur, interim possidet solus, nisi aduersarius sit ex liberis, & interim alitur ex bonis & exercet actiones tempore perituras. Plerumque autem Carboniana bonorũ possessio datur filio præterito, vel filio venienti ab intestato: nam filio pupillo instituto non datur Carbo. bonorum possessio secundum tabulas, quamuis negetur esse filius, quia non vt filius venit ad hereditatem, sed vt scriptus, & sufficit ei bonorum possessio secundum tabulas edictalis, nec opus est decretali, *l. 1. §. Pompon. h. t.* Et hoc est, quod ait Papinianus in princ. huius l. Verum quæstio status differtur in tempus pubertatis ex Constit.

l. 3. §. 1. *h. tit.* non ex hoc edicto. sed ex Constit. Et ita demum huic edicto locus erit, si status & hereditatis controuersia sit: nam si status tãtum, statim iudicium explicandum est, *l. de bonis* §. *ita demum, h. t.* Et hoc ita procedit, vt non sit locus Carboniano, nisi sit institutus quasi filius ab eo, qui eum non instituisset, si cognouisset eum filium suum non esse: nam hoc casu indigebit auxilio edicti Carbon. *l.* 4. *C de hered. instit.* Pupillo exheredato non datur Carboniana bonorum possessio, maxime si sit exheredatus non apposito elogio huiusmodi, quia filius meus non est, vel quia ex adulterio est conceptus, exheres esto: nam si secundum quod scripsit testator, & post mortem eius negetur esse filius, locus erit Carbo. edicto, alioqui exheredato pupillo non datur bonorum possesio Carboniana, quamuis negetur filius, *d. l.* 1. §. *item Pomp. &* §. 7. *h. t.* quia certum est, eum, heredem non fore (quamuis filius sit) propter exheredationem: interest tamen eius, vt filius pronuncietur, licet institutus vel exheredatus sit propter alias quasdam causas, nõ propter Carbon. sed in aliis causis interest illius filium esse defuncti, vt si sit quæstio de bonis fraternis. Finge: Deducto fratre intestato nato ex alia matre, pupillus dixit, se eius fratrem esse; & fratrem consanguineum præferri matri ex SCto Tertull. mater negat eum esse fratrem, an interim dabitur Carboniana? Minime, quia non agitur de bonis paternis, quo solo casu datur Carboniana, *l.* 3. §. *si is qui status, h. t.* & tamen interest eius, filium censeri eiusdem patris, vt habeat bona fraterna: nam exheredatio non adimit bona fraterna, sed ius suitatis, non ius consanguinitatis. Secunda causa est, vt eius intersit esse filiũ, si sit quæstio de bonis paternis liberti, & negetur esse filius patroni. Ad hanc speciem non pertinet Carboniana, *l.* 7. *si impubes* §. *si pupillus, h. t.* sed tamen interest eius filiũ esse, vt obtineat bona liberti. Et loquitur de filio pupillo instituto: nam exheredatus non admittitur ad bona paterni liberti, nisi libertus ei sit adsignatus, *l.* 1. §. *sed etsi exheredato, de adsig. lib.* & nisi pater cauerit nominatim, vt ius ei sit saluum in libertum, *l. si pater exheredato, de bon. lib.* Tertia causa est propter ius sepulchrorum, *l.* 6. §. 1. *de relig. & sumpt. fun.*

Ad l. 11. de bon. poss. sec. tab.

Qui ex liberis meis impubes supremus morietur, ei Titius heres esto: duobus peregre defunctis, si substitutus ignoret vter nouissimus decesserit, admittenda est Iuliani sententia, qui propter incertum conditionis etiam prioris posse peti bonorum possessionem respondit.

§. 1. ¶ *Filius heres institutus post mortem patris ab hostibus rediit, bonorum possessionem accipiet, & anni tempus, à quo rediit, ei computabitur.*

PRima quæstio versatur circa speciem eiusmodi. Duo sunt filij impuberes, pater vt inter eos conseruet ius legitimæ hereditatis, vt *l. vel singulis, de vulg. substit.* non substituit vtrique, id est, si vterque impubes decederet, sed substituit ei tantum, qui supremus moreretur. quæ substitutio est quidem pupillaris, cum sit facta in secundum casum: sed & vulgaris dicitur, quia quotiens erant duo vel plures impuberes, pater solebat ei substituere, qui supremus moreretur, *l. in vulg. de verb. sign* Ergo vulgaris substitutio dicitur duobus modis, quæ fit in primum casum: & formula vulgaris substitutionis pupillaris, quæ scil. fit supremo morienti in secundum casum. Duo tantum sunt casus substitutionis. Primus est casus non acquisitę hereditatis, vt, *si primus heres non erit, secundus heres erit*, quæ est substitutio vulgaris separata à pupillari, quæ fit passim à quolibet ex 12. tabulis. Secundus casus est acquisitæ hereditatis & mortis, in quem substituimus tantum directo. vt liberis impuberibus, qui sunt in potestate nostra, hoc modo: *filius ille impubes heres esto, si heres erit & impubes decesserit, ille heres esto*, vel etiã secundus casus est casus mortis tantũ. Nam substitutio pupillaris fit etiam exheredato hoc modo: *Ille filius quem exheredaui si impubes decesserit, Titius illi heres esto.* Pupillaris substitutio non est testamentum paternum, sed pupillares tabulę secundũ quas datur substitutis bonorum possessio perinde, atq; secũdum tabulas institutis. Nunc finge: Ex duobus impuberibus pater substituit supremo morienti: at non apparet quis fuerit, quia simul periere in mari, nec apparet aut cõstat vter nouissimus decesserit. Quæritur substitutus, qui substitutus est ei, qui supremus moreretur, vtrum nulli heres erit, an vtrique? & ait, substitutum vtrique heredem esse ex substitutione, & posse vtriusque pupilli bonorum possessionem petere secundũ tabulas. Ergo neuter filius mortuus est intestatus, quandoquidem substitutus supremo morienti, vtriq; videtur substitutus: quoniam iure patriæ potestatis pater filiis fecit testamentum: nam alius nemo testamentum facit: puberi .n. non potest ita substituere, nisi per fideicõmissum. non possum heredem dare ei, qui solus heredem facere potest. Et hoc ita respondit Iulianus, propter incertum conditionis, quia incertum est extiterit cõditio substitutionis, an defecerit, propterea quod non apparet vter supremus decesserit: Nam & vterque supremus dici potest, cum neutri eorum alterum superstitem fuisse apparet, *l. qui duobus, de reb. dub. l. ex duobus, de vulg. subst.* Ergo vterq; intelligitur supremus decessisse, proinde in vtriusq; persona substitutio locum habet: nam supremus non is tantum est, qui post alium moritur, sed & is, post quem nemo est, neque autem post hunc, neque post illũ alius est. Ergo vterque est supremus: sicut vltima voluntas hæc demum est, quæ facta est post aliud testamẽtum: sed & ea post quam nullum est testamentum, vt vnicum testamentum, vltimum est, *d. l. in vulgari.* atque ita secundum verba substitutionis statues, substitutum ad vtriusque bona, ad vtriusq; hereditatem admitti. Secũda quæstio est de filio, quem pater heredem instituit eo tempore, quo erat apud hostes. An aliquando poterit filius institutus à patre, petere bonorũ possessionẽ secun. tabulas? sic sane, si redierit ad suos: quia fictio postliminij fingit eũ nunquã fuisse in seruitute. Ideo & interim fratribus partem facit, id est, eius persona numeratur in partibus faciẽdis propter spem postliminij, *l.* 1. §. *si ex tab. de bon. poss. cont. tab.* reuerso datur bonorum possessio secundum tabulas. Atqui bonorum possessio petenda est intra annũ. Finge: fuit apud hostes ex quo heres institutus est per quinquennium, an ei cessit tempus? minime: quia est annus vtilis, & in eo, quo fuit apud hostes, nullus dies fuit ei vtilis ad petendam bonorum possessionem: quia annus computatur, non ex quo pater mortuus est, sed ex quo rediit postliminio. Quod notãdum: nam idem trahi potest ad absentes, & ad relegatos, nec facio inter eos differentiam, quam introducit Accurs. hoc loco; nam his omnibus tempora vtilia cedere dico ex quo redierunt. dicit Accurs. constituendam videri differentiam inter eas personas, quia captiuus procuratorem constituere non potest: qua de causa non poterit ei imputari, quod non egerit. relegatus potuit agere vel petere per procuratorẽ: itemque absens reipub. causa: debent ergo eis cedere tẽpora dum absunt. Circumscribimur nisi prouideamus? nam captiuus etiam si procuratorem habere non possit, potest tamen bonis eius curator constitui, & hic potest actiones intendere tẽpore perituras, & vero solet plurimum is curator bonis captiui, per quem cum agantur & fiant omnia, cur non cedunt tempora captiuo? Eandem igitur rationem oportet inducere in omnibus personis, *l. semper* §. *si quis, quod vi aut clam.* Interdictũ quod vi aut clam est annale. absenti reip. causa istud interdictũ cœpit competere, nec tamen eo egit, vel per se, vel per procuratorem, quem tamen potuit constituere, an annus ei cõputabitur? non, sed ex tẽpore quo rediit. imo excludetur anno. sed ex ea causa ei subuenietur, etiamsi procuratorem habuerit, aut etiam procuratorem potuerit consti-

tuere, quia non omnis, qui procuratorem habet, & defendi ab eo potest, non omnis procurator est admodum sollicitus, & vel potest mori, vel deprehendi non idoneus ad agendum, vel est huiusmodi, vt possit ei opponi exceptio procuratoria, *l. sed etsi per prat.* §. 1. & §. *item, ex quib. caus. mai.* quod velim transferre omnino ad *l. Papi. de minorib.* Finge: minor 25. annis relegatus est, quem aliquis circumscripserat ante relegationem. nondum restitutus impleuit 25. annos, etiam impleuit annum vtilem, intra quem post 25. annum potest peti restitutio in integrum. Quæritur an reuersus post 30. annum possit petere restitutionem in integrum? ait non posse, quia potuit per procuratorem agere, namque procuratorem habere & facere potuit. ex causa tamen ei subueniendum est. Et tollenda est differentia Accursij illa, inter absentiam siue relegationem, & absentiam necessariam & probabilem, vel absentiam reipubl. causa: nam siue hæc, siue illa fuerit causa absentiæ, absenti & reuerso ex causa subueniendum est: nam & illarum causarum differentia rationem nullam habet. Qui enim nominatur vt peregre reipubl. causa eat, inuitus hoc suscipit. Est enim hoc munus publicum, quod inuitis defertur.

Ad §. vlt. eod.

Testamento facto Titius adrogandum se præbuit, at postea sui iuris effectus, vita decessit. scriptus heres, si possessionem petat exceptione doli mali summouebitur, quia dando se (in) adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiã, & domum alienã transfert. Plane si sui iuris effectus codicillis aut aliis literis eodem testamẽto se mori velle declarauerit, volũtas, quæ defecerat, iudicio recenti rediisse intelligitur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, vt priores supremas relinqueret: nec putauerit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum: non enim de iure testamenti maxime quæritur, sed viribus exceptionis, quæ in hoc iudicio, quamquam auctori opponantur, ex persona tamen eius, qui opponit, æstimatur.

SCiendum est, non dari bonorum possessionem secundum tabulas heredi scripto, nisi testator habuerit testamenti factionem mortis & testamenti tempore, *l. 1. §. exigit, hoc tit.* Quod ita est accipiendum. Si filiusfamil. testamentum fecit, & mortuus sit paterfamil. non valet testamentum, quia habuit quidem testamenti factionem mortis tempore, sed non eo tempore, quo fecit. Idemque erit, si seruus testamentum fecerit, & liber decesserit, si pupillus testamentum fecerit, & pubes decesserit, *l. si filius, qui test. fac. poss.* & iisdem fere verbis Marc. Tul. in epist. ad Treb. lib. 7. epist. 21. *Negare aiebat Seruium tabulas testamenti esse eas quas instituisset is qui factionem testamenti non habuerit.* Ergo non satis est habuisse testamẽti factionem mortis tempore, nisi habeas etiam testamenti faciendi tempore. At cõtra, quod notandum, nonnunquam satis est habuisse testamenti factionem testamenti facti tempore, licet non habueris mortis tempore: vt si post factum testamentum mutus aut surdus factus fueris, atque ita decesseris, fecisti rite testamentum, sed non faceres rite mortis tempore, quia es elinguis, vel surdus, vel etiam post testamentum factum in furorẽ incidisti, vel tibi bonis interdictum est quasi prodigo, & nihilominus valet testamentum, quod ante fecisti, *l. 6. qui test. fac. poss.* & *l. 1. §. si quis autem, h. tit.* Sed exigo omnino, vt testator, qui post testamentum factus est vel furiosus, vel mutus, vel surdus, vel qui prodigus prounciatus est, permanserit vtroque tempore ciuis Romanus, & sui iuris, quia scil. vt detur secundum tab. bonorum possessio, non tantum mortis tempore, sed etiã testamenti tempore, testatorem sui iuris esse oportet, & ciuem Romanum. & non tantum testamenti tempore, sed etiam mortis. hoc retro agitur: nam si post testamentum deportetur vel adrogetur, deportatione fit pe-

A regrinus, arrogatione desinit esse suus, & propterea deportatione & arrogatione testatoris irritum fit testamentum. deportatione, quia omnia bona sua amittit. Deportationis verbo continetur semper publicatio omnium bonorum. Adrogatione autem, quia cum suo capite omnia sua bona transfert in familiam, dominium, & potestatem adrogatoris. cuius autem nulla sunt bona, eius & nullum testamentum est. Quid tamen si vtroque tempore fuerit ciuis Romanus? veluti paterf. testamentum fecit, post se adrogandum dedit, deinde emancipatus vita decessit. fuit igitur ciuis, fuit paterf. mortis tempore, & testamenti, non etiam medio tempore. Quæritur, *an scripto heredi sit danda bonorum possessio sec. tab.* Et sane iure prætorio datur heredi scripto §. *non tamen, Inst. quib. mod. test. infirm.* licet medio tempore non

B fuerit ciuis Romanus, aut paterfamil. *l. 1. §. sed si quis vtroque, h. t.* Ergo, vt dixi, testamentum valet, dummodo sit obsignatum septem testium signis, etiam si in eo alia solemnia desint, etiamsi sit ruptum, dummodo obsignatum sit, & fuerit testator ciuis Rom. & paterfam. vtroque tempore, prætor dat scripto heredi bonorum possess. secundum tabulas, *l. conficiuntur* § *si post, de iure codicil.* Sed aliquando bonorum possessio sec. tabulas sine re constituetur, quia scripto, qui accepit secundum tabulas, agenti possessoriis actionibus obstabit exceptio doli mali, quod scilicet ex eo testamento pergat agere, quod iure ciuili irritum factum est adrogatione. Ergo datur quidem secundum tabulas, sed erit sine re, propterea

C quod ipso iure irritæ sunt tabulæ, neque prætor vnquam abrogat ius ciuile, emendat tamen. Verum quid dicemus, si testator ille dixerit, se mori velle eodem testamento? Potuit reficere testamentum, non refecit tamen. videtur testamentum, quod fuerat irritum, recenti iudicio testatoris reualuisse, sicut euenit in hac specie. Finge: post prius testamentum scripsi posterius, vtrumque rite, posteriore rumpitur prius. At finge, me confregisse posterius, an valet prius? valet quasi vltimum, nec aliud factum fuisse intelligitur. Ergo etiam in proposita specie, videtur recenti voluntate reualuisse voluntas defuncti, quam adrogatio irritam fecerat. Et sane concludendum est, quoniam declarauit, se velle eodem testamento mori, scripto heredi agenti possessoriis actionibus iure bonorum possessionis secundum tabulas, non obstare exce-

D ptionem doli mali, non quia nuda voluntate sit restitutũ testamentum: nam nuda voluntas nunquam restituit testamentum, sed quia hæc exceptio doli proficiscitur ex bono & æquo, & bonum & æquum est conseruari tabulas, quas testator iudicio recenti confirmauit: nam, vt subiicit, opposita exceptione non quæritur potissimum de iure testamenti, non in id exceptio concipitur, sed quæritur de bono & æquo. quæ æquitas spectatur non ex persona actoris, qui accepit bonorum possessionem secundum tabulas, sed ea æquitas spectatur ex persona rei, qui obiicit exceptionem doli mali, quia si reus iure ciuili heres sit ab intestato, præferetur scripto, & bonorum possessio secundum tabulas sine re constituetur, vt nominatim scribit Vlpianus in *fragment. tit. quemadm. testam.*

E *rump.* Sed si heres non fuerit ab intestato, scriptus præferetur, maxime si scriptus & ab intestato potior futurus sit eo qui vtitur exceptione doli mali, *argum. l. 2. & l. post. de ini. rupt. testam.* Sententiæ propositæ initio *l. pen.* multa obiici poterant, quæ ego prætermisi data opera. Ex eadem *l.* §. *vlt.* elicimus, heredi scripto testamento eius, qui mortis & testamenti tempore fuit paterfam. non medio, recte dari bonorum possessionem secundum tabulas, si modo sint obsignatæ septem testium signis. ergo nihil praeterea prætor requirit. verum agenti, exceptionem obstare doli mali, quia iure ciuili irritum est testamentum propter capitis deminutionem, quæ medio tempore contigit. Inde quærebatur, an obstaret etiam ei exceptio doli mali, si testator priusquam moreretur, declarauerit, se eodem testamento mori velle? Et puto

non obstare exceptionem propter recens iudicium defuncti, & bonorum possessionem secundum tabulas fore cum re propter recens iudicium defuncti, non quasi recenti illo iudicio, quod nudum fuit, non solemne, non inquam. quasi recens illud iudicium restituerit tabulas, quæ defecerant, quod fieri nequit: nam testamentum neque constituitur, neque restituitur nuda voluntate: sed non obstat exceptio doli mali, quia proficiscitur ex bono & æquo, hoc est, quia in ea vertitur quæstio boni & æqui ex aduerso doli mali, & æquum est conseruari tabulas, quas vel nuda voluntate testator confirmauit & renouauit: nam in exceptione doli mali potissimum de iure non quæritur, sed de bono & æquo, quod quidem æstimatur à iudice, non æstimatur ex persona actoris, sed ex persona rei. quoniam opponit exceptionem doli mali, de qualitate eius personæ inquiret iudex, & si inuenerit, ab intestato eum esse defuncto potiorem heredem, eum præferet scripto, atque ita bonorum possessio secundum tabulas cõstituetur sine re, & obstabit exceptio actori: Sed si is qui opponit eam exceptionem, non sit futurus potior ab intestato, id est, si heres scriptus etiam ab intestato rem obtinere possit, & ei præferri, præferretur scriptus, & bonorum possessio erit cum re, & hoc casu non obstabit exceptio doli mali, quia heres scriptus omnino rem habiturus est: non est igitur inuidenda successio honoraria, quia & ea omissa iure legitimo heres futurus est, presertim cum testator declarauit se eodem testamento vti velle.

Ad l 42. de bon. libert.

Filius, qui patri heres exstitit, fratrem exheredatum adrogauit, atque ita herede eo relicto, defunctus est. bonorum possessionem libertus patris naturalis exheredatus non habebit: nam cui non exheredato talis adoptio noceret, nocere debet exheredato: quoniam pœna quæ legibus aut edicto irrogaretur, adoptionis remedio non obliteraretur. Paulus notat: *Et qui alio iure venit, quam eo, quod amisit, non nocet id quod perdidit, sed prodest, quod habet. sic dictum est, patrono eidemque patronæ filio non obesse. quod quasi patronus deliquit, si patronæ filius venire possit.*

SVnt tres aut quatuor quæstiones in hac lege. Certum est, filium patroni exheredatum à patre repelli à bonis liberti, quasi indignum, vt *l. 12. §. pen. hoc tit.* Indignum, inquit, non existimat pater filium bonis liberti, quem vocat ad suam hereditatem: contra, quem existimauit esse indignum suis bonis, existimauit indignum bonis liberti; & consequenter exheredatus non tantum repellitur à bonis paternis, sed etiam à bonis liberti. Et ita apud Valer. Max. *Cum Syllanum filium meum, pecunias à sociis accepisse probatum sit, & republica & domo mea indignum iudico, protinusque à conspectu meo abire iubeo.* Excipiendi sunt quidam casus, vt si pater filio exheredato libertum adsignauerit. Item, si bona mente eum exheredauit, non iniuriæ, aut pœnæ causa: nam quandoque exheredatio non fit irato animo, sed prudenti consilio patris, vt si filius sit pupillus, & præstet in ea ætate filium exheredari, quam habere hereditatem. Vel finge: exheredauit filium furiosum, & reliquit ei hereditatem per fideicommissum rogato herede instituto, vel hereditatem ei restitueret, cum resipuisset. hæc exheredatio fit bona mente, nec aufert iura libertorum, patronatus iura, nec lucra nuptialia, vt in *Nouel. 22.* Et ita exheredato non datur querela inofficiosi testamenti, & non est inofficiosum testamenrum, in quo bona mente filius exheredatur. non est igitur querela: nam nemo queritur de prudentia patris, sed de ira patris, & iniuria. Item si filium exheredatum patronus aliquo gradu instituerit; hoc enim casu non repellitur à bonis liberti. Potest quis esse eodem testamento exheredatus & institutus, vt institutus primo gradu, exheredatus secundo, & contra. hic non est indignus hereditate liberti paterni, cum nec eum pater cen-

A fuerit prorsus sua domo indignum, *d. l. 12. §. pen.* Est & alius casus: si pater exheredato filio cauerit nominatim, vt ius ei saluum esset in libertum, *l. si pater exheredato, h. t.* His casibus exceptis exheredatus repellitur, non tantum à bonis patris, sed etiam liberti. Et idem obtinet in præterito à matre: nam & hic repellitur à bonis liberti matris, quia præteritio pro exheredatione habetur. Idẽ etiã obtinet in filio præterito testamento militis: nam præteritio etiam militis pro exheredatione habetur, propterea quod ea diligens obseruatio testamentorum ordinandorum & hæc inter cetera non seruatur in testamento militis. Ergo quem præteriit miles, repellitur à bonis paternis, quasi exheredatus, & à bonis liberti, *l. 12. in pr. h. t.* vt non possis non dicere, Vlp. non pugnare cum Paulo

B in *l. Paulus, h. t.* nisi aliquid finxeris primum: nam possis dicere negationem deesse in *d. l. Paulus.* Finge: miles filium præteriit in testamento, exheredauit igitur. Quæritur, *an admittetur hic filius ad bona libertorum auitorum* Et regulariter exheredatus à patre repellitur, & à bonis liberti tam paterni, quam auiti, quia per patrem consequitur auitos libertos, *l. 20. §. 1. hoc tit.* sed silentium militis non vsque adeo debet nocere filio, vt ait *d. lex Paulus*, vt & repellat eum à bonis libertorum auitorum. Et significat repelli quidem eum à bonis paternorum libertorum, sed non etiam à bonis auitorum, atque ita nihil pugnat: Et in fine legendum est: *idem responsum non est de bonis libertorum paternorum.* Nam silentium excludit eum à bonis libertorum paternorum, non ab auitorum. Ad hæc notandum, quia diximus de filio exhere-

C dato à patre; nunc de filio patroni, qui est in adoptiua familia, an sicut exheredatus repellitur à bonis liberti, ita & filius patroni, qui est in adoptiua familia? minime, *l. patroni filia, h. tit.* Id vero dubitatione non carebat: nam filius meus repellitur à bonis meis, si sit in adoptiua familia, repellitur à possessione bonorum contra tabulas, & vnde liberi & vnde legitimi. Igitur à bonis meis, nisi sit heres institutus: & hodie ex Constit. Iustin. nisi sit adoptatus ab extraneo, repellitur à bonis paternis propter adoptionem, id est, quia transiit per adoptionem in alienam familiam. Videbatur etiam repellendus à bonis liberti, sed non est semper eadem ratio bonorum patris & liberti paterni, vt in hac specie. Verus est filius emancipatus, & nepos ex eo, qui in aui familia remansit, vterque pariter vocatur ad hereditatem parentis ex edicto *de

D coniung. cum emanc. liber.* Ad hereditatem liberti paterni solus filius emancipatus vocatur, nec ei coniungitur nepos, *l. 5. §. vlt. hoc tit.* Item filius deportati & proscripti certe ab eius bonis repellitur, non tamen à bonis liberti, *l. 4 supr. de iure patron.* Aliud est iure ciuili, *l. 3. infr. de interd.* sed constitutiones potiores sunt iure. Ergo non semper eadem est ratio bonorum patris & liberti. His cognitis, fingamus speciem huius legis: Pater duos habet filios, vnum heredem instituit, alterum exheredat: post mortem patris institutus exheredatum adoptauit in locum filij, eoque instituto vita functus est. Quæritur, *an exheredatus admittatur ad bona liberti patris naturalis*? Et videtur admittendus, quia exheredationem videtur ob-

E literasse adoptio & successio fratris: quandoquidem exclusus per successionem fratris adeptus est bona paterna, & eo modo rediit in familiam, qua fuerat exclusus. Exheredatione desiit esse suus, *l. 9. §. si filium, de lib. & post.* Si suus desiit esse, & agnatus igitur cum suitas sit species agnationis, *l. scripto, vnde lib.* Et est, quod dicitur, exheredationem successisse in locum abdicationis: nam certè Græcè vtraque habet idem nomen: nam in Basil. exheredatio sæpissime appellatur ἀποκήρυξις. Hodie abdicatione non vtimur, quæ fiebat olim etiam viuo patre: Exheredatio non valet nisi post mortem patris. Et abdicatio fiebat passim quacumq; scriptura: Exheredatio non valet nisi fiat testamento rite perfecto. Papin. autem existimauit hunc filium exheredatum, quem postea frater heres institutus adoptauit, non habere bonorum possess. liberti patris naturalis. Et vtitur Papin. hac

ratione: *Filius*, inquit. *qui*, *&c.* Respondet, eum non habiturum bona liberti naturalis, licet postea adoptatus fuerit à patre: *nam cui non exheredato talis adoptio noceret, nocere debet exheredato.* Est falsa ratio: nam non exheredato talis adoptio non noceret: patronus enim manet & qui capite minuitur, *l. sed etsi, de in ius voc.* Non exheredato igitur subsequens adoptio non noceret: quia igitur propositio falsa est, & consecutio igitur, & vt iamdiu ostendi, & hic manifesta traductio verborum, & sic legendum est: *nam cui non adoptato talis exheredatio nocet, nocere debet adoptato*, quod ostendit ratio rationis, *quoniã pœna, &c* Quod sic explicandum est. Lege 12. tab. & legibus nouis, id est, Iulia & Papia, atque etiam edicto prætoris, hæc pœna irrogatur exheredatis filiis, vt non tantum bonis patris, sed etiam bonis paterni liberti submoueantur quasi indigni, *l. 2. hoc tit.* Hoc edictum de *ben. libert.* quo excluduntur hereditate, consentit cum legibus, & ideo auxilium huius edicti etiam dicitur auxilium legitimum, *l. 8. §. pen. hoc tit.* Hæc autem pœna exheredationis exheredatis irrogatur edicto vel lege, dum propter exheredationem repelluntur à bonis liberti paterni. Hæc pœna non potest aboleri commento adoptionis, puta vt si frater non exheredatus, dolens vicem fratris, eum adoptauerit: Sed reprehenditur Papin. à Paulo: nititur etiam Paulus æquiori ratione. Ratio Pauli propter quam dissentit à Papiniano, hæc est: *quia ei, qui alio iure venit, quam eo, quod amisit, æquum est, vt non noceat id, quod perdidit, sed prosit quod habet.* Hæc est regula, quæ declaratur ab eodem Paulo, proposito exemplo quum ait, *sic dictum est, &c.* Et hæc est sententia. Finge; ego sum patronus & filius patronæ. igitur ego & mater seruum communem manumisimus. repellor à bonis vt patronus. quia forte ab eo exegi iusiurandum, ne vxorem duceret. ex hac caussa amitto libertum, *l. qui, contra, de iure patron.* vel etiam repellor à bonis liberti quod libertum egentem non aluerim, *l. si patronus, hoc tit.* vel etiam quod donum, munus, operas quæ liberto imposueram libertatis causa, ei reuendiderim: nam ex hac causa etiam libertus adipiscitur liberam testamenti factionem, *l. Iulianus, hoc tit.* nec patronus præteritus habet bonorum possessionem contra tab. liberti. non tamen repellor, si veniam tanquam patronæ filius, quia non per alium venio ad bona liberti, & quod per me non possum, non possum etiam per alium, *l. bona, l. quæritur, hoc tit.* sed venio meo nomine & meo iure, vt patronæ filius. Et ita recte ait, *ei, qui alio iure venit*, non per aliũ, sed alio iure. Est simile exemplum in *l. mater, de inoffic. test.* Ergo in proposito, exheredatus non veniet vt filius patroni, id est, patris naturalis, sed vt filius patris adoptiui, id est, fratris naturalis. Denique per fratris adoptionem adipiscetur iura libertorum patris naturalis, non quasi filius, quia amisit filij ius, sed quasi filius patri adoptiui. Ad notam, quam Paulus impressit Papiniano, notãdum est, valde pertinere eiusdem Pauli, *l. si filius §. pen. de fideic. libert.* Sententia hæc est: heres rogatus est seruum manumittere, & latitat, nec euocatus à prætore sui copiam facit. prætor pronunciat libertatem seruo debitam ex Senatusconf. Rubriano. Ei seruo status seruatur eodem iure, ac si directo manumissus esset testamento domini, hoc est, ac si directa libertas ei data esset, non fideicommissaria. ergo erit libertus orcinus, non fideicommissarius. Idemque erit, si heres rogatus sit manumittere sub conditione, & heres conditioni impedimentum fecerit: nam ex hac causa libertum amittit, etiam si fuerit filius defuncti: *quamuis*, inquit *alio iure libertum habiturus sit*: nam filius defuncti non erit vt patronus, quia nec manumisit, sed erit vt patroni filius. Et magna est differentia, vtrum quis veniat vt patronus, an vt patroni filius: nam patronus, si libertum in seruitutem petierit, vel capitis accusarit, nec obtinuerit, non amittit libertum: filius patroni amittit, quod admodum multę leges ostendunt, *tit. de iure patron.* congruebat valde ea *l.* cum hac nota Pauli. Notandum est etiam, quod in prima quæstione huius l. Papinian. ait, filium heredem institutum à patre fratrem exheredatum adoptasse, eoque herede relicto decessisse. His verbis, *herede eo relicto*, significatur eum non fuisse etiam exheredatum à patre adoptiuo, sicut fuit exheredatus à patre naturali, alioqui non veniret vt filius patris adoptiui, nec vt filius patris naturalis. igitur exheredatus esset ab vtroque: sed quum est heres relictus à patre adoptiuo, quantulacumque ex parte, qui non venit vt filius naturalis propter exheredationem, quam adoptio non aboleuit, veniet secundum notam Pauli æquissimam, vt filius patris adoptiui, atque ita assequetur libertos patris naturalis, qui post eum liberti fuere patris adoptiui.

Ad §. Castrensium.

Papinianus. *Castrensium bonorum Titium libertus fecit heredem, cæterorum alium: adita est à Titio hereditas. magis nobis placebat, nondum patronum possessionem contra tabulas petere posse. Verum illa quæstio interuenit, an omittente eo, qui reliqua bona accepit, perinde accrescant, ac si partes eiusdem hereditatis accepissent. Verius mihi videtur, intestati iure deferri bona cætera. Titius igitur heres non poterit inuitare manumissorem, cum Titio nihil auferatur, nec bonis cæteris, quæ nondum ad causam testamenti pertinent.*

NVnc, vt transeamus ad quæstionem §. *Castrensium*: pauca ex his quæ dixi supra repetam, & primo hic §. accipiendus est de liberto milite, vt etiã est expressum *l. si duobus de milit. testam.* in qua idem proponitur, vt non abs re quidam in hoc paragrapho adiecerint verbum *commilitonem*, legentes hoc modo: *Titium commilitonem*, quod verum est etiam in *l. 2. C. de test. milit.* quæ lex pertinet ad eandem quæstionem. Nunc sciendum est, si miles, qui habet bona castrensia & bona pagana, alium fecerit heredem bonorum castrensium, alium paganorum, quasi duorum hominum duas hereditates fecisse, non esse vnam hereditatem, sed duas: non vnum hominem. sed quasi duos, militem & paganum, vt ait, *l. 17. §. 1. de testam. milit.* neque intelliguntur esse coheredes, heres castrensium, & heres paganorum, non sunt coniuncti, *l. heredes, §. 1. fam. ercisc.* & ideo inter eos non est actio familiæ erciscundæ, quando quidem diuisa sunt patrimonia, diuisæ hereditates, vnus ex castrensi heres est, alter ex pagana. inter quas nulla communio est, & consequenter inter eos non est ius adcrescendi: vt ecce repudiante herede pagano, bona pagana non accrescent heredi castrensium. ergo non sunt coheredes, & ius adcrescendi versatur tantum inter coheredes, vel collegatarios. ac præterea in bonis castrensibus patrono vel patri præterito non datur bonorum possessio contra tabulas: & rursus patri vel liberis in bona castrensia non datur querela inofficiosi testamenti, *l. si à milite §. vlt. & l. seq. de testam. milit. l. 3. §. par. hoc tit. l. si instituta §. 2. supr. de inoff. test. l. vlt. C. eod.* At in bona pagana datur bonorũ possessio contra tabulas, & exheredatis nominatim, vel silentio patris datur querela inofficiosi testamenti in bona pagana, non in bona castrensia. Ad hæc sciendum est, patrono præterito testamento liberti, non dari bonorum possessionem contra tabulas, nisi heres scriptus ex testamento adierit hereditatem, vel petierit bonorum possessionem secundum tabulas, *l. vlt. de bonor. poss. contra tabul. l. 3. §. vt patronus, hoc tit.* Non defertur ergo patrono præterito bonorum possessio contra tabulas ante aditam hereditatem, sicut nec querela exheredatis. Et eo distat vehementer bonorum possessio contra tabulas, quæ datur patrono præterito, à bonorum possessione, quæ datur filio præterito: nam bonorum possessio, quæ datur filio præterito contra tabulas, datur contra lignum, etiamsi heres in eo ligno scriptus nondum adierit: quæ autem patrono præterito datur, datur contra heredem qui adierit.

Et

Et ratio differentiæ hæc est, quia bonorum possessio quæ datur filio præterito, assem persequitur: quæ datur patrono, persequitur certam partem tantum, puta semissem, vel hodie trientem. Est igitur partienda hereditas inter heredem scriptum & patronum, & consequenter heredem prius esse oportet, cum quo partiatur, alioqui si heres scriptus repudiet, patrono iam non dabitur bon. possessio contra tab. certæ partis, sed datur bonor. possessio assis ab intestato, *l. si libertus, hoc tit.* Ergo expectare debet heredem scriptum, vt sciat pro parte, an pro asse accipere debeat bonorum possessionem. Querela inofficiosi testamẽti quandoq; etiam assem persequitur, sed tamen non cõpetit ante aditam hereditatẽ, quia exheredatio, cuius vlciscendæ causa datur querela, vires non habet ante aditam hereditatem: imo nihil in testamento scriptum valet. quamobrem necesse est expectare heredem scriptum: nam si adierit, agetur cum eo B querela inofficiosi. si non adierit, exheredatus veniet ab intestato, nec videbitur exheredatus, quia destituto testamento effectum non habuit exheredatio. Quæ rationes valde sunt notandæ. proponitur species h. §. Libertus miles alium fecit heredem castrensium, alium paganorum patrono præterito, heres castrensium adiuit hereditatem, heres paganorum non adiuit hereditatem. an patrono competet bon. possessio cont. tabulas debitæ partis, quia adita est hereditas ab herede bonorum castrensium? Et ait Papin. nondum competere patrono bon. possessionem contra tab. nec aliter competere, quam si adierit heres paganorum. nam is, inquit, si heres exstiterit, patrono dari potest bonor. possessio contra tab. heres scil. paganorum, & hæc bon. poss. non datur patrono ante aditam hereditatẽ: in heredem castren- C sium nunquam datur, vt supra diximus. ergo patrono nondum competit bonor. possessio cont. tabul si solus heres castrensium adierit. Quid autem fiet, si heres paganorum nunquam heres exstiterit? quid si omiserit hereditatem, an adcrescet heredi castrensium? minime, quia non sunt coheredes, nisi scil. heredi paganorum heres castrensium substitutus sit, quo casu ei, repudiante herede paganorum, pagana accrescent substitutionis iure: vel etiam non est necessaria substitutio expressa: nam satis est, si hæc voluntas defuncti militis probata fuerit, *l. si duob. de mil. test. l. 1. C. de test. mil.* alias herede castrẽsium adeunte, herede paganorum repudiante, pagana non accrescent castrensibus, quia non sunt eadem D bona, sed sunt duo patrimonia, & duæ hereditates, veluti duorum heredum, & inter solos coheredes valet ius accrescendi. Ergo ad patronum peruenient bona pagana ab intestato accepta bonor. possess. vnde legitimi: nam casus bonor. possessionis contra tabul. non exstitit, atque ita fiet, vt miles sit testatus de bonis castrensibus, de bonis paganis intestatus, secundum id, quod generaliter proditum est, militem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere, quod confirmat etiam *d. l. si duobus,* Et idem esse ostenditur in *l. 1. C. de test. mil.* Explicanda est species illius. Miles vnum heredem scripsit ex bonis paganis, alium ex bonis castrensibus. heres castrensium bonorum repudiauit. an castrensia accrescent instituto ex paganis bonis? Minime: quia non sunt coheredes, E sed venient ab intestato ad heredes legitimos, veluti ad matrem militis ex Senatusconf. Tertull. nam ponendum est, eum fratrem militis fuisse vterinum, vel generaliter fuisse fratrem cognatum, non etiam agnatũ. frater agnatus, qui & consanguineus dicitur, excludit matrem: fratrem cognatum excludit mater: alioqui, si fuerit frater consanguineus, bona castrensia, quorum heres defecit, ei quidem non accrescẽt iure testati, sed accrescent iure intestati exclusa matre. Obscurior est sententia legis 2. Miles commilitonem castrensium rerum fecit heredem, mens legis hæc est: Commilitonem nulla ratione peruenire posse ad bona pagana, sed habiturum eum dumtaxat bona castrensia, ex quibus heres institutus est: nam

A ita lex distinguit: heredem miles alium scripsit castrensium bonorum, alium paganorum. Et ait, heredem admitti ad eam hereditatem: si non adierit, heres ab intestato ei commilitoni præfertur, vel si non scripsit alium heredem paganorum, legitimus vocatur ad bona pagana ab intestato, excluso commilitone: vna tantum est ratio commilitone instituto ex bonis castrensibus, si probauerit eam voluntatem defuncti fuisse, vt altero repudiante, tota hereditas ad alterũ perueniret, *d. l. si duobus.* alioqui in dubio ea mens videtur militis fuisse, vt institutus ex castrẽsibus haberet dumtaxat castrensia, nec pateret ei aditus ad pagana. Ex his liquido intelligimus quid sit, quod ait Papinian. hoc loco: *Titius*, inquit, *non poterit inuitare manumissorem, cum Titio nihil auferatur.* Quæ verba male accepit Accurs. sed est perspicuum, heredem castrensium non inuitare patronum ad bonorum possessionem contra tabulas, cum nihil ei patronus auferre possit: quod locum non habet in bonorum possessione contra tabulas, in bonis castrensibus. Sed subiicit etiam non inuitari patronum per eandem bonorum possessionem contra tabulas ad bona pagana, quia ea bona nunquam ad causam testamenti pertinuerunt, quia heres ex eis bonis scriptus repudiauit, & repudiando destituit testamentum, redegitque rem ad causam intestati. Ergo non inuitatur etiam patronus ad bonorum possessionem contra tabulas in bona pagana, quæ nunquam adita fuerunt, sed inuitatur patronus ad bonorum possessionem vnde legitimi ab intestato ad bona illa pagana, nisi scilicet heres castrensium sit, vel intelligatur substitutus heredi paganorum: tunc enim herede castrensium amplectente etiam bona pagana, in eum competit patrono bonorum possessio contra tabulas.

Ad §. cum filius liberti.

Cum filius liberti impubes, qui subiectus dicitur ex prima parte bonorum possess. accipiat, an patronus defuncti possessionem accipere possit, quæsitum est. Et sine dubio, qui sequentis gradus sunt, non admittuntur interim. Cum enim præcedit alia possessio, qui sequitur, accipere non potest. Plane si contra eum qui subiectus dicitur, fuerit indicatum, data non intelligitur. Sed & in patrono, pendente controuersia, idem erit dicendum. plane quod ad patroni quoque personam pertinet, differri controuersia debebit.

Residuæ sunt quæstiones duæ. Vt prima quæstio intelligatur, illud ante omnia sciendum, filium naturalem liberti excludere patronum à bonorum possessione vnde legitimi intestato liberto, atque etiam remouere possessionem contra tabulas testato liberto & patrono præterito, si in eo testamento forte is solum heres institutus sit quantulacumque ex parte, *l. 6. in pr. h. t.* filius, inquam, siue sit suus, siue emancipatus, siue in adoptionem datus alteri, *§. prodesse, Inst. de success. lib.* dico filium naturalem, vt & *l. suus §. & ille, de iure patron.* Nam liberti filius adoptiuus non expellit patronum: alioqui remedio adoptionis semper repelleretur patronus. Dixi filium institutum: nam exheredatus non expellit patronum: sed neque institutus à patre libertino, si repudiauerit, vel abstinuerit se, *d. l. siue libertus §. vlt. & l. 6. §. pen. l. quæritur §. vlt. h. t.* Rursus dixi institutum, sed addi volo instituto etiam filium naturalem præteritum, qui modo accipiat bonorum possessionem cont. tabulas, & vincat: nam hic etiam præfertur patrono, *d. §. prodesse.* Instituto quoque addi volo exheredatum, qui per subiectam personam veluti filium, aut seruum suum patri heres exstiterit, obiicitur patrono, *d. l. siue libertus, §. pen.* Et hęc omnia ita procedunt ex edicto prætoris, de quo agit hoc tit. Mitto eadem de re *l. 12. tab.* mitto *leges Papias*, quæ obsoleuerunt. Nunc accedamus ad verba, & sententiam huius §. *cum filius liberti impubes.* Quæ verba Accursius accipit de bonorum possessione vnde liberi. Verba sunt

ambigua, illa scilicet, *ex prima parte edicti*: nam quum A agitur de successione intestati, prima pars edicti, est ea pars qua defertur bonorum possessio cont. tabul. *l. ideoque, de Carb. edic. l. 1. h. t.* & ob id tit. *de bon. poss. contra tab.* anteponitur titulo *de bon. possess. secund. tab.* Et de hac prima parte edicti, id est, de bonorum possessione contra tabulas, puto accipiendum hunc paragraphum, *cum filius*, & ita ponendam esse speciem. Testamento liberti filius est præteritus, atque etiam patronus. filius est impubes, & pupillus, & ab herede scripto negatur esse filius. suppositus esse dicitur, atque ita fit ei controuersia status & bonorum paternorum. Secundum Carbonianum edictum, vt non ita dudum ostendimus, differenda est controuersia status in tempus pubertatis, quia metus est, ne interim pupillus minus idonee defendatur, & interim, *par maniere de prouision*, danda ei est bonorum possessio contra tabulas, non Carboniana tantum, sed etiam ordinaria, vt ei plenius cautum sit, ne scil. post pubertatem nihil iuris obtineat: quoniam Carboniana finitur pubertate, ordinaria est perpetua, *l. 3. §. vlt. de Carb. edic.* atque etiam, ne heres scriptus possit accipere bonorum possessionem secundum tabulas, quam vtique acciperet, si pupillus solam Carbonianam acciperet, *l. singulis, l. 3. §. vlt. de Carb. edic. l. 4. eod. tit.* Ergo certissimum illud est, interim dari bonorum possessionem contra tabulas, dilata quæstione status in tempus pubertatis. Quæritur, an detur etiam bon. poss. cont. tab. patrono præterito, qui etiam præteritus est eodem testamento? Et Papinianus ait, patrono præterito non dari eo casu possessionem contra tabulas: non absque ratione, quia filius liberti eum præcedit, & eum expellit: præsumitur enim esse filius interim, licet suppositus dicatur: hæc est præsumptio Carboniani edicti, *l. 3. §. pen. de Carb. edic. l. pen. in fine. ne vis fiat ei, qui in possess.* Cum est, qui præcedat, sequens non admittitur ad bonorum possessionem contra tabulas. Ergo spes patroni non habet locũ. Sed si post pubertatem contra filium pronunciatum sit, eum suppositum esse, non verum filium defuncti, bonorum possessio ei data pro non data habebitur, id est, erit sine re tam Carboniana, quam ordinaria, & denegantur ei actiones possessoriæ, *l. 4. in fi. de Carb. edic.* At tunc patronus veniet ad bonorum possessionem contra tabulas: interim non veniet. Sed cum his pugnant omnino, quæ sequuntur, *sed in patrono idem erit dicendum.* Ergo pendente controuersia in tempus pubertatis, interim patrono dabitur bonorum possessio contra tabulas. ergo si possit patronus accipere bonorum possessionem contra tabulas, sequitur vt accepta sit cum re, si contra filium iudicatum sit: sine re vero, si secundum filium lis data sit. Et sane hæc verba, quæ sequuntur, videntur esse ex notis Pauli: nam in libris nostris non semper hoc adnotatur, *Paulus notat.* & ita de aliis, non semper adscribitur esse notam, vt in *l. pen. de iure codicillorum*, illo loco, *dumtaxat*, non est adscriptum, Vlpianus notat. sed tamen est manifesta nota Vlpiani, vt etiam hoc loco, dum ait, *sed & in patrono*, id est, imo & in patrono, *idem erit dicendum*, non sunt hæc verba Papiniani qui scripserat sine dubio, patronum non admitti, sed Pauli, quæ summam rationem habent, vt interim patronus accipiat bonorum possessionem contra tabulas, sicut filius: & vt ea sit sine re, si secundum filium pronuntiatum sit. Denique in patrono idem est dicendum, quod in filio præterito, vt idem ius sit. In re dubia admittimus & primum gradum, & secundum. Sed non tantum, quod attinet ad personam heredis scripti, qui filium subiectum dicit, sed etiam quod attinet ad personam patroni, differetur quidem controuersia status in tempus pubertatis, nec propter patronum cognitio repræsentatur, sed interim patrono datur possessio contra tabulas in omnem euentum: nam datur etiam scripto bonorum possessio secundum tabulas; si pupillus solam Carbonianam cognouerit, non etiam ordinariam, *l. 7. §. vlt. de Carb. edic.*

Ad §. vlt

Si falsum liberti testamentum ab aliis in prouincia dictũ, atque ita res per appellationem extracta esset, defuncta medio tempore patroni filia, quam libertus heredem instituerat: filio mulieris seruauit D. Marcus eam partem bonorum, quam filia patroni vel iure intestati, si vixisset, habere potuit.

Libertus filiam patroni heredem instituit, ei satisfecit: patronus erat mortuus, supererat tantum patroni filia. Quidam testamentum falsum dixit, & obtinuit. appellauit illa, atque ita extinxit iudicatum, vel interim diu tracto negotio diem suum obiit. Quæritur, an ius suum, B transmiserit ad filium suum, quem reliquit superstitem? ius eius quale est? vt etiam falso testamento pronuntiato, liberto possit succedere ab intestato: nam qui adiit hereditatem ex testamento, quod putat verum & valere, non ideo videtur repudiasse hereditatem ab intestato, *l. mater, de inoffic. testam. l. legitimum, de pet. heredit.* Ergo etiamsi is, ad quem prouocatum est, confirmauerit sententiam prioris iudicis, & pronuntiauerit, falsum testamentum videri, filia patroni, si viuat, succedet liberto ab intestato. An idem ius transmittit in filium suum? Videtur non transmittere, quia nondum agnouerat hereditatem ab intestato. Finge, secundo iudicio pronuntiatum esse testamentum falsum videri, aperta est via successioni ab intestato. At ipsa non agnouit hereditatem. successionem ab intestato non transmisit igitur, heredi- C tas non agnita non transmittitur. Verum eleganter Papinianus ostendit aliter decreuisse D. Marcum cognita causa inter litigatores, inter eos, qui de eo contendebant, decreuisse etiam transmissioni locum esse, *l. 6. §. 1. h. t.* Et miror quod Accursius neq; hoc loco, neque illo, contulerit hos locos inter se. Et ratio decreti hæc est, quia filia patroni non cessauerat eam hereditatẽ persequi, & quia, vt dicam explicatius, eam videtur vtroque genere persecuta, iure testati quasi scripta, vel si eo iure non obtineret, iure intestati, *argum l. 3. de mil. testam.* Miles testamentum facere voluit iure communi, nec fecit testamentum quidem fecit, sed non seruato iure communi, vt voluit, an valeat testamentum iure militari? Sic videtur, quia non videtur elegisse miles genus testandi D ad impugnandum suum iudicium: imo vero vtroque genere testari voluisse videtur, propter casus futuros. Sic etiam vtroque genere filia patroni vindicasse hereditatem videtur, & consequenter transmisisse, quod potest transferri ad similes complures casus.

Ad §. sed an id l. 1. de collat. bonor.

Sed an id, quod dignitatis nomine à patre datum est, vel debetur, conferre quis in commune cogatur, videamus. Et Papinianus lib. 13. Quæst. ait, non esse cogendum. Hoc enim propter onera dignitatis præcipuum haberi oportere. Sed si adhuc debeatur, hoc sic interpretandum est, vt non solus oneretur is, qui dignitatem meruit, sed commune sit omnium heredum E *onus hoc debitum.*

His addendus est vnus locus, quo Vlpianus vtitur auctoritate Papiniani eodem *lib. 13. quæst.* Is locus est in *l. 1. §. sed an id, de collat. bon.* neminem arbitror ignorare, filios emancipatos suis, atque etiam hodie filios omnes, qui volunt venire ad bona paterna, conferre (*rapporter*:) ea bona quæ à patre acceperunt, dum viueret. Vis mecum partiri frater? confer quæ ex bonis patris accepisti. Quæritur, quæ bona veniant in collationem? non omnia certe: nam excipitur castrense peculium, etiamsi peruenerit à patre, vt si in militiam profecto pater dederit aliquid; sed conferunt etiam bona, quæ non acceperunt à patre, castrense peculium non conferunt, nec quasi castrense, id habent præcipuum, vt dixi. Quæ-

ritur, an conferant id, quod dignitatis nomine pro filio datum est, vt filius fieret decurio, Ædilis, Consul. nam has dignitates non assequebantur sine sumptu. dabantur honoraria decurionibus pro introitu, solebant edi munera propter honorem adeptum, solebat etiam aliquid dari suffragij nomine, vel solatij, consuetudinis: non emebantur dignitates, sed erogare aliquid necesse erat. Ergo pater, vt filius dignitatem adipisceretur, dedit aliquid: an id conferet fratribus, an quodammodo dignitatem ipsam conferet? lex ait non conferri: quoniam æquum est, vt eam dignitatem habeat præcipuam, quo sustineat eius dignitatis onus: nam nulla est dignitas, cui non cohæreat onus, *l. 2. §. muneris, de vacat. mun.* Qua de causa, si pater pro filio dignitatis nomine non dederit, sed promiserit tantum, commune erit onus omnium fratrum, quod tamen non esset commune, si eum sumptum fratribus conferre opporteret, sed liberandi essent fratres pro rata, *l. 2. C. de collat.* Atque ita Papinianus rectius scripsit hoc eodem libro, non esse cogendum filium conferre, quod dignitatis nomine ei à patre datum est, quia hoc debet habere præcipuum propter onera dignitatis. Obstat *l. pen. C. de collat. bonor.* quæ ait, militiam: (*vn office:*) emptam filio à patre (*cela est remarquable pour les estats qui s'acheptent:*) conferri. sed aliud est militia, aliud dignitas. Dignitas non emitur vt militia, non est armata, sed ciuilis, adiutor quæstoris, *le Greffier du Chancellier*, militia solertiarum, stratologia, *Controolleur de guerre.* hæ militiæ sunt in patrimonio nostro, sicut feuda, & emi possunt: & transeunt ad heredes, sicut patrimonium nostrum: militia est in patrimonio nostro. ergo conferetur, dignitas non est in patrimonio.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XIV. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 15. de inoffic. testam.

Nam & si parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum, & naturalem erga liberos charitatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet. §. 1. *Heredi eius, qui post litem inofficiosi præparatam mutata voluntate decessit, non datur de inofficioso querela: non enim sufficit litem instituere, si non in ea perseueres.* §. 2. ¶ *Filius qui de inofficiosi actione aduersus duos heredes expertus diuersas sententias iudicum tulit, & vnum vicit, ab altero superatus est, & debitores conuenire, & ipse à creditoribus conueniri pro parte potest, & corpora vindicare, & hereditatem diuidere: verum enim est familiæ erciscundæ iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, & ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.*



NAM in ea l. quæ præcedit ex lib. 5. quæst. Papiniani ostendi, patrem præteritum à filio emancipato admitti ad querelam inofficiosi post liberos. (In omni iure semper prima & potior est causa filiorum,) patrem, inquam, vt dixi, præteritum à filio emancipato: nam filiusfa. testamentum non facit, quod possit rescindi per querelam inofficiosi, præterquã hodie ex *Nouell. 115.* si iure communi de castrensi peculio testetur: nam si iure militari, tunc nec pater, nec liberi vocantur ad querelam inofficiosi. Pater igitur vocatur post nepotes & suam intentionem implere potest. Idem

A Papin. videtur repetisse hoc lib. 14. Verissimum igitur est hac in re parem esse causam filij & patris: filius recte agit de inofficioso patris testamento, & contra pater: quod non carebat dubitatione, quam vt tolleret id scripsit, quod est initio huius l. Quia patri non debetur hereditas filij, vt debetur hereditas patris filio: nam ordo naturæ, & commune parentum votum est, vt filius succedat patri: hoc est, quod maxime omnes optant. Huc pertinet, *l. Iulianus in fine, si quis omiss. causa. test.* Cuius species est elegantiss. Filium f. heredem scripsi, & ei heredem substitui patrem in cuius potestate erat in primum casum. non potest filius adire iniussu patris, non iubet pater, sed ipse ex substitutione vulgari adit: Quæritur, an incidit in edictum, si quis omissa causa, & an debeat legata relicta primo gradu per hoc edictum? Respondet, non deberi:
B quia eo edicto dolus tantum plectitur: at pater dolo nihil videtur facere: nemo enim videtur contra votum parentum plane patrem substituere filio. videtur ergo ei datum arbitrium eligendi vt vel ipse adeat, vel filius eius: nam est omninosa ea institutio. Et similiter in *l. cum tale, de cond. & demonst.* Quidam ita legauit. Titiæ, si à liberis quos habet non discesserit: Quæritur, an statim possit peruenire ad legatum præstita cautione, non conuolaturam ad secundas nuptias? huic cautioni locus est in his conditionibus, quæ viuo legatario impleri non possunt, vt *si in Capitolium non ascenderit.* In his igitur conditionibus locus est cautioni Mutianæ. In his vero, quæ viuo legatario impleri possunt, non est locus cautioni Mutianæ, sed expectandum est, & differenda petitio legati, donec impleta sit conditio. Conditio autem illa, *si à*
C *liberis quos habet non discesserit*, potest expleri viua matre: quia mori possunt liberi viua adhuc matre. atq; ita legatum videbitur relictum post mortem liberorum. Consequens ergo, cessare cautionem Mutianã, & expectandam mortem liberorũ. Sed ideo improbatur hæc opinio & concluditur esse locum cautioni Mutianæ, quod voto matris non probe opponatur tam ominosa non interponendæ cautionis interpretatio. matris autem votum est, vt ne mater cernat morientes liberos, sed vt ei superuiuãt. Ergo hac ratione filij hereditas non debetur patri, aut sane, vt ait *l. scripto in fine, vnde lib.* nõ sic debetur hereditas filij patri, vt patris filio: aliquatenus debetur, sed non ratione pari. Nam quid vocat filium ad hereditatẽ patris? ratio naturalis, quasi tacita quædam lex, vt ait *l. 7. de bon.*
D *damnat.* ac præterea cõmune votum filium vocat ad hereditatem patris: patrem autem ad bona filij, tantum miserationis ratio, vel solatij ratio tãtum, sicut dicitur in *l. iure, de iur. dot.* solatij causa mortua filia in matrimonio dotem profectitiam reuerti ad patrem. Secundum hæc, non videtur pater iure queri de testamento filij quasi inofficioso, quia nec ei quicquam debuit relinquere, nec id optauit pater, abhorruit ab eo maxime mens patris. nulla est igitur eius indignatio iusta: sed vtitur hac ratione Papinian. *Turbato ordine mortalitatis*, quo sermone vsi sunt parentes ipsius Papiniani, quum eo mortuo inscripserũt monumento, *& turbato ordine, in senio parentes fecisse.* non euntibus igitur ordine fatis, vt inquit Ouid. & Horat. *male iudicantibus fatis, turbato ordine*, non minus ius piũ-
E que esse filium relinquere patri bona, vel portionem debitam, quam seruato ordine relinquitur portio filio. Iustus enim ordo & iusta series est patri succedere: & ideo si pater & filius simul perierint suggerente ordine naturæ, vt ait *l. qui duos, de reb. dub.* filius videtur superuixisse patri. Pietatis officiũ mutuum esse debet inter filium & patrẽ. Igitur si neglecto officio patris filius erga patrem inofficiosus eum prætermisit, æquissimum erit ei etiã dari querelam per quam arguet filium dementiæ, sicut & filius qui agit querela, arguit patrem dementiæ quodãmodo: nam dementia est officiorum & affectuum obliuisci, *s'oublier de son deuoir.* Dixi sup. in hoc tractatu de inoffic, ad leg. præced. *lib. 5. quæst.* esse parem causam patris & filij. Hoc intelligitur, vt detur vtriq; ex causa. sed tamen

hæc est differentia, quod filio exheredato datur querela, non præterito, patri etiam preterito datur querela. Sciendum est, querelam dari liberis & parētibus, & interdum fratribus, vt si frater fratribus omissis turpes personas, vt meretrices instituerit: liberis autem datur querela exheredatis à patre vel auo, proauo pagano: præteritis autem liberis à milite patre vel ab auo paterno, sciente eos liberos sibi superesse, *l.9.l.10.C.de test.milit.* item præteritis à matre vel auo, aut proauo materno, procreatis à patre, vel ab auo paterno, vel à milite ignorante se liberos habere, non datur querela, sed bonorum possessio cōtra tabulas, vel si sint in potestate, ipso iure testamentum rumpitur, *l.is qui in potestate, de leg.præst.* Ratio autem est, quoniam inter alia, quæ ad ordinanda rite testamenta necessaria sunt ex iure antiquo, filius à patre pagano, vel nominatim instituendus est, vel nominatim exheredandus: filia, vel cæteri liberi, qui ex masculis descendunt, inter cæteros exheredandi sunt: nam silentium patris pagani, vel etiam militis ignorantis liberos sibi superesse, non habetur pro exheredatione. ex quo sequitur nullum esse testamētum ipso iure: patri autem militi, qui non ignorat se eos filios habere vel matri, vel auo materno, hæc solemnitas remittitur: silentium enim eorum pro exheredatione habetur. Et hinc licet constituere tres formas exheredationis. quædam fiunt nominatim, quædam inter cæteros, quædam silentio, *l.12. in pr.de bon. libert.* Et addendum est, à liberis parentes silentio exheredari & fratres. Præterito igitur patri recte datur querela. Ergo ita constituamus. patri præterito in testamento filij emācipati dabitur vt patri querela inofficiosi in assem: Nam plerumque querela euincit assem, bonorum possessio contra tabulas non dabitur vt patri, sed vt patrono: nam si pater in emancipatione manumissor exstiterit, & fuerit præteritus testamento filij, vt patrono ei dabitur bonorum possessio contra tabulas, quæ non est in assem, sed certæ partis bonorum vel semissis, vel trientis hodie, si turpis persona instituta non sit, vel etiam assis, si turpis persona instituta sit, *l.3.si à parente quis manumiss. sit.* Patrono præterito nunquam dabitur querela, quia si patronum silētio præterierit libertus, ea præteritio pro exheredatione haberi non potest, quandoquidem exheredatio cadit tantum in agnatos, non in extraneos, nisi sint ea conditione heredes instituti, vt, *Titius heres esto, & illud facito; si non fecerit exheres esto, l.paterfamilias, de hered. instit.l.vxorem, de legat. 3.l.seruis, ad legem Falcid.* Et in formula cretionis videre illud est, quod est apud Vlpianum in fragmentis titulo, *qui hered. instituti poss.* Et generaliter is tantum exheredatur, qui vocatur ad hereditatem iure ciuili, vel honorario. Extraneus non institutus non vocatur ad hereditatem. Sciendum autem est, alias filium emancipari & manumitti à patre, alias emancipari tantum. Emancipare est vendere. Venditus filius non potest à patre manumitti, nisi eum redemerit ab emptore: venditione redegit eum in seruitutem, quod agitur inter patrem & emptorem contracta fiducia, id est, si filium ea lege vendiderit, vt is emanciparetur sibi. Contrahere fiduciam, est legem addere venditioni, vt redimere liceat, *pache de rachapt.* Quæ fiducia semper hodie contracta intelligitur, non in venditionibus omnium rerum, sed in emancipationibus filiorum, *§.vlt. de success. agnat.* Finge: Pater ex lege fiduciæ filium redemit ab emptore & manumittit, atque ita filius fit sui iuris, & quia manumisit quasi patronus, præteritus certæ partis accipiet contra tabulas bonorum possessionem, *l.si à milite §. vlt. de test.tut.l.filio, hoc tit.* sed omisso iure patroni, vt pater recte aget querela in assem. Vnicum ius habet pater, si in emancipatione manumissor non exstitit; ius patris, id est, querelam & bonorum possessionem vnde legitimi. quæ solet accipi querelæ adiuuandæ causa. Sed si in emancipatione manumissor exstiterit, duplex ius habet, ius patroni, & ius patris, & accepta bonorum possessione contra tabulas iure patronatus, potest patrio iure sibi

A defendere ius antiquum, id est, querelam, *l.1.§.vlt. si quis à parente manumiss.* Igitur, vt ait, vel non debet ei nocere, quod sit patronus, cum sit & pater: & eadem ratione repudiata bonorum possessione contra tabulas, superesset ei querela secundum regulam iuris, *l.quoties duplici, de reg. iur.* Ius antiquum est querela, *d. l.* Ius nouum est bonorum possessio contra tabulas. Vtrumque ius defertur patri emancipatori & manumissori: & prius defertur ius nouum, id est bonorum possessio contra tabulas, quam vnde legitimi, quæ longe sequitur in edicto. Querela recte dicitur ius antiquum: nam est ex antiquissima lege Glicia, vt coniicere licet ex inscriptione *l. 4. hoc tit.* quæ est ex libro singulari ad legem Gliciam. Coniice inde eam l. pertinere ad hanc quæstionem de inofficioso. fit
B mentio in hoc titulo de lege Glicia, ergo pertinet ad inofficiosum testamentum. In *d. l. 4.* ponitur ratio querelæ: ratio igitur ferendæ legis Gliciæ. Probabile igitur est, querelam esse ex lege Glicia, quæ lata est à Glicia dictatore, & forte à consule vel prætore eiusdem nominis: nam & Prætor leges ad populum ferebat: sed malim appellatam à dictatore, quod quidam impugnat hoc modo. Coactus Glicia se abdicare magistratu, ergo non habuit satis temporis ad ferendam legem. Nego. rursus coactus est se abdicare, priusquam aliquem magistrum equitū sibi nominasset. Hoc etiā nego, nā raro magister equitum à dictatore dicebatur, sed plerumque à Consule vel populo, & Gliciam coactum se abdicare, antequam magistrum sibi diceret, nusquam inuenies. mo-
C uentur fastis Capitolinis in quibus est: *M.Claudius Glicia, qui scriba erat, dictator coactus abdicare se antequam magistrum equitum haberet.* Fuit igitur dictus dictator nullo adiūcto magistro equitum, vt Liuius *lib.23.* C.Terentius Consul *M.Fabium sine magistro equitum dictatorem in sex menses dixit.* Aliqui male referunt leges non appellari à cognomine, sed à nomine familiæ, & Glicia esse cognomen. Hoc est falsum: nam & lex dicitur Syllania & Graccharia à cognomine: & Senatusconsultum Neronianum, & Plancianum. Male etiam referunt querelam ad auctoritatem prudentum. querela est actio directa, ergo ex legibus descendit. Probabilius est, querelam esse ex *l. Glicia*, ac similiter quartam, *la legitime*, quæ excludit querelam, eam esse ex *l. Glicia.* lex fuit forte ita concepta, *Querelam dari liberis, nisi eis satisfactum sit data*
D *quarta.* Et hanc quartam non esse ex constitutione D. Marci: Male scribunt etiam, ante Senatusconsultum Orfitianum, quo filius succedit matri, filium successisse matri, moti quibusdam locis, quibus moueri non debuerunt, quibus dicitur hereditas matris pertinere ad filios: fateor, sed non ideo ius illud est confundendum cum Senatusconsulto Orfitiano. nam hoc & certum. Hereditas matris pertinet ad filios iure legitimo, quamuis mater sit filiis cognata, non agnata, tamen iure agnationis exclusis cæteris agnatis defertur matris hereditas filiis. Olim iure honorario pertinuit ad filios, quasi ad cognatos: post agnatos vel quasi ad consanguineos, si mater conuenerat in manum mariti. In *l.12.tabular.* nihil fuisse cautum aiunt de liberis instituendis vel exheredandis; præteriri
E igitur potuisse, quod nullo loco & ratione confirmatur. Præterea hoc ius vt liberi vel instituantur, vel exheredentur, tribuitur antiquitati, *l. Gallus, de lib. & postum.* & plerumque antiquitas refertur ad *l.12.tabular.* In 12. *tabul.* liberi appellantur sui heredes, *l.liberorum, de verb.signific.* Ea appellatio quid demonstrat? Eos esse heredes instituendos, vel exheredandos, quia sunt sui heredes, qui si extranei essent, non possent exheredari. Etiam addo ex 12. tabulis, filios occidi & vendi posse, & similiter, vt ait *l.in suis, de liber. & postum.* exheredari potuisse: namque hi sunt effectus patriæ potestatis, vt filium exheredet, *l. quidam, de verb. obligat.* Constat patriam potestatem esse ex 12. tabul. Ergo ius illud manat omnino ex antiquissimo iure 12. tabul.

Ad §. 1. heredi.

Hic §. est de transmissione querelæ, & generaliter de transmissione hereditatis, quæstio frequens & cognitu necessaria. Certum est exheredatum, vel præteritum non transmittere querelam ad heredem, nisi eam præparauerit, & ordinauerit ipse viuus. Idem fere est præparare & ordinare. Præparatur autem querela inofficiosi adita hereditate, veluti ab intestato, vel accepta bonorum possessione vnde legitimi, vel vnde liberi, vel vnde cognati, *l.6.§.vlt.h.tit.* neque enim sine aliquo titulo, exheredato patet aditus ad querelam, sed eo titulo fretus, quasi heres scilicet agit querela inofficiosi, & si probet, se immerito exheredatum, testamentum rescindit, heredem scriptum expellit, vindicat & euincit hereditatem totam: licet, quod notandum, is titulus interim sit sine re: nam pendente lite inofficiosi, potior habetur causa heredis scripti, *l.2.C.h.tit.* Est igitur ille titulus falsus & coloratus. In foro recipiuntur falsi tituli & coloratæ actiones, falsæ expositiones, vt Fabius ait, vt scilicet res videatur agi recte, & ordine. Et hodie sepissime vtuntur in foro falsis narrationibus, & titulis, vt exempli gratia, inspecta turre templi, id est, pro possessore beneficij accipiunt eum, qui duntaxat turrem eminus inspexit. Inspectio illa est pro titulo possessionis. Proditum quidem est, non tantū possessionem apprehendi corpore & actu, sed oculis & affectu, *l.1.§.pen. de acquir. poss.* Sed si id fiat in re præsenti, cominus, non eminus: vt si rem quam mihi vendidisti, quę est in pręsentia, meo iussu tradas meo procuratori, vel si pecuniam, quam mihi debes, tradas alteri meo iussu, qui erat in præsentia, videris mihi tradidisse, id est, videor eius rei possessionem apprehendisse. Idem erit si columnas mihi vendideris, quæ propter magnitudinem moueri non possunt, dummodo consenserimus in rem præsentem. Nam & earum oculis videor possessionē nactus, sed id fit cominus. Ergo in iure & in schola, & in foro recipiuntur falsi tituli, colorati, falsæ expositiones, vt satisfiat rigori iuris, ne quis calumnietur factum, gestumve. Ergo non peruenies ad querelam inofficiosi, nisi titulum heredis assumpseris: aut bonorum possessoris, quamuis is interim sine re futurus sit, atq; etiam semper, nisi viceris querela. Porro is titulus necessarius est cęteris omnib. præterquā suis heredib. id est, qui detracta exheredatione sui heredes futuri sunt, *l.7.h.t.* quia ipso iure heredes existunt, & vt Græci dicunt, habent ius ἀναφάνσεως, id est, existunt, non fiunt heredes: cæteri fiunt: hi existunt statim, vt ait *l. in suis, de suis & legit. l.1.§.qui sunt, si quis omiss. causa test.* Et statim etiam clausis tabulis testamenti, etsi forte ex parte heredis scripti sunt, *l.3.C.de iure delib.* Cæteri qui non sunt sui, non possunt heredes fieri, antequā apertę sint tabulę, si sint scripti ex parte: nā heredes scripti ex asse, heredes fiūt generaliter etiā ante apertas tabul. *l.1.de suis & legit. l.1.§.vlt.de iur. & fact. l.multū, de cōd. & dem.* Et quod diximus de suis, id obtinere volumus in necessariis heredib. vt in seruis. Nā hi protinus sunt heredes, id est, clausis tabulis, *§.1. de hered. qual. & differ. l. ex parte, de acquir. hered.* Igitur isti heredes nunquam adire hereditatem necesse habent, nunquam bonorum possessionem petere, quia satis est, quod existunt, *d.l. in suis, l.16.qui in potestate, de leg. præst. l.pen.§.pen.de bon. libert.* Quid igitur fiet, si filiusfamil. qui patri suus heres futurus sit, exheredatus sit? quemadmodum præparabit querelam? Cæteri præparant adita hereditate vel agnita bonorum possessione. Igitur sui heredes, vt querelam ad heredes transmittant, eam pręparabūt his modis, quibus & cæteri omnes eam præparare possunt, si comminentur heredi scripto accusationem inofficiosi denuntiatione, quæ fiat solemniter, item libelli datione, *l.7.h.tit.* Comminatio & denuntiatio fit heredi scripto. Nam libelli dationem accipio pro editione actionis, *l.1.§.1.de eden.* Ede-

A re est libello complecti & dare. Illud certum erat, post litem contestatam querelam transmitti ad heredem, sed placet etiam transmitti, si exheredatus propositū habuerit inofficiosum testamentum dicere, *l.5.C.eod.* Pater tuus post litem contestatam, vel idem pater tuus postquam propositum habuit dicere inofficiosum, nondum lite contestata decessit: quocunque modo potes exequi patris placitum, & patrem hoc propositum habuisse apparet ex comminatione & denuntiatione, & libelli datione, & ex alio quocunque modo, vt ait *d.l.5.* ex mota controuersia. Incipit lis à contestatione, ordinatur autem contestatione, & ante contestationem controuersia est, non lis. Lis est res in iudiciū deducta. Igitur in *d.l.5.* propositum habere sic accipitur, vt illo loco Cæsaris, *Cæsar*
B *cum in Belgico hyemaret, vnum propositum habuit, ciuitates in amicitiam confirmare.* Et sic propositum accipitur in *l. in plures §.locator, loc.* Locator, qui locaturus erat horreum, proscriptum titulum habuit ante horreum, se locaturum horreum cuicunque volenti, ea lege tamen, ne reciperet custodiam auri, argenti, margaritarum, quæ inferrentur in horreum. Eas vero species cum sciret inferri in horreum, passus est inferri. lex ait, eum esse obligatum custodiæ nomine, etiam propter eas res, quod propositum non fuit: sic legunt Græci, Florentiæ aliter, vulgo aliter, *ac si propositum non fuit.* Deinde sequitur, *remissum etiam videtur, quod sciens passus est eas species inferri.* Ergo obligatur etiam earum rerum nomine. Nec igitur sui, nec extranei, hoc est, emancipati, vel pater, querelam transmit-
C tunt ad heredem, quam non præparauerunt: quod confirmat etiam *l. si quis adfirmauit §.1.de dolo.* Supprimebas tabulas testamenti paterni, nesciebam quis in eo testamento esset scriptus, an ego essem in eo exheredatus; non præparaui querelam, & mox vita decessi: non transmisi igitur querelam ad heredem, quæ res fraudi est heredi, & causa fraudis est suppressor testamenti, ideoque heres poterit agere ciuiliter de dolo in suppressorem, & criminaliter lege Cornelia. ex quo intelligitur, querelā non præparatam non transmitti. Querela est specialis actio iniuriarum, actio iniuriarum non transmittitur in heredem, nisi post litem contestatam, *l.13.in prin. de iniur.* Possis addere, nisi post litem præparatam, licet nondum contestata sit, exemplo querelæ, quæ & ipsa est actio iniuriarum specialis quædam. Idem, quod constitui, verum esse
D demonstro, querelam non præparatam, quæ competebat suo, vel non suo, non transmitti. Querela est ciuilis, vel possessoria petitio hereditatis. Ciuilis si adierit, & extiterit suus: Possessoria ex iure prætorio est vindicatio hereditatis, *l.3.C.de petit.hered.* qui agit querela, vindicat hereditatē, & sunt stulti, qui in eo laborant, idem non esse in iure querelā inoffic. & petitionē hereditatis, *l.20.h.t. l.si quis seruum, C.eod. l.vlt.§.sed quemadm.de bon.poss.contra tab.* Petitio autem hereditatis quacunq; ex causa intendatur, nunquam in heredem transmittitur, nisi ea contestata, & præparata fuerit. Paulus 1. Sentent. *Petitio,* inquit, *hereditatis, cuius defunctus litem contestatus non est, ad heredem non transmittitur.* Loquitur de lite contestata, sed non est nouum, vt quod dicitur de lite contestata, ad litem
E pręparatam transferatur, *l.sed etsi lege §.si ante, de petit. hered.* Senatus de petitione hereditatis, loquitur de lite contestata, vt post litem contestatam malæ fidei possessores existimentur, sed trahit etiam ad controuersiam motam, & ita in *tit. C.de vsur. legat.* dicitur, vsuras venire ex lite contestata: proculdubio veniunt etiam ex lite præparata. post litem contestatam actionem iniuriarum, & omnem venientem ex delicto, transmitti ad heredem. Idem potest dici post controuersiam motam. motus controuersiæ litis ordinatio est. cur non transmittam ius. ad quod persequendum me præparaui, in quo exequendo minime segnis, aut vecors fueram? Illud etiam addendum, petitionem hereditatis non transmitti ad heredem, nisi adita sit hereditas, vel agnita bonorum possessio. non adita hereditas non transmittitur, non adita vel non acquisita alio

modo. Sunt multi modi acquirendæ hereditatis: aditio, A cretio, petitio bonorum possessionis. Et hodie ex constitutione Iustin. quodlibet indicium, etiam pro herede gestio, existentia siue ἀνάφανσις, mistio, agnitio, & in summa quodlibet indicium animi volentis amplecti bona quæ deferuntur. Ergo non acquisita hereditas non transmittitur. Ab hac regula excipiuntur cōstitutiones Theodosij, liberi non sui: nam hi hereditatem parentum non aditam transmittunt ad liberos suos vel non suos, *l. vn. de his qui ante apert. tabul. l. vn. §. in nouiss. C. de cad. toll.* liberos suos certum erat transmittere, quia existebant statim, sed transmittebant sui tantum in liberos suos: ex constitutione Theodosij transmittunt omnes in liberos non suos. Item non sui liberi transmittunt in quoscunque liberos, vt quod ad causam transmissionis hodie attinet, nihil plane intersit inter suos, & non suos. Et hæc quidem B dicuntur de liberis non exheredatis: nam exheredati non possunt transmittere hereditatem, quæ eis adempta est, siue sint sui, siue emancipati, nisi præparauerint querelā. Obstat autem *l. si quis filium, C. hoc tit. l. pen. §. vlt. h. tit.* ex quibus elicitur, liberos exheredatos transmittere querelam ad heredem suum, quam non præparauerint. Et vt hi loci concilientur, sic distinguendum est: Aut heres exheredatus extraneus est, aut suus. si est extraneus, querela præparata non transmittitur. Si est suus: aut exheredatus decessit post aditionem heredis scripti, atque adeo iam nata querela, & hoc casu non transmittit querelam non præparatam, nec in filiumfamil. heredem suum: cur enim eam non præparauit, cum ei ex aditione heredis scripti competebat? Aut decessit deliberante herede scripto, & C hoc casu transmittit in suum, non extraneum; & hoc casu procedit *d. l.* Postremo interdum querela præparata non transmittitur, vt puta, si filius exheredatus, qui eam ordinauit, vel contestatus est litem, post litem dereliquerit, hanc non transmittit. nam & ipse ad eam postea reuerti non potest, *l. 8. §. si quis, h. tit.* At querela inofficiosi imitatur actionem iniuriarum, de qua tit. est, de iniuriis. nam iniuria est, id est de nota & macula exheredationis, *l. 8. in prin. h. t.* Filius, qui est in mea potestate, præteritus est testamento matris, an agam querela inuito filio? minime, quia filij indignatio est, vt ait *l. filius, h. tit.* & quamuis querela vindicet hereditatem, tamen magis habet persecutionem iniuriæ, quam hereditatis, sicut actio iniuriarum, quamuis, qui ea agit, agat de imminuto honore po- D tius, quam de ademptis bonis. Id querelę nomen demonstrat, queritur enim de iniuria sibi facta, cuius pretium nulla hereditas æquare potest: queritur ergo de iniuria sibi facta, de impietate patris aut filij: quamobrem Rhetores quidem, *vt Fab. lib. 7. c. 4.* has causas de inofficioso testamento vocauerunt *materias officiorum.* Actio iniuriarum generalis, finitur pactione & dissimulatione, & denuntiatione, *l. non solum, §. 1. de iniur.* & sic etiam querela inofficiosi aboletur dissimulatione, *l. 1. C. de in integ. rest.* Ergo & aperta renuntiatione, quod hic demonstratur. Oportet perferre accusationem inofficiosi, si quis ad eam velit reuerti: sin autem volunt transmittere, satis est, si præparauerint. Itaq; per omnia fere querela similis est actioni iniuriarum. Hoc est dissimile, quod actio iniuriarum sit annalis, querela quinquennalis. igitur grauior est E iniuria exheredationis, cū non tantū imminuat honorem, sed etiam adimat hereditatem debitam ratione naturali. Quod diximus, querelam inofficiosi, iniurię, doloris, vindictæ potius, quam pecuniæ persecutionem habere, idque demonstrare querelæ nomen, & accusationis, hinc dico, consequens esse querelam inofficiosi, non computari in bonis ante litem contestatam, vel præparatam: cæteræ actiones computantur in bonis, nomina quoque, sed non hæ actiones, quæ vindictam persequuntur, vt actio iniuriarum, & actio de morib. *l. 1. §. sed si parente, si quid in fraud. pat.*

Ad §. filius.

§. Filius species hæc est: paterfa. duos ex æquo heredes scripsit, extraneum & filium, alium filiū exheredauit, qui egit querela inofficiosi contra vtrumque heredem scriptum, & diuersas iudicum sententias tulit. Extraneum vicit, fratrem non vicit. Notandū, quod ait, *diuersas iudicum sententias tulit.* De inofficioso testamento non vnus, sed plures iudices iudicabant: querela enim inofficiosi est centumuirale iudicium, *l. Titia, l. qui repudiantis, h. t.* Sed vt omnis petitio hereditatis centumuirale iudicium est, neque tamen centumuiri iudicabant: sed ex eo ordine septem, vnde septemuirale iudicium dicitur querela inofficiosi, vt liquet ex inscriptione *l. 28. & l. 31. h. t.* Sic hodie de quacunque causa senatores omnes non iudicant, sed septem sufficiunt cuique rei iudicandę. Sic igitur in proposita specie euenit, vt filius exheredatus vno septemuirali iudicio vinceret extraneum, altero vinceretur à fratre, vel etiam vno eodemque iudicio vinceret, & vinceretur. Quęritur, an aliquid profecit, qui non vtrunque vicit, sed alterum tantum? Res non caret dubio: nihil enim videtur egisse is, qui non vtrumque heredem vicit: nam vicisse vnum magis videtur prodesse coheredi, vt eius parti pars socij accrescat potius, quam victori, vt alias querela non proficit ei, qui vicit, sed alij, *l. 6. §. pen. h. t.* nam si diximus in hac specie victoriam ei, qui vicit proficere, diximus, eum esse ab intestato heredē pro parte, qui pro parte patremfa. intestatū fecerit, eum autē, quem non vicit, testamēto heredē esse, quod est absurdū, *l. 7. de reg. iur.* Aut certe, si aliquid egit exhered. qui vnū tantū exheredib. vicit, totum testam. deleuit, quasi furiosus testator fuerit, & nō sanæ mentis, insanus *l. 2. l. Titia, l. mater, h. t.* Et hic color tanti est momenti, vt nec credatur testamenti habuisse factionē, *l. qui repudiantis § vlt. h. t.* Ac consequenter, vt nihil in eo testamento scriptum valeat, & omne iudiciū defuncti conuellatur, *l. nec fideicom. de leg. 3.* Et quamuis pater, qui vnum filium exheredauit, in eo testamento aliū filium instituerit, non ideo minus testamentum dicitur plenum furoris, apud Val. Max. *lib. 7. ca. 8.* Igitur, si vnum tantum vicit, totum iudicium patris euertisse videtur. Et veluti ab intestato diuidenda sunt bona inter exheredatum & institutum, & hæc ratio dubitandi. Æquius tamen est, pro parte testamentum consistere, pro parte rescindi, pro parte patremf. intestatū fieri, pro parte testatum manere, & victoriam exheredati in hoc ei prodesse, vt sit heres ab intestato pro parte, vtque exerceat actiones hereditarias pro parte: nam & conueniri potest pro parte à creditoribus hereditariis, non à legatariis & fideicomm. nam is solus, qui ex testamento heres manet, præstabit à se relicta, *l. iudicata, de except. rei iudic. l. pater, de collat. dot. l. cum filius, de leg. 2. l. cum duobus, C. hoc tit.* Nam in totum rescisso testamento, infirmantur omnia, sed testamento rescisso pro parte, non totum infirmatur, neque libertates, neque fideicommissa. Parte pretij victori soluta, non infirmatur substitutio pupillaris, *l. 8. §. sed nec impuberis, h. t.* Potes enim similiter dicere, non infirmari tutelas pro parte rescisso testamento, non in assem. His addit, exheredatum quoque, qui vnum ex heredibus superauit, ab altero superatus est, recte vindicaturum pro parte singulas res hereditarias, recte acturum familiæ erciscundæ cum eo, quem non superauit. Repelli igitur à testamento extraneum, vt ait fratrem scriptum ex testamento heredem remanere pro parte, fratrem exheredatum ab intestato heredem fieri pro parte. Et rationē dubitandi, quam ante exposuimus, Papinian. refellit his verbis, *nec absurdum, &c.* Quod sic declarat: absurdum est paganum (nam in milite aliud est) pro parte decedere testatum, pro parte intestatū. Et quod videantur hæc absurda, si paganus forte vnicum heredem scripserit ex fundo certo, is erit heres ex asse, non ex fundo illo dumtaxat, *l. 1. §. si ex fundo, de*

hered. instit. Et causa testati trahit causam intestati: sicut contra euenit, vt causa intestati trahat causam testati, l. pen. de iniust. rupt. Absurdum autem non est, testatum ex post facto pro parte intestatum fieri. aliud est esse, aliud videri, aliud decedere pro parte intestatũ ab initio, aliud postea decessisse videri. Et rursus aliud est videri, aliud esse. Qui fit intestatus, videtur esse, nec tamen fuit ab initio. & certe in l. 6. §. pen. & l. qui repudiantis, h. t. eum, qui egit querela & obtinuit, patremfamil. facere intestatum; obtinet, vt fiat intestatus, non etiam, vt decesserit. Et absurdum non est, testatorem habuisse partem mentis sanã, aliam insanam, vt simuletur quis furoris pro vna parte, non autem pro altera parte. Hodie qui filium exheredauit immerito, non per omnia habetur pro furioso, Nouell. Iustin. 115. quia sola institutio vitiatur, non autem cætera. Ad hæc notandum, aliis etiam modis euenire, vt per querelam testamentum rescindatur etiam pro parte tantum, vt si filius exheredatus, vel præteritus elegerit vnum ex heredibus, contra quem institueret querelam: nam querela institui potest pro parte, vt quælibet petitio hereditatis. Et hic casus proponitur in l. 25. §. h. t. Est alius casus, si frater fratrem silentio preterierit, & duos extraneos heredes scripserit, vel vlteriores cognatos, vnum honestum, alterum turpem. nam frater præteritus vtiliter aget aduersus personam turpem, atque ita aget duntaxat pro parte, id est, pro semisse adscripto turpi personæ, eique eripiet partem suam, l. circa, h. tit. Idem etiam accidit in hac specie: Pater filium heredem scripsit ex asse, alium filium exheredauit. an hic acturus est contra fratrem in solidum querela? minime, sed in partem tantum: atque ita pro parte valebit tantum, pro parte rescindetur, pro parte pater manebit testatus, pro parte intestatus. Vel finge: Testamento parentis duo filij sunt exheredati, vel præteriti, primus & secundus: tertius, qui etiam erat ex filiis, heres est institutus: si primus agat prior, secundus non agat, primus aget pro triente, licet secundus nondum agat, quia secundus eis partem facit, quandiu consultat & deliberat, hoc est, inter participes numeratur; sed si secundus repudiauerit, vel si agnouerit iudiciũ defuncti, puta si agnouerit legatum sibi in testamento relictum, si testamentum patris patientia honorare, quam iudicio accusare maluit, vel exclusus sit quinquennio, partem non faciet primo. Proinde primus consequetur semissem à fratre herede scripto, l. seq. in princ. l. qui repudiantis §. sed quoniam, hoc tit. vel etiam in hac specie, si primus egerit pro triente, vel si trientem consecutus fuerit, tantum abest, vt eum trientem communicet secundo, qui repudiauit, vt & pars secundi ei accrescat pro rata. non accrescet vtrique primo & tertio scripto extraneo, soli primo adcrescet, & repelletur extraneus, repelletur etiã secundus frater, propterea quod repudiauit, aut exclusus est, iudicioue inofficiosi cecidit, l. si ponas §. vlt. Exheredatus qui egit, nec obtinuit, habetur pro mortuo, l. 1. §. sed &, de coniung. cum emanc. lib. l. qui repudiantis, hoc tit. Exheredatus qui nondum egit, nec tamen repudiauit, non habetur pro mortuo, & partem facit fratri. Idem vero accidit in casu leg. mater, hoc tit. Finge: mater heredem extraneum scripsit, vel ex dodrante, filiam ex quadrante, aliam præteriuit, omisit, neglexit, quæ egit querela contra sororem & extraneum. non recte egit contra sororẽ, recte contra extraneum, non debuit admitti contra sororem. sed ponit admissam, atque peregisse, vindicasse igitur assem. cum vtrumq; heredem conuenerit, aut obtinuit assem, aut dodrantem tantum: si assem, soror scripta ei concurrit in legitimam hereditatem ab intestato, quia licet adierit ex testamento, quod existimabat valere, aut rescissum non iri, non ideo videtur repudiasse ius legitimæ successionis, l. legitima, de petit. hered. l. 42. de bon. liber. Quod si dodrantem tantum obtinuerit, id est, si obtinuerit tantum contra extraneum, is dodrans ita diuidetur inter sorores, vt filia præterita habeat semissem ab intestato, & alterum quadrantem ex testamento. atque

A ita fiet, vt soror scripta, sit partim heres ex testamento, partim ab intestato: proinde querela inofficiosi non hoc tantum efficit, vt vnus sit heres ex testamento, alter ab intestato, sed etiam efficit, vt vnus idemque homo partim heres sit ex testamento, partim ab intestato.

Ad l. 3. qui test. fac. poss.

Testamenti factio non priuati, sed publici iuris est.

TEstamenti factio dupliciter accipitur, proprie pro iure faciendi testamenti, & minus proprie, hoc est, per abusionem, videlicet pro iure capiendi & acquiren-B di sibi vel alij ex testamento alieno. Et hoc sensu dicimus, furiosum, mutum, surdum ita natum, postumum, infantem, pupillum, seruum habere testamenti factionem, licet non possint facere testamentum, l. filiusfamil. hoc tit. §. testamenti, de hered. qual. & differ. Seruum cum dico habere testamenti factionem, licet testamentum facere non possit, seruum alienum intelligo, quia seruus proprius sine libertate neque hoc, neque illo modo testamenti factionem habet, & cum libertate vtroque modo habet; imo & hodie ex nouissima constitutione Iustiniani, id est, l. pen. §. illo videl. C. de necess. hered. inst. Seruus proprius sine libertate habet testamenti factionem, id est, ius capiendi legata, aut fideicomm. non hereditates. Fit igitur seruus heredis, & tamen heres ei persoluit le-C gata, quæ dominus reliquit, nec ei potest adimere, aut in peculium imputare iure antiquo. Serui etiam proprij sine libertate dicebantur alimentorum esse capaces, quasi miserationis ratione, non tamen omnium legatorum, sed hodie etiam omnium sunt. Furiosum quoq; dixi habere testamenti factionem, quia ei acquiruntur actiones legatorum & fideicommissorum, etiam inuito & ignoranti. Quod sanus acquirit inuitus & ignorans, etiam insanus acquirit, l. filiusf. h. t. Non tamen potest furiosus acquirere hereditatem, nisi ex testamento patris, in cuius sit potestate, l. furiosus, de acquir. hered. Patri heres existit etiam inuitus, & ignorans ipso iure. extraneo heres fit, non existit. nemo autem fit heres insciens aut nolens. His duobus modis in iure testamenti factio accipitur: nunquam testamenti factio accipitur (quod tamen tentat Ac-D cursius) pro forma, modo, & ordinatione testamenti, sed semper testamenti factio, vel est potestas legandi, vel potestas capiendi legatum, hoc est, hereditates, & quæcunque relinquuntur testamento iusto. Est autem hic testamenti factio, ius, potestasq; testamentum faciendi: nã pertinet ad partem priorem tit. qui testam. fac. poss. Et ait lex, hanc potestatem esse publici iuris, non priuati: nam hanc accipimus ex legibus & constitutionibus, nõ ex hominis cuiusquam priuati voluntate. Exemplo erit filiusfam. Hic de bonis castrensibus, vel quasi castrensibus testamentum facere potest, & hanc potestatem accepit ã iure publico & constit. principum, cum in his bonis habeatur semper pro patrefam. De paganis bonis vndecunque obuenerint filiosa. etiamsi eorum bonorum proprie-E tas nuda, vel etiam plena ad filiumfam. pertineat, de eis, inquam, bonis testamentum facere non potest, l. Imperator, ad Trebell. l. vlt. §. si filius, C. de bon. quæ liber. acq. Cur ita? iure publico ita cautum est, puta in l. 12. tab. paterfam. vti legassit super pecunia tutelaue sua, ita ius esto. Testatorem patremfam. esse oportet, id est, sui iuris. nec quicquam mutat ex hoc iure publico hominis priuati voluntas, vt puta patris, & nec auctore patre iure filiusfam. testatur de bonis paganis, l. 6. hoc tit. l. tam is §. 1. de mort. caus. don. Sed filiusfam. de castrensibus bonis iure testatur sine patris auctoritate: sufficit enim constitutio, & datur hac in re tutori plusquam patri: nam fœmina pubes, quæ erat in tutela (mas enim pubes nunquam fuit in tutela) olim sine tutoris auctoritate non poterat testari, Vlp. tit. 26. Et similiter pupillus tutore auctore obli-

gatur, patre auctore non obligatur, *l. vlt. §. pupillus, de verb. obligat.* etiamsi permittat pater, filius non potest testari de peculio pagano, quia quum de testamenti factione quæritur, quid iure publico cautum sit, spectatur, nec potest iure publico potentior esse hominis priuati voluntas. Denique testamenti factio, non priuati, sed publici iuris est. At filius donare potest, vel inter viuos, vel mortis causa volente patre, *l. filiusfam. de donat. l. tam is §. 1. de mort. caus. donat.* Quod paterfam. donationis causa in eo, qui in potestate est, approbat, ratum est. Similiter volente patre vouere potest filius, *l. 2. de pollicit.* Ratio, quia donare quilibet & vouere Deo aliquid per alium potest, testamentum facere per alium non potest, *l. illa institutio, de hered. inst.* & filiofam. donante aut vouente aliquid voluntate patris, pater ipse videtur donare aut vouere, *l. in ædibus §. qui filiusfam. de donat.* & rursus donare aut vouere de alieno licet mandatu aut voluntate domini: testamentum facere de alienis bonis non licet, quod indicant 12. tabulæ, *paterf. vti legassit super pecunia tutelaue sua*, ad quod respicit *l. testandi, C. de test. l. cum pater §. mando, de leg.* 2. nam videtur, inquit, de sua pecunia testari. Vnus tantum casus est, quo licet de aliena pecunia testari. nam pater potest facere testamentum filiofam. pupillo, quo genere non testatur de sua pecunia, sed de pupilli, *l. sed etsi plures §. ad substit. de vulg. subst.* Hoc igitur casu pater testatur de pecunia pupilli, ergo aliena etiam, quæ post mortem eius pupillo obuenerit, quanquam ei filius nunquam acquisierit, quod est contra 12. tab. qua de causa dicitur introductum esse moribus: non enim est secundum leges 12. tabul. Vtimur etiam alio exemplo ad hanc legem: libertus liberam testamenti factionem non habet, quia patronum impune præterire non potest: hoc est ius publicum, quod descendit ex edicto prætoris, & lege Papia. an iuri huic publico derogabitur, si patronus liberto concesserit liberam testandi facultatem? minime, *l. Paulus §. patroni, de bon. libert.* potest patronus de iure suo concedere, & patienter ferre præteritionem liberti, sed liberam testandi facultatem liberto concedere non potest, quia illud non est priuati hominis, sed lex vel princeps concedit liberam testandi facultatem, *l. si quando, C. de inoffic. testam. l. 1. l. si à milite §. vlt. de testam. milit. l. 7. hoc tit. l. 3. §. 1. de bon. libert. l. 4. C. eod.* Et rursus, patronus liberto tacite potest concedere liberam testamenti factionem, vt si libertum dimittat operarum obligatione, si liberto concedat operas, donum, munus, *l. libertus, de oper. liber. l. 4. C. eod.* vel si quo alio modo remittat ius patronatus, *l. pen. l. vlt. C. de bon. libert.* nam ex his sequitur, vt libertus libere testari possit, sed nominatim hoc concedere patronus non potest. multa licent tacite in iure, quæ non licent expresse, *l. nonnunquam, de condit. & demonstrat.* seruus non potest facere testamentum: quod si permittat dominus seruum facere de suo peculio, non ideo magis erit legitimum testamentum. non accipio potestatem testandi à priuato, sed à lege. quod si lex non dederit, nec dabit priuatus, sed fateor, conniuente domino posse conseruari etiam testamentum serui. Finge: volente domino seruus de peculio testamentum fecit. non est legitimum, sed quandoque id obseruabatur & exequebatur. Quod etiam transferri potest ad filiumfam. si volente patre de paganis testatus sit, nec post mortem filij mutante factum, non est quidem legitimum, sed seruatur quasi legitimum: non est testamentum, sed quasi testamentum, vt testamentum, quo filiusfam. præteritus est, sustinetur ex æquo & bono, si filiusfam. honoret patientia testamentum, neque conuellat, *l. filio, de iniust. rupt.*

Ad l. 8. ad l. Falcid.

In legem Falcidiam æris alieni rationem in hereditate relicti, quod vnus ex heredibus soluere damnatus sit, ipse solus habebit.

Sciendum est, in ponenda ratione legis Falcidiæ, quod fit hereditate exhausta, aut onerata legatis, aut fideicommissis, rationem poni habita computatione bonorum & legatorum. in hac ratione ponenda, ante omnia deducitur æs alienum, quia bona intelliguntur deducto ære alieno. Et vt deductio fiat, cautum fuit nominatim l. Falcidia, quæ heredi dedit quadrantem ex legatis, & ex Senatusc. Pegasiano, quod heredi dedit quadrantem ex fideicommissis, *l. 1. §. hæc verba, si cui plus quam per l. Falc.* Ergo primum deducitur æs alienum, deinde quod superest inter heredem & legatarios diuiditur pro quadrante & dodrante. Legatum est delibatio hereditatis; Hæc definitio confecta fuit post l. Falc. nam ex ea legatum potest delibare tantum hereditatem, non absumere. Item illud sciendum est, in singulis heredibus poni separatim rationem l. Falcidiæ, *l. in singulis, h. t.* Finge: duo sunt heredes ex æquo, Primus & Secundus; Primi semis exhaustus est legatis, Secundo totorum bonorum quadrans relictus est. Secundus non vtetur Falcidia, sed Primus, deducto ære alieno, quod contingit semissem. Finge: plures instituit heredes, & vni iniunxit onus æris alieni, non cæteris: ea re cæteri heredes non liberantur à creditoribus hereditariis, quia non potest priuati hominis voluntas mutare leges, & l. 12. tabul. hæc est, vt æs alienum defuncti diuidatur inter heredes pro hereditariis portionibus. Ergo etiamsi vni iniunxerit onus æris alieni, tamen cæteri pro suis portionibus obligantur, sed indemnes præstandi sunt à coherede, idque consequuntur iudicio familiæ erisc. vel etiam actione ex testamento, si genere legandi aut prælegandi vsus sit testator, id est, si onerando vnum ex heredibus forma legandi vsus sit, quasi scil. legaret aliis heredibus id, quo onerabat vnum in solidum, *l. si filia §. Pap. fam. ercisc. l. non solum, infr. de lib. leg.* Omnes igitur heredes creditoribus tenentur. Quæritur, *an in ponenda ratione l. Falcidiæ etiam omnes heredes vtantur deductione æris alieni, quoniam ei omnes sunt obnoxij?* & videntur omnes posse vti deductione, cum ei omnes obstricti sint. At contra respondet Papin. ergo vtetur deductione is tantum, cui iniunctum est onus æris alieni, deductione duplici, primum æris alieni, deinde ex reliquo deducta ei Falcidia. Et ita summarium rectissimum est *l. in leg. ad l. Falcid.* æs alienum deducitur ab eo, qui id solus agnoscere cogitur. Et Cyrillus rectissime, *vnus heredum rogatus implere creditores, solus deducit æs alienum.* Implere etiam creditores & Græcis, & Latinis est, soluere creditoribus. Vti Falcidia non tantum est deducere quadrantem, sed etiam æs alienum: nam non tantum quadrantis, sed etiam æris alieni deductio nominatim comprehensa erat lege Falcidia, & Senatusconsulto Pegasiano.

Ad l. 34. de testam. milit.

Eius militis, qui doloris impatientia, vel tædio vitæ mori maluit, testamentum valere, vel intestati bona ab his, qui lege vocantur, vindicari, Diuus Hadrianus rescripsit.

Non est dubium, quin hæc lex sit adscribenda Papin. non Paulo: hoc series legum ostendit, præcedunt enim semper quæstiones responsa, definitiones Papin. sequuntur, post Pauli quæstiones: ac præterea Paulus 14. quæst. nihil tractauit de testamentis; Pap. vero totum 14. in testamentis tractandis consumpsit, & de testamento militis. Iam vnus locus Papin. ab Vlp. probatus est ex lib. 14. in *l. in fraudem §. vlt. h. t.* vt bon. possessio secundũ tab. militis vltra tempora præfinita non possit agnosci: nam Constit. militi dederunt testamenti factionem, non heredi militis liberam aditionem. Et vt ait *d. l. in fraudem*, generalis est edicti determinatio. comprehendit igitur ea determinatione militis tam militem, quam paganum, ac proinde bon. possessio secund. tab. militis liberis eius est agnoscenda intra annum: à cæteris intra 100. dies.

dies, alioquin submouentur præscriptione temporis, & amisisse bona intelligitur, atque ita nulla differentia est inter militem & paganum: nam & huius & illius heres obseruat tempora successorij edicti. Igitur priuilegium datur militi, non heredi eius. Et addamus nunc ex initio legis, nullam esse differentiam inter paganum & militem, de eo, qui sibi mortem consciuit, cum habeat heredem testamentarium, vel legitimum, vel honorarium, quæritur an bona eius caduca fiant, quæ quæstio olim erat frequentissima. Et si miles vel paganus mortem sibi consciuerit timore mortis, veluti perculsus conscientia criminis capitalis, quod admisit, cuius postulatus est, vel in quo deprehensus est, & ex quo solet esse pœna mors vel deportatio, & bonorum publicatio, si inquam, metu futuri supplicij mortem sibi B consciuerit, testamentum quod fecit, non valet & irritum fit. imo quælibet alia voluntas, & donatio causa mortis, etiam hac in causa comparatur vltimæ voluntati, *l. cum hic status* §. *si maritus vxori, de donat. inter vir. & vxor.* Ac præterea non habet heredem, sed bona fisco vindicantur, *l. 6.* §. *eum qui, de iniust. rupt. l. in fraudem* §. *eius bona, de iure fisci*, & non luget eum vxor, neque parentes iusta ferunt suspendioso, id est, qui suspendio vitam finiuit, vt ait *l. liberorum* §. *non solent, de his, qui not. infam.* & consequenter corpus non humatur, quod fit hodie, sed cruci affigitur: quia qui ita sibi mortem consciuit, pro confesso habetur, conuicto & condẽnato, ipse de se sententiã tulisse videtur, *l. vlt.* §. *1. de bon. eorum, qui ante sentent.* Et condemnati morte non humantur, nisi ex indulgentia principis, *tit. de cadauer. pun.* Quibus est similis, qui sibi mortem consciuit metu imminentis pœnæ criminis, sed necesse est, vt eius criminis reus postulatus sit, vel in eo deprehensus: nam deprehensum non est necesse postulare, sed subit pœnam statim. Ergo talis si sibi mortem consciscat, pro damnato habetur, modo postulatus sit criminis capitalis: nam qui non postulatus criminis capitalis, puta modici furti, non pro damnato habetur. Huius ergo bona publicantur, ac si mortis pœna affectus esset, qui maluit mori, quam damnari morte naturali & ciuili, qui ne moreretur, mortuus est sua manu. Ergo, qui est criminis capitalis postulatus, si sibi mortem consciuerit, pro damnato habetur, non habetur pro ciue. nulla igitur est rata eius vltima voluntas. Sed si non postulatus sit, quamuis crimen admiserit, & post sibi manus attulerit, bona eius fisco non vindicantur, quia vt eleganter ait Papinian. in *d. l. vlt.* §. *1. non fati celeritas est obnoxia*, id est, quod quis sibi properauerit fatum: nam fati celeritas non est obnoxia pœnæ, *sed conscientia criminis*, & non reus est criminis, nisi postulatus sit, vel deprehensus. Illo loco Florentiæ legitur, *non facti*, sed legendum est, *fati*, quod sæpius etiam legitur in Florentin. *factum*, pro *fatum*, nihil refert sua quis sentẽtia morte moriatur, an sententia iudicis. Et hæc de his qui conscientia criminis sibi mortem consciuerunt. Alij sunt, qui sibi mortem consciuerunt tædio vitæ, stulti, miseri homines, doloris impatientia, & valetudinis aduersæ, pudore æris alieni, quam mortem Stoici vocant εὔλογον ἐξαγωγὴν. Et nostri quoque auctores *l. vlt.* §. *vlt. mortem consciitam* vocant iusta causa præcedente, qui sunt imbuti à Stoicis. dolorem separant ab aduersa valetudine. nam & potest esse aduersa valetudo sine sensu doloris. Dolor, est luctus vel amissæ vxoris, vel amissi viri, *d. l. vlt.* §. *videri.* Et dolor etiam corporis, sicut qui furore vel iactatione moriuntur suis manibus, *l. 6. de iniust. rupt.* Quæro, qui ob has causas mortem sibi consciuerit, an eius testamentum valeat? Et definierunt valere quamlibet vltimam voluntatem, siue sit paganus, siue sit miles: nam Adrianus hoc loco definiuit, nihil interesse: eorũ enim corpora humantur, testamenta manent, si non testati sint, habent heredes successores ordinarios, quibus deficientibus iure communi bona pagani cedunt in fiscum, bona

A militis cedunt in legionẽ, aut in vexillationem, in qua militat. Legio est peditum, vexillatio equitum, *l. 2. C. de hered. decur. l. 6.* §. *7. de inj. rup.* militi, qui intestatus decedit sine vllo successore ciuili vel pretorio, succedit legio. ac præterea in exercitu erant librarij caducorum, qui conficiebant rationes eorum bonorum, quæ morte militis cadebant in legionem, *l. vlt. de iure immun.* quę tota pertinet ad rem militarem, vt indicat inscriptio legis. Et hæc traditio de milite, qui tædio vitæ, vel alia ex causa simili, non conscientia & metu furiarum sibi mortem consciuit. Quod potest etiã procedere in milite mortuo sua morte: nã ei succedet legio, deficiente successore ordinario, fiscus succedet. Loquor igitur de milite indemnato, qui vita decessit sua morte, vel adscita citra conscientiæ metum: nam militis damnati ex delicto militari, vel desertionis vel proditionis, bona fisco vindicantur. Quod est ex eodem rescripto Adriani. Et ita est accipienda *l. 2. de veteran. & mil. success.* alioquin *d. l. 2.* valde pugnaret cum eo, quod diximus, legioni bona vindicari, sed bona damnati est intelligendum. Obseruandum etiam est, secundũ hanc definitionem ex eodem rescripto Adriani, militem, qui manus sibi intulit, nec perpetrauit, alias ignominia mitti, aliàs capite puniri: nam si metu criminis sibi manus intulerit, ex quo crimine pœna sit mors vel deportatio, capite punitur, atque si damnatus esset. Et notandum etiam, eum militem, qui sine causa se vulnerauit, nec necauit, capite puniri, id est, qui non conscientia criminis, non tædio vitę, non furore impulsus, sed quia C non cupit viuere, quasi ignauus capite punitur. Et vtitur *l. vlt. de bon. eor. qui ante sentent.* optima ratione. Qui enim sibi non pepercit, multo minus alij parceret. Igitur melius est, eum de medio tollere. Sed si ex causa manus sibi intulerit impatientia doloris, & tædio vitæ, nec factum peregerit, ignominia tantum mittitur, quasi vir non vir, qui non potest ferre dolorem, *l. omne* §. *qui se vulnerauit, de re milit. l. si quod æquum* §. *vlt. de pœn.* Et est ex eodem rescripto Adriani. In summa, in ea re, de qua tractat hic Papinianus nihil distat miles à pagano, sed quod sequitur multum distat.

Ad §. militia missus.

D *Militia missus intra annum testamentum facere cœpit, nec perficere potuit: potest dici solutum ita esse testamentum, quod in militia fecit, si iure militiæ fuit scriptum: alioquin si valuit iure communi, non esse iure rescissum. Nec tamen circa militem eadem adhibebitur distinctio: nam quocunque modo testamentum fecerit, nouissima voluntate rescindetur, quoniam voluntas quoque militis testamenti est.*

MIssus militia, paganus est, non miles. Finge: miles testamentum fecerat in militia iure militari, non obseruatis regulis iuris ciuilis. testamentum igitur imperfectum: deinde dimissus est. Testamentum quod quis fecit in militia iure militari valet etiam eodem iure intra annum, si modo ignominia missus non sit, si fuerit missio causaria & honesta: Nam si fuerit missio igno- E miniosa, testamentum fit irritum & nullum, *l. testatoris, h. tit.* At si fuerit missio honesta propter mortem, aut valetudinem, testamentum post missionem valet intra annum, si post missionem aliud testamentum non fecerit intra annum: nam posteriore prius rumpitur. Quæro *an etiamsi imperfectum sit posterius, tollatur prius quod factum est iure militiæ?* Vtrumq; est imperfectum. Et prius, quia militare, & posterius. Et placet rectissime, imperfecto testamento imperfectum rumpi & solui: sed si in militia iure communi, id est, rite, ordine solemni testamentum fecit, id non rumpitur posteriori testamento, quod fecit post missionem, nec iure perfecit. Constat perfectum imperfecto non rumpi, sed nec perfectum in militia imperfecto rumpitur, nisi scilicet in posteriore sit scriptus

is, qui rem ab intestato omnimodo habiturus est, *l. 2. de ini. rup.* quæ ponit hanc regulam, superius testamentum iure perfectum posteriore imperfecto non rumpi, nisi posterius sit factum iure militari, vel nisi in posteriore imperfecto scriptus sit is, qui iure vocatur ad bona. His duobus casibus posterius imperfectum rumpit prius quod erat perfectum. Et hæc ita distinguimus in eo, qui missus est militia: nam in milite non vtimur ista distinctione: miles enim siue testatus sit iure communi, siue militari si sit adhuc miles, testamentum eius rumpitur quacunque nouissima voluntate vel perfecta, vel imperfecta. Ergo quælibet voluntas militis, testamentum perfectum est, vt ait *l. seq.* testamentum militis perficitur sola voluntate. In pagano exigitur solemnitas. Et ideo rectissime statuere possis, testamentum militis iure militari factum, factum esse iure gentium, in quo nulla obseruatur subtilitas iuris, & nulla scrupulositas. Testamentum omne pagani pertinet ad ius ciuile: nã est solemne. An fideicom. sunt iuris ciuilis? minime, quia nituntur sola voluntate, & nutu solo, & gestu relinquuntur. Interpretes in *l. hac consultiss. §. ex imperfecto, C. de test.* hac in re militi exæquant patrem testantem inter liberos, & errant: namq; agunt contra Nou. 107. Patri dabantur hæc duo testanti inter liberos; primum vt esset ratum testamentum factum inter liberos scriptum notis, non literis, *l. vlt. C. famil. ercisc.* quod hodie sublatum est *d. Nou.* nam etiamsi inter tuos liberos fecisti testamẽtum notis, non valet, notis, *par chiffre.* Sed non notæ sunt, vt solemus scribere S. P. Q. R. nam testamentum scriptum siglis, singulis, id est, singularibus literis valet, vt S. P. Q. R. Alterum, quod datur patri hoc est, quod etiam hodie manet, vt valeat testamentum, licet sit imperfectũ, ex *d. §. ex imperfecto.* quod vulgo accipiunt perperam generaliter: nam si generaliter verum est, testamentum omne factum inter liberos valere, & hoc imperfectum valeret testamentum notis scriptum, vel sine testibus. quis hoc dicat? nam ne militis quidem voluntas valet sine iure. sed imperfectum testamentum in iure est, quod non est signatum septem testium signis: nam hoc solum vitium prætor agnoscit in testamentis. Adde, vel quod non est subscriptum à septem testibus, quod exigunt constitutiones: & sic in *l. 6. ad leg. Corn. de fals.* Perfecto testamento opponitur non signatum. Et sic *d. l. hac consultissima.* paulo ante *§. ex imperfecto*, ait, non signatum, vel non subscriptum à testibus, pro imperfecto haberi. Deinde sequitur, *ex imperfecto testamento liberis competere hereditatem*, id est, ex testamento non signato. Imperfectum testamentum, quod pater fecit inter liberos, non tollitur qualibet alia voluntate imperfecta, *Nou.* 107. necesse est, vt posterior voluntas sit iure perfecta, si velit rumpi priorem imperfectam; at testamentum militare imperfecto nouissimo testamento facile tollitur. Legendum est in fine legis, *quæque*, non *quoque*, *voluntas quæque militis*, *&c.*

Ad l. 12. de Carbon. edicto.

Scriptus heres, contra quem filius impubes qui subiectus dicitur, ex edicto primo bonorum possessionem petit, exemplo legitimi, secundum tabulas interim accipere non potest. quod si medio tempore scriptus, vel ille, qui intestati possessionem habere potuerit, moriantur, heredibus eorum succurrendum erit: quid enim si non potuerunt adire heredem iure cessante, vel ob litem in dubio constituti?

Species est: In testamento patris filius impubes præteritus est, extraneus scriptus. heres scriptus filium præteritum suppositum dicit, atque ita facit ei controuersiam status & bonorum paternorum. filius petit bonorum possessionem ex primo edicto, id est, bonorum possessionem contra tabulas: Nam in ordinatione perpetui edicti sub titulo *de bonorum possessionibus*, prima pars edicti fuit de bonorum possess. contra tab. Quæritur, an etiam heres scriptus interim possit petere bon. possess. secundũ tab. vt filius petiit cont. tab. Et ait non posse. Ergo lex siue scriptũ Papin. sic est accipiendum, vt ordinariam siue edictalem bonorum possessionem filius petierit, non Carbonianam, quæ est decretalis: vel si Carbonianam, & ordinariam simul, quod & verba demonstrant: neque enim dicit, filium petiisse ex decreto vel edicto Carboniano, sed ex edicto primo. Carbonianum autem fuit secundum edictum, non primum. Et rectissime ait, eo casu, puta si filius petierit ordinariam bonorum possessionem, heredem scriptum interim non admitti ad bonorum possess. secundum tabul. nam si filius solam Carbon. acceperit, vel contra tabul. vel vnde liberi patre in-
B testato defuncto; Carboniana enim adaptatur omnibus bonorum possessionibus, si, inquam, filius petierit solam Carbon. contra tab. vel vnde liberi, quæ quidem durat tantum vsque ad pubertatem, hoc, inquam, casu scriptus poterit petere bon. possess. secundum tab. quia ad plenum bonorum possess. contra tabulas filius non accepit. Ergo scriptus interim accipiet secundum tab. vel ab intestato, si sit defuncti intestati frater consanguineus, vel patronus, qui filium suppositum esse dicat. Interim enim, si filius, qui subiectus dicitur, petierit Carbonian. poterit & ipse frater petere ordinariam, vnde legitimi, *l. 7. §. vlt. h. tit. l. 1. §. sed etsi ex Carbon. si tab. test. nullæ ext.* Carbonianam solam non impedire edictalem bonorum possessionem delatam heredi scripto, vel legitimo, quia tem-
C poraria est bonorum possessio. Alia est bonorum possessio edictalis, quæ ordinaria dicitur: alia decretalis, & omnis Carboniana est decretalis, id est, datur causa cognita, non passim & temere. Et hę sunt summæ differentiæ inter edictalem & decretalem, quod edictalis datur de plano in transitu, *en se pourmenant*, domi suę. decretalis datur pro tribunali: nã quicquid exigit causæ cognitionem, tribunal exigit. Decretum est causæ cognitio, & quæ post eã sequitur pronuntiatio, & consequenter petendæ bonorũ possessioni edictali cedunt dies, quibus prætoris copia fuerit, etiamsi non sederit pro tribunali. Petendæ autem decretali cedunt hi tantum dies, quibus prætor sedit pro tribunali, qui appellantur dies sessionum, *l. 2. §. dies, quis*
D *ordo in bon. poss. l. 5. §. edictalis, vt in poss. legat. l. 3. §. si causa, de bonor. possess.* Ac præterea decretalis petitur etiam hodie, edictalis hodie non petitur. Est in agnitione, non in petitione: nam quodcunque indicium agnoscendæ bonorum possessionis sufficit, *§. vlt. de bon. poss.* Sed decretalis petenda est. Item bonorũ possessio edictalis potest repudiari intra tẽpora præstituta, decretalis nunquam potest, quia id tantũ repudiatur recte, quod delatum est: decretalis autem non intelligitur delata, antequam sit decreta, & postquam decreta est, sera repudiatio est, quia iam acquisita est, & quod acquisitum est, non repudiatur, *l. 1. §, decretalis, de succes. edic.* Ergo decretalis repudiatione non amittitur. Edictalis potest amitti. Vtraque tamen amittitur tempore: vtraque diebus certis finitur, *d. §. decreta-*
E *lis, l. 3. §. vlt. h. tit.* Si filius impubes, qui subiectus dicitur, acceperit solam Carbonianam, scriptus heres admittitur ad possess. bonorum secundum tab. & legitimus, qui filium subiectum dicit, ad vnde legitimi. Sed si filius, qui subiectus dicitur, acceperit ordinariam, heres scriptus non admittetur ad secundum tabulas, *exemplo legitimi*, vt hoc loco ait, quia scilicet nec legitimus admitteretur ad bonorum possessionem vnde legitimi. Nunc finge, filium impuberem, qui dicitur subiectus, accepisse bonorum possessionem contra tabulas, vel vnde liberi, heredem scriptum non accepisse secundum tabulas, quia non potuit, & interea mortuum esse heredem scriptum, vel heredem legitimum, non accepta bonorum possessione: Deinde post pubertatem iudicatum esse, filium suppositũ videri. Quæritur, cũ heres scriptus vel legitimus, antequã de ea re iudicaretur mortuus est, an intelligatur trans-

misisse in heredem suum? Et videtur nihil transmisisse, quia interim neque adiuit hereditatem, neque bonorum possessionem agnouit, & verum est, hereditatem non agnitam, nec bonorum possessionem, transmitti, *l. 1. C. Theod. de leg. heredib. l. vn. §. in nouissimo, C. de cad.toll.* Contra Papinianus scribit, quodammodo transmissioni locum esse, quia illa regula vetus ita est accipienda, si hereditatem quis adire potuerit, nec adiuit. hoc casu heredi nihil transmittit: scriptus autem heres erat incertus de viribus testamenti, & certo iudicio adire oportet, non hæsitante. hæc cessatio cur obesit heredi eius, si postea secundū eum lis detur, vt puta si filius suppositus esse pronuntietur? Atque ita fiet transmissio, non quidem ipso iure, sed interposito decreto à prætore. Et hoc est, quod ait, *heredibus esse succurrendum data bonorum possessione ordinaria, licet eam viuus neque petierit, neque agnouerit.* Quod etiā ratione eadem euenit in specie *leg. illud §. vlt. & l. seq. de bon. poss. cont. tab.* vtimur decreti remedio vrgente ratione æquitatis: deficiēte edicto, decreto fit, si quid æquum est fieri, *l. & muliere, de cur. fur. l. 4. de bon. libert.* Et hoc est, quod ait hoc loco Papinianus. Habuimus etiam alium casum in *l. 42. §. vlt. de bon. lib.* quo videtur vitiari illa vetus regula, id est, quo hereditas non adita transmittitur ex decreto Marci ad heredem suum, quasi agnita ab intestato, qui eam agnouerat ex testamento, & etiamsi persequeretur nominatim iure intestati, tamen & iure testati, si illo deficeretur, quodammodo eam complexus videtur. Est & tertius casus, quo vitiatur illa regula ex Theodosio, vt docuimus in *l. 19. de inoffic. testam.* vt liberi parentum hereditatem non aditam ad quoscumque liberos suos transmittant. Et notissima est constitutio Theodosij: sed illi duo casus, quibus ab eo edicto videtur recedi, sunt cognitu digni. Illis casibus deficit regula iuris, sed æquitatis ratio postulat decreto transmissionem induci.

Ad l. 43. de bonis libert.

Iulianus putat patronum, qui Titio pro parte dimidia heredi instituto substitutus, eo deliberante, bonorum possessionem contra tabulas accepit, si postea Titius non adierit hereditatem, nihil ei, qui adiit hereditatem, abstulisse, non magis, quam si sub conditione fuisset institutus. Igitur Titio deliberante, res in incerto erit, vtrumne semis ex substitutione in possessionem conuertatur, an Titio adeunte singulis heredibus partes debita auferantur.

SPecies hæc est: In testamento liberti patronus primo gradu præteritus est: scripti sunt heredes Titius & Caius ex æquis partibus. Titio substitutus est patronus, si heres non esset. Caius adiuit hereditatem, Titius deliberat, & interim patronus accepit bonorum possessionem contra tabulas, quasi præteritus, quod potest facere, cum vnus ex heredibus scriptis adierit, alioquin bonorum possessio patrono non datur, non contra lignum solum, sed contra eum, qui ex ligno heres extitit, quia adiuit, quod exposuimus in *l. 42. §. 1. hoc tit.* Ergo patronus interim deliberante Titio petiit contra tabulas bonorum possessionem, postea Titius repudiauit, & substitutioni locus esse cœpit, vocatus est patronus in semissem. Quæritur, an bon. poss. cont. tab. quam patronus accepit, sit cum re. Non abs re illud quæritur: nam si est cū re, patronus habebit dodrantem, puta semissem ex substitutione, & iure bonorum possessionis contra tabulas Caio aufert quadrantem. Sed verius est, vt Papinian. ex Iuliano refert, vt bonorum possessio, quam patronus accepit, sine re constituatur, nihil auferri Caio, quia existente conditione substitutionis, patrono satisfactum videtur. ex causa etiam substitutionis habet semissem, quæ est portio debita. Et idem erit si extraneus à liberto pure sit heres scriptus ex semisse, patronus sub conditione ex altero semisse, & pendente ea forte patronus accepit bonorum possessionem contra tabulas adita iam hereditate à coherede. Post existente conditione bonorum possessio ea quodammodo erit sine re: Nam ea conuertetur in ius bonorum possessionis secundum tabulas, non licebit patrono ita variare, vt petita contra tabulas bonorum possessione petat secundum tabulas, *l. nonnunquam, de leg. præst.* sed prætor tuetur eum perinde, atque si accepisset secundum tabulas: hic è contrario euenit vt prætor eum qui petiit secundum tab. perinde tueatur, atque si petiisset contra tabulas, *l. 3. de bon. poss. cont. tab. l. 2. §. pen. de bon. poss. sec. tab.* Bonorum possessio facile titulum mutat, & ex vno iure migrat in aliud, & vt dixi, bonorum possessio cont. tabul. habetur iure bonorum possessionis secundum tab. & è contra: ac similiter bonorum possess. vnde legitimi, habetur pro bonorum possessioné contra tabulas, *l. filius, de coll. dot.* Sed si Titius post deliberationē longam adierit, ius bonorum possessionis contra tabul. quam accepit patronus, interim non mutatur, sed plane est cum re, & patronus pro portione cuiusque aufert singulis heredibus, hoc est, Caio quadrantem, Titio quadrantem, atque ita semissem, portionem debitam patrono.

Ad l. 12. de castr pecul.

Pater, qui dat in adoptionem filium militem, peculium ei auferre non potest, quod semel iure militiæ filius tenuit. qua ratione nec emancipando filium, peculium ei aufert, quod nec in familia retento potest auferre.

NOtanda est vna differentia, inter peculium paganum & castrense. Paganum paterfam. demit, adimit nuda voluntate quandocumque vult, vt dominus seruo: non constituitur etiam peculium nuda voluntate, traditione enim opus est: soluitur autem nuda voluntate, *l. non statim, de pecul.* Et adimit pater filio peculium, vel retento in potestate, vel exempto è familia, veluti cū eum emancipat, vel dat in adoptionem. vtroque genere filius exit ex familia. sed vtroq; genere non fit sui iuris, datione in adoptionem transit in potestatem alterius, puta adoptatoris, & desinit esse in patris naturalis potestate: plerumque autem emancipando pater retinet sibi peculium, sed si nihil de peculio dixerit emancipando, tacite videtur ei concessisse peculium, *l. donatione §. pater, de donat.* Quod obtinet etiam in seruo manumisso inter viuos. nam & ei videtur concessum, si non sit nominatim ademptum *§. peculium, Instit. de leg.* & hæc de pagano. Castrense vel quasi castrense, etiamsi sit profectum à patre: nam castrense peculium dicitur, quod pater filio in militia agenti dedit, *l. 11. hoc tit.* Paulus *lib. 3. sentent. tit. 4.* pater nunquam adimere potest filio. Hoc priuilegium militia extorsit, quod Papinianus ostendit. primum enim ait, patrem dando filium in adoptionem, non posse ei auferre peculium castrense. Rursus emancipando non posse, ac postremò neutrum horum faciendo non posse etiam eum filio adimere castrense peculium, licet id ipse de suo constituerit: Est enim non tam peculium, quam patrimonium filij: cum de eo testari possit etiam nolente patre, & non cogatur id conferre fratribus. Id quoque similiter extorsit fauor dotis: Nam pater dotem, quam semel constituit filiæfamil. ei auferre vel minuere non potest, nisi vno casu, si pater redactus sit ad inopiam, *Nouell. 97.* non potest filiafam. habere castrense peculium, posset quasi castrense, sunt militiarum quarundam fœminæ quasi capaces: sed & filiafam. dotem habet propriam, etiamsi sit in potestate patris, eamque ei dederit pater. Et hac in re separatur dos à peculio: Nam dos proprie est patrimonium filiæ, *l. denique §. ergo, de minor. l. 4. de collat. bon. l. pater, ad leg. Falcid.* Peculium paganum etiam dicimus esse quasi patrimonium, *l. hinc quæritur, l. 40. de pecul. l. si decem hered. 17. de statulib.*

Ad §. si libertus, l. 1. si quid in fraud. patr.

Si libertus in fraudem patroni aliquid dederit, dein defuncto patrono, viuo liberto filius patroni accepit bonorum possessionem contra tabulas liberti, an Fabiana uti possit ad reuocanda ea, quæ sunt alienata? Et est verum, quod & Pomponius probat libr. 83. item Papin. lib. 14. quæstion. competere ei Fabianam: sufficere enim, quod in fraudem patronatus factum sit: magis enim fraudem rei, non personæ accipimus.

VT intelligatur quæstio huius §. sciendum est, alienata à liberto in fraudem patroni, vt eo minor esset legitima patroni, reuocari pro parte debita patrono actione Fabiana & Caluisiana. Fabiana datur testato liberto: altera intestato: non vna actio, sed duæ, *l. 3. §. si intestatus, hoc tit. l. 2. C. eod.* Et agnoscunt etiam hanc differentiam Græci in *l. 2. si à parente quis manum.* Ad reuocanda ea, quæ debitor alienauit in fraudē creditorum competit Pauliana, §. *item si quis in fraudem, Instit. de action.* ad reuocanda alienata in fraudem filiorum vel parentum, nulla competit actio iure. Ratio differentiæ est: mihi licet fraudatis filiis alienare omnia mea bona viuo me. In testamento non possum: igitur liber sum, & rerum mearum plenus dominus quandiu viuo, non cum excedo è vita & morior: libertus non est planè liber, vt recte Chrysippus ait apud Athen. lib. 6. quod debeat patrono multa, nec sit ingenuus, οἰκέτην non esse, δοῦλον esse. οἰκέτης est, qui est in dominio alterius: δοῦλος, etiam qui non est in dominio & manumissus. Debitor quoque & obæratus non est plane liber, aut suorum bonorum compos: non possidet bona libera, nec ipse igitur liber est, cum principaliter sit obligatus: liberum hominem esse dicimus, qui non est obæratus. licet quidem liberto alienare, sed alienatio reuocatur. Ergo ita constituamus: patronus præteritus petita bon. possess. contra tab. detrahit ex rebus, quas heres scriptus possidet iure hereditario, debitā portionem pro rata. qua actione? possessoria hereditatis petitione, sed detrahet etiam portionem ex his rebus, quas libertus alienauit in fraudem patroni, vel quas donauit mortis causa. Possessoria petitio hereditatis non datur in eos, qui iuste possident, sed Fabiana. Finge: libertus multa alienauit in fraudem patroni, & superuixit patrono, deinde post mortem liberti filius patroni petiit bonorum possess. contra tabul. an reuocabit alienationes factas in fraudem patris? Et non videtur, quia libertus nihil egit in fraudem filij. At nihilominus Pap. ait, filium patroni vti posse actione Fabiana, quia satis est, quod fecerit in fraudem patronatus, ac si diceret, non tam fecit in fraudem patroni, quam in fraudem patronatus, & fraus magis fit in rem, quam in personam, & vtique fecit fraudem in rem.

Ad princip. l. 3. eod. tit.

Si patronus heres institutus ex debita parte, adierit hereditatem, dum ignorat aliqua libertum in fraudem suam alienasse, videamus an succurri ignorantiæ eius debeat, ne decipiatur liberti fraudibus? Et Papinianus libro 14. quæst. respondit, in eadem causa manere ea, quæ alienata sunt, idcircoquè patronum sibi imputare debere, qui cum posset bonorum possessionem accipere contra tabulas, propter ea, quæ alienata sunt, vel mortis causa donata, non fecit.

QVod proponitur in hoc §. negotium facit multis non abs re. Finge: libertus multa alienauerat in fraudem patroni, qui ea ignorauerat, Deinde moriens libertus patronum heredem scripsit ex semisse. Videtur ei satisfecisse, & vtique satisfecit, si verborum conceptionem spectes, & heredem fecit ex semisse bonorum, quæ habuit

A mortis tempore: Sed si rem inspicias, non satisfecit, quia data opera minuit patrimonium. Hoc casu licet patronus sit institutus, poterit petere bonorum possess. contra tab. quasi ex modica parte institutus. Et certum est eam bonorum poss. dari non tantum patrono præterito, sed etiam ex modica portione instituto. Vnde ingeniosus quis merito posset quærere, an filio instituto ex modica parte, detur bon. possessio cont. tabulas? minime: quia non est præteritus, sed quasi exheredato in partem, si Falcidiam sibi seruare non possit, aut si minus Falcidia iure institutionis auferat, ei dabitur querela inofficiosi, *l. Papin. §. quarta, de inoffic. test.* Pater habet seruos in patrimonio, nihil præterea. filium instituit, omnes seruos manu-
B mittit; inanis est institutio, quia Falcidia non deducitur ex pretiis manumissorum: filius, si habeat substitutum, repudiabit hereditatem, & aduersus substitutum aget querela, quasi sub falso titulo institutus, vel hereditatem habebit ab intestato, & non competent libertates. Hodie patronus, vel filius institutus ex quantulacunq; parte, non habet bonorum possess. contra tab. vel querelam, sed habet supplementum. In specie proposita patronus potuit petere bonorum possess. cont. tab. sed quia ignorabat libertum multa alienasse inter viuos, adiuit hereditatem ex testamento liberti, sed errans in facto, ignorans fraudem fecisse sibi libertum, non errans in iure, dum ignorat aliqua libertum alienasse. Et ideo recte quæritur, *an succurri ignorātiæ eius debeat?* sic legitur Flor. male vulgo quæritur, *an postquam adiuit possit agere Fabia-*
C *na, & reuocare portionem sibi debitam?* forsitan dices posse, *& æquum videri, vt ignorantiæ eius succurratur.* At contra Pap. *non ei subueniri respondet.* Quare sibi imputare debet, qui cum posset petere bonorum possess. cont. tab. non fecit. Obstat vehementer quod dicitur, errorem facti non obesse, nec in damnis, nec in compendiis: & hoc loco obest patrono. Respondeo, non tam esse ignorantiam facti, quam etiam culpam, ad quam rationem respexit Papin. dum ait, *patronum imputare sibi debere.* Quid aliud est, quam patronum esse in culpa? Hic potest obiici, quod Tiberius dicebat, disce cautius negotiari. Quod videtur repetitum in *l. 2. C. de furt.* Et eadē est ratio *l. filiū, de acq. her.* qui testatum fuisse insanum putabat heres scriptus, qui tamen sanus erat, errabat in facto. sua igitur simplici-
D tate deceptus (quæ vtique nocet, *l. 3. ad Maced.*) hereditatem omisit ex testamento, & eam amplexus est ab intestato. substit. ei præferetur, quia seipsum decepit, diligentius non consultando. Eadem est ratio *l. Clodius, eod. tit.* heres scriptus posteriore testamento imperfecto, qui etiā erat scriptus in priore perfecto, temere hereditatem adiuit ex posteriori, putans, id æquè esse perfectum ac prius. seipsum decepit, & hereditatem omisit. Sed quotiens extrinsecus aliqua ex causa incidit quis in errorem facti, in ignorantiam, quæ falleret etiam prudentissimum, hic error facti non nocet, vt si adierit ex testamento falso, vel vero, dum est incertū, an exheredatus vel præteritus sit, *l. 4. de petit. hered. l. Paul. de bon. libert. l. mater, de inoffic. test.* Sed ponamus patronum errasse in iure, vt ponit Accurs.
E secutus antiquam scripturam, vt puta, existimasse sibi nō competere Fabianam, & se institutione contentum esse debere. an hic error iuris eum excusat? quod videtur, ex *l. quæ fideic. de leg. 2.* cuius est tamen alia ratio: sed verius est errorem iuris eum non excusare. error iuris in specie *d. l. quæ fideic.* excusat, quia in damnis amittendæ rei suæ, *de perdre le sien,* error iuris excusat: Verum in compendiis nocet, si quis affectat lucrum de alieno, *l. 8. de iur. & fac. ign.* In specie proposita patronus affectat compendium, quia etsi hereditas liberti dicatur quasi patroni esse, *l. 10. pro soc.* tamen vere non est, quia non est verus creditor, *l. 6. ad l. Cornel. de fals.* alioquin reuocaret alienata actione Pauliana, nec necessaria esset Caluisiana, aut Fabiana. hæc confirmantur *l. 2. si à parente quis manum.* dum ait, patrono non est exæquandus pater, quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum admi-

nistrationem, *l.1.de iure patron.* Licet patri vendere omnia sua bona, & filio etiam, nec vlla est querela immodicæ venditionis, aut fraudulentæ. Est tamen querela inofficiosę, immensæ donationis, vt inofficiosæ dotis. Dos enim donatio est; donatio facta in fraudem liberorum, id est, quæ minuit eorum legitimam, pro modo legitimæ rescinditur, sed non etiam véditio, vel quælibet alia alienatio: valde enim notanda ratio, vt patrono instituto ex minori parte detur bonorum possessio contra tabulas; filio vero querela. Patronus institutus ex minori parte comparatur præterito, non exheredato: exheredatio enim in patronum non cadit. At filius institutus ex minori parte magis exheredatus, quam pręteritus videtur, si ex institutione, aut nihil, aut minus quam legitimam portionem acceperit, tulerit.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XV. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 10. de iure codicill.

Quod per manus traditum est, codicillis hereditatem dari non posse, rationem illam habet, ne per codicillos, qui ex testamento valerent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur.

IN lege 10 *de iure cod.* proponitur regula vetus, hereditatem codicillis dari non posse verbis directis: nam precariis dari potest. Ergo in codicillis directo institui heres, vel substitui non potest, quoniam vtroque genere hereditas dari non potest. nec igitur adimi. adimitur exheredatione, & per conditionem adiectam in codicillis. Nam deficiente cōditione exheres futurus est, est enim tacita exheredatio, conditionis adiectio. Huius regulæ ratio redditur hęc, §. *pen. Inst. de Codicill.* ne vis & potestas codicillorum & testamentorum confundantur, id est, ne idem possint codicilli, quod testamētum. Nam si ius eorum confundas, possis & nomina confundere: nomina autem ea nunquam confunduntur, *l. si idem, C. de codicil.* Sed subtiliorem rationem adfert Papin. *ne per codicillos, &c.* quæ ratio sic explananda est; Codicilli vires accipiunt ex testamento (sunt enim sequela testamenti) ex quo sequitur, testamentum non accipere vires ex codicillis, quod videretur, si in codicillis scriberetur heredis institutio, si præcipuum caput testamenti transferretur in codicillos. Vel etiam sic. Causa, ex qua valent codicilli, est testamentum. non possunt igitur codicilli esse causa, ex qua valet testamentum. Ergo, vt Accurs. notat peritissime, qui omnino Philosophiæ non erat ignarus, duæ res sibi inuicem causæ esse non possunt eodem modo, & non male citat, *l. heres per seruum, de acq. hered.* Per seruum hereditarium an potest quis acquirere aliquid, quod sit hereditatis? minime. Igitur hereditas & seruus hereditarius inuicem causæ esse non possunt. Per hereditatem acquiro seruum hereditarium, non contra, sed duæ res, vt dixi, non possunt inuicem sibi esse causæ eadem ratione, sed diuersa, vt labor est causa firmæ valetudinis, habitudinis; & firma valetudo, habitudo est causa laboris, sed labor vt finis, valetudo, vt causa efficiens: & sic eadem ratione plures causæ esse non possunt, sed diuersa ratione. Æs vt materia, est causa statuæ: opifex vt principium motus.

A

Ad l. 76. de hered. instit.

Seruus vxori à marito mortis causa donatus, mariti manet, vt & Iuliano quoque videtur. Idem si accipiat libertatem simul, & hereditatem, viro necessarius heres erit, nec sine libertate aliquid ei legari potest.

NOtum illud est, iure ciuili interdictas esse donationes inter viuos inter virum & vxorem: nam causa mortis donationes sunt permissæ, quia earum euentus in id tempus excurrit, quo desinunt esse vir & vxor, *l. 10. §. vlt. & seq. de don. int. vir. & vxor.* Ergo quod proponitur *h. tit.* si maritus vxori seruum donauerit mortis causa, non statim fit mulieris: tunc demum fit mulieris, cum
B mors mariti fuerit insequuta, *l. non videtur, de mort. cauſ. donat.* non mutat dominium donatio causa mortis ante mortem. medio igitur tempore dominium remanet penes virũ. Et hoc est, quod ait, *mariti manet.* Deinde duos effectus proponit huius sententiæ: vt si eum seruum maritus instituerit cum libertate, ei sit necessarius heres, qui si esset mulieris, esset extraneus, & ei voluntarius heres. Alius effectus hic est, quia huic seruo maritus non potest legare interim sine libertate, cum mariti maneat, & proprio seruo inutiliter legatur sine libertate, *l. seruis, C. de leg.* Sed si esset mulieris, quasi alieno seruo ei recte legaretur sine libertate. Legendum autem est in his quæ sequuntur, *id est*, non, *idem*, nam nullo sēsu, *idem*, hîc ponitur. Quidam legunt *vnde*, sed perspicuum est legēdum,
C *id est*, sicut in *l. 10. §. quoties, de compens. l. 46. pro soc.* Accursius huic definitioni obiicit *l. si is seruus, de don. int. vir. & vxor.* Maritus seruum donauit vxori mortis causa. vtroque viuo constante matrimonio seruus acquisiuit aliquid, cui marito an vxori? lex ait, in pendenti esse acquisitionem, donec maritus moriatur, vel aliquid incidat quo vel confirmetur, vel perimatur donatio: & ex euentu apparebit, cui is seruus acquisierit: ergo etiam dicendum est hic, non omnino seruum mariti manere, sed in pendenti manere, in pendenti esse dominium serui. & ab eo se expedire nescit Accursius. Respondeo; donatio causa mortis fit tribus modis, *l. 2. de mort. cauſ. don.* Vno, vt seruus vel alia res tunc fiat vxoris, cum mors mariti fuerit insecuta. Et hoc casu nemo dubitat, quin seruus maneat mariti, quia id est actũ nominatim.
D donatio causa mortis reuocatur pœnitentia, & intelligitur reuocata interim manumisso seruo donato, herede eo relicto, vel ei legato relicto cum libertate, *l. vir vxori, de donat. int. vir. & vxor.* sed quid si ei legauerit sine libertate? vel heredem instituerit sine libertate? non intelligetur reuocata donatio. valebit igitur donatio morte insecuta, nec mutata voluntate. an valebit etiam institutio & legatum, atque ita acquiretur vxori per seruum? nam morte mariti eodem momento deferetur seruus vxori, & seruo hereditas. & verius est institutionem, vel legatum non valere, quia ab initio non valuit: nam seruum proprium inutiliter instituo sine libertate, & ex regula Catonis, quod ab initio non valet, id est, tempore facti testamenti, nec postea conualescit, seruo testatoris pro-
E prio morte eius trāslato in dominium mulieris. Fit etiam donatio causa mortis hoc modo, vt res statim fiat mulieris. finge maritum hoc animo donasse mulieri vt seruus statim fieret mulieris. An idem statuemus de hoc genere, quod de illo? in illo nulla est dubitatio: in hoc posset esse, an hic seruus possit esse viri? ac dicemus idem fere statuendum, quia etiamsi id actum sit, vt seruus statim fieret mulieris, non tamen potest: nam constante matrimonio mulier non potest fieri locupletior donatione viri, alioquin hæc donatio nihil distaret à donatione inter viuos. valet tamen ita facta donatio, *l. 12. §. 1. de donat. int vir. Non solum valet*, inquit, *donatio mortis causa inter virum & vxorem, vt res fiat vxoris, vel mariti, cum mors insequatur, sed etiam omnis donatio causa mortis.* Er-

go etiam valet illa, vt statim fiat res mulieris, sed non A habet effectum statim donatum causa mortis: morte enim perficitur omnis. & omnis reuocata intelligitur pœnitentia, veluti manumissione serui, seruo herede instituto cum libertate, vel legato ei relicto cum libertate. sed si heres instituatur, vel si ei legetur sine libertate, ea institutio vel legatum ab initio non valet, quia interim fuit mariti seruus proprius. ergo non conualescit, seruo morte mariti mulieris effecto. Sed tamen etiã in specie proposita hoc interest inter duas donationes (quod pertinet ad *l. si is seruus*, quæ allegatur ab Accurs.) quod hæc donatio, quæ ante vltimum vitæ tempus mariti non facit dominam mulierem, mortuo marito non mutata voluntate, non retrotrahitur ad tempus, quo facta est, ideo acquisita interim per seruum ad maritum pertinent. ergo non retrotrahitur. at illa donatio, quæ fit hac lege, vt statim domina fiat mulier, re- B trotrahitur ad tempus, quo facta est: & ideo, quæ interim acquiruntur per seruum, sunt in pendenti, quia donatio potest reuocari pœnitentia, sed potest etiam consistere donatio & cõfirmari, ac proinde retrotrahi. Quod si retrotrahitur, ad mulierem pertinebunt, *d. l. si seruum.* nec est nouum, vt ea donatio retrotrahatur: nam inter viuos facta inter virum & vxorem (quæ nihil valet interim, sed morte mariti confirmatur ex oratione Antonini, si perseuerauerit in ea voluntate vsque ad vltimum vitæ tempus) hæc donatio etiam retro agitur, *l. donationes, C. de donat. int. vir.* non mirum igitur, si retrotrahatur donatio causa mortis.

Ad l. 46. de leg. 2.

Cum proponebatur in scriptura fideicommissi, quod pluribus sub conditione fuerat relictum, per errorem omissam mutuam substitutionem, quam testator in secundis tabulis, cum eosdem substitueret expressit; Diui Marcus & Commodus Imperatores rescripserunt, voluntatem manifestam videri mutua facta substitutionis. Etenim in causa fideicommissi, vtcumque precaria voluntas quæreretur, coniectura potuit admitti.

SPecies l. *cum proponebatur*, talis est: Filio impuberi, primum, secundum, & tertium heredes substituit in secundum casum, id est, si ante pubertatem alter decederet. eosdem substitutos inuicem substituit in primum D casum, puta vt si vnus filio impuberi heres non esset, in eius locũ & opem veniret alter, quæ est vulgaris. mutua & reciproca, id est, communis. vt heredes meos inuicem substituere possum, ita & impuberi. præterea substitutis aliquid legaui, nec eis inuicem in eo legato substitui, quamquam id agere animus esset, sed id prætermisi obliuione, aut etiam scriptor testamenti. an videbuntur substituti in fideicommisso, sicut & in hereditate? Illud primum constat, non tantum in hereditate, sed etiam in fideicommisso posse substitui, vt & in legato, *l. vt hered. & l. cum pater, h. tit. l. Publius* §. 1. *& l. auiam, de cond. & demonst. l. ei cui, de mort. caus. don. l. 8. vsuf. quemadm. cau.* Sed notandum, nos non posse substituere vulgariter omnibus puberibus & impuberibus liberis & extraneis in E secundum casum, nos non posse substituere in hereditate nisi liberis impuberibus. At in fideicommisso omnibus substituere possumus in vtrumque casum. In primũ casum, si ad te non peruenerit: in secundum, si ad te peruenerit, rogo, vt restituas Titio. Et substituere possumus non directo tantum, sed & per fideicommissum: Per fideicommissum substituimus non tantum verbis expressis, sed etiam tacitis: nam in fideicommissis certa coniectura sufficit, *l. 34.* §. 1. *h. tit.* Secundum hoc igitur in specie proposita, si quos substitui filio impuberi, & inuicem substitui in hereditate pupillari, volui etiam eos inuicem substituere in fideicommisso hereditario, licet in eo non repetierim substitutionem, atque ita non tantum in hereditate pupillari, sed etiam in fideicommisso mutuo substituti videbuntur. Et ita Papinianus refert M. & Commodum rescripsisse, quod precariæ voluntatis coniectura sufficit. Et subiicit ratiõe Papinianus: *etenim in causa fideicommissi vtcumque precaria voluntas quæreretur, coniectura potuit admitti. vtcumque*, id est vbicumque, vt *l. 26. de iniur.* & illo loco, *vtcumque defecere mores, dedecorant bene nata culpæ.* Ergo ita definiamus: in fideicommissis & fideicommissariis substitutionibus coniecturas admitti, nuda enim voluntate consistere & nutu solo, *l. nutu, de leg.* 3 non pendere ex verbis, sicut legata, quæ directo scribuntur. Fideicommissa non adeo pendent ex verbis, vt etiamsi verba sint perspicua, non admittatur quæstio voluntatis, *l. cum virum, C. de fideicom.* quod non admittitur in legatis, *l. ille aut ille, de legat.* 3. Sed in fideicommissis, etiamsi verba sint perspicua. audiuntur tamen, qui verba in dubium reuocant, *l. quisquis, de leg.* 3. Cum esset legatum & fideicommissum I. C. non satis habet probare, verba esse perspicua, sed probat etiam suffragari voluntatem, quasi vtraque probatio exigatur in fideicommisso. In legato verba sola sufficiunt, si non sint ambigua. Coniecturas Accursius interpretatur testes & tabulas, quod perinde est ac si diceret, probationes artificiales esse inartificiales, sed verius est, coniecturam esse, quæ ducitur ex manifesto signo secundum Hermogenem. In hac specie ex substitutione prima ducitur argumentum, substitutionis mutuæ in fideicommisso, vt in hereditate, & ita ex manifesta institutione coniectura capitur ad nõ manifestam, *l. si plures, de vulg. l. quoties, ad Treb.* Si iidem sint instituti ex partibus & inuicem substituti nullis par- C tibus: ex partibus in institutione manifesto adiectis, coniicimus voluisse testatorem easdem adiicere in substitutione, quas omisit per obliuionem. Et est frequens harũ coniecturarum vsus in foro. Verum huic definitioni obstant tria. Primum *l. iubemus, C. de testam.* quæ ait, nomina heredum exprimenda, vel literis testatoris, vel voce, alioquin non valere. non sufficiunt igitur coniecturæ. Sed loquitur lex de institutionibus directis. Item obiicitur *l. vlt. C de cod.* quæ exigit quinque testes in codicillis, *l. cum antiquitas, C. de test.* & totidem etiam sufficiunt in testamentis rusticanorum, *l. vlt. C. de test.* In alia voluntate nuda & directa tamen, quibus casibus ea admittitur, vt in voluntate militis, exiguntur tres testes, *l. 17. C. de test.* Et ita Plutarch. scribit in M. Catone, ait, *in testamento in procinctu adhibitos esse tres testes.* Igitur in codicillis exiguntur quinque testes. Coniecturæ igitur non sufficiunt. Sed hoc dicitur de codicillis tantum vicem testamenti obtinentibus, non de nudis codicillis. Postremo obiicitur *l. vlt. C. de codi. &* §. *vlt. Inst. de fideicom. hered.* quibus ostenditur, fideicommissarium probare debere tribus testibus, aut deferre debere iusiurandum heredibus, qui si nolit iurare, habebitur pro confesso. Ergo lex non est contenta coniecturis, sed lex illa loquitur de illo fideicommissario, qui nititur testibus, non coniecturis. Numerus enim testium tunc requiritur, & vt sint idonei. Verum hoc genere probationis omisso, certamus etiam coniecturis: quod si testibus nitaris, legitimum numerum producere debes. Et ita recte Ioannes, præter cuius interpretationem mendacissima sunt omnia, quæ in hanc legem adnotantur.

Ad l. 3. de reg. Caton.

Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam hereditatem cedit.

PRoponenda est ea regula Catonis, quæ fuit comprobata ab omnibus ICtis, sed non sine aliqua controuersia. *Theoph.* §. *an seruus, Inst. de leg.* sed fuit parua ea controuersia, & diu non stetit: namque obtinuit tandem omnino, quæ est eiusmodi. Legatum, quod si testamenti

facti tempore confestim moreretur testator, inutile foret, id est, inutiliter cederet, nec longe post moriente testatore, vtiliter cedere potest, *l. 1. hoc tit.* Legatum quod ab initio inutile est, ex post facto non conualescit, vt *l. cætera* §. 1. *de leg.* 1. Et aliter concipitur in *l. 29. de reg. iuris.* aliter in *l. 210. eod. tit.* habet autem ea regula rationem summam: Quid enim interest decesserit testator statim, an postea? quod non deberetur legatum, si statim decessisset testator, cur magis debebitur, si diutius vixerit? Finge: Legauit testator seruo proprio sine libertate: si statim decesserit, inutile est legatum; si diutius vixerit, & eo viuo post factum testamentum, is seruus alienatus sit, vel manumissus, nō ideo magis valebit legatum, quia initium habuit vitiosum, *l. seruus, C. de legat.* Aut finge: Legaui seruo heredis sine libertate fideicommissaria, vel filiofam. heredis. si statim decesserit, non valet legatum, ne idem inueniatur heres & legatarius, debitor & creditor. an vero quicquam proficit, si ille testator diutius vixerit, & eo viuo is seruus aut filiusfam. exierit de potestate heredis, an conualescit legatum, cum mortis tempore is seruus non sit heredis, sed alterius aut suus? Et placet eadem ratione non conualescere legatum, quod initio non fuit sine vitio, §. *an seruo, Inst. de leg. l.* 8. §. 1. *de leg.* 3. Aut ita finge: Legaui columnas, marmora, tigna iniuncta ædibus, quę senatus legari vetuit, an conualescit legatum si tēpore mortis ea fuerint ab ædibus separata? minime, *l. cæterum* §. 1. *de leg.* 1. quia vires ab initio legatum non habuit, & cuius rei initium vitiosum est, non possit etiam finis non esse vitiosus, quandoquidem prudentes omnia ęstimant ex initio potissimum, non ex euentu: & vtitur etiam *l. cætera.* alio exemplo. Legauit testator mihi rem meam, legatum non valet, si statim moreretur. diu vixit, & interim ego rem meam alienaui, atque ita mortis tempore non est mea, an legati petitio erit? minime, quia legatum quod non constitit tempore mortis facti testamenti, non conualescit tempore mortis, ad confirmandum, quod est in regula Caton. sicut contraria regula antiqua fuit in magna controuersia: legatum quod constitit mortis tempore, quodue in eam causam recidit, à qua initium capere non potuit, non valet, etiamsi constiterit mortis tempore, *l. 3. tit. seq. l.* 3. *de seru. leg. l. cum filius.* §. *seruus, de leg.* 2. Congruere ergo debet initium fini, & finis initio, testamenti tempus mortis tempori, etiamsi mors postea insecuta fuerit: & vice versa habendū est mortis tempus pro testamenti tempore, etiamsi id conditum fuerit multo ante tempus mortis. Demonstrauimus exemplis vsum regulæ Catonianæ simul ac rationem. Adnotari volo ex verbis eiusdem regulæ, maxime ex iis, quæ proponuntur *l. 1. h. tit.* regulam Catonianam pertinere ad legata, quorum dies cedit à morte testatoris. Hæc verba demonstrant mortis tempus, ex quo legata cedunt iure antiquo, atque etiam nouissimo. Et *cedere diem* quid est? Est incipere deberi quodammodo, & ad heredem transmitti posse. Cessit legatum quod mihi relictum est, cessit dies legati mihi relicti. Ergo etsi mox moriar, transferam id legatum in heredem. Ob id diligenter inquiritur, à quo die cedat legatum: nam si legatarius moriatur antequam cesserit legatum, nihil transfert in heredem suum, & vt dixi, legata cedunt à morte testatoris, licet nondum sint apertæ tabulæ. nondum adita hereditas. iure antiquo, quod restituit hodie Iustinianus in tit. *de cad. toll.* Et hoc ita si legata fuerint pura, & pura dicuntur esse etiam, quibus est adscripta dies certa; non incerta, quod ad cessionem attinet: nam & hæc cedunt à morte testatoris statim *l. 5. l. si dies, quand. dies leg. supra.* quod attinet ad cessionis causam: nam quod ad *l. Falcid.* attinet, legatum in diem certam non habetur pro puro, quia scil. in Falc. heredi computatur commodum medij temporis, *l. 45. ad l. Falc.* Et hoc ita obtinet iure antiquo, & nouissimo iure: nam medio iure, quod & nouum dicitur, id est, ex legibus Iulia & Papia, ea legata, id est,

A pura, cedunt ex apertis tabulis, non à morte testatoris, vt est proditum multis in locis in fragm. Vlpiani, sed illas ll. Iuliam & Papiam abrogauit Iustin. restituto iure antiquo. Et hæc de puris legatis, vel quæ pro puris habentur. Legata conditionalia, vel in diem incertum relicta non cedunt à morte testatoris, sed cum conditio extiterit post mortem testatoris, *l. legati sub cond. de condit. & dem.* legata sub conditione non cedunt statim à morte, sed cū conditio extiterit: & ideo inquit, *interim delegari non potuerunt.* Sic recte Florentiæ scriptum est, quod quid est aliud, quam transmitti ad heredem non potuerunt? videlicet moriente legatario pendente conditione ante cessionem. Dico ea cedere cum conditio extiterit post mortem testatoris: nam si conditio extiterit viuo testa-
B tore, non cedunt ante mortem, post mortem statim cedunt. Ac rursus, si conditio sit eius generis vt impleatur morte testatoris, cedunt à morte, vt in casibus propositis, *l. 1. & 2. hoc tit.* Quædam autem sunt legata pura, quæ cedunt ab adita hereditate, non à morte, iure antiquo & nouissimo, non ab apertis tabulis l. Iulia & Papia, vt si legetur vsusfructus, habitatio: hæc legata non cedūt ante aditam hereditatem. Cur ita? quia cessionis effectus est transmissio. Hæc autem iura, vsus, vsusfruct. habitatio, non transmittuntur ad heredem, sed cum persona extinguuntur. ergo frustra esset, si quis ante aditam hereditatem ea cedere diceret. non est opus accelerare cessionem, cum hæc legata non possint transmitti ad heredem, *l. 2. & 3. quand. dies legat. ced.* Cur institutum est legata morte cedere, non aditione? ne scil. heredes aditioni
C moram faciendo, & transmissioni moram faciant. Vbi igitur non est locus transmissioni, dices frustra ante aditionem cedere legatum. Et eadem ratione libertas seruo relicta non cedit ante aditam hereditatem. Item legatum relictum seruo manumisso, vel legatum relictum seruo alieno, non cedit ante aditionē, *l. 7. §. vlt. l. 8. l. cum legati, quand. dies leg. ced. l. vni.* §. *libertates, C. de cad. toll.* Et hæc omnia legata, quæ retuli, cedunt ab adita hereditate, si heres extraneus & voluntarius fuerit scriptus, quoniā hic solus adit hereditatē: necessarij vel sui non adeunt hereditatem, sed sunt heredes statim à morte testatoris, ipso iure etiam inuiti & ignorantes: qua de causa necessario herede scripto consequens est, ea legata, quæ retuli, cedere à morte testatoris, à qua scripti heredes acqui-
D siere bona, quæ extraneo scripto non cederent ante aditionem, *l. Iulianus 86. de condit. & demonst. l. quæsitum* §. 1. *de leg.* 1. *l. si opt. de opt. leg.* Nunc concludendum est, regulā Catonianam pertinere tantum ad ea legata, quæ cedunt à morte testatoris, quod verba illa demonstrant, *si statim decessisset*, id est, si legatum statim cessisset decedente testatore; si decedit testator, & simul cedit legatum purum. Ergo regula Catoniana pertinet ad ius antiquum, quo legata cedunt à morte; non igitur pertinet ad leges nouas, vt inquit *l. vlt. hoc tit.* Ergo respicit ad legata, quæ cedunt à morte iure antiquo, & legibus nouis non cedunt à morte, sed ab apertura tabular. Igitur ad ll. Iuliam & Papiam nouas, & caducarias non pertinet regula Catoniana, *l. qui soluendo, de heredib. instit.* Præ-
E terea regula Catoniana non pertinet ad legata conditionalia, quia etiam hæc non cedunt à morte, sed ab euentu conditionis, *l. cætera* §. 1. *de legat.* 1. Igitur non pertinet etiam ad legata relicta in diem incertum, veluti, *illi lego cum pubes erit*, dies est plane incertus, quia forsitan non pubescet, vel hoc modo, *cum Titius magistratum inierit*, hic dies incertus pro conditione est, *l. dies incertus, de cond. & dem.* videlicet, quia & incertum est, an dies sit venturus, vt si dixeris, *cum Titius magistratum inierit.* Est hic incertum duplex: nam incertum est primo, an Titius sit magistratum initurus, deinde incertum est, quo die sit initurus. Et dies ita incertus semper conditionem facit: Nam est alius dies incertus, quem tamen certum est esse venturum, vt si dixeris, *cum heres meus morietur*, vno tantum modo hic dies incertus est, quia

quo die sit moriturus, ignoratur, sed moriturum eum esse vtique certissimum est. Et hic dies ita semper incertus conditionem non facit, quod exposuimus lib. 8. *ad l. sufficit, de cond. ind.* Et ex eo intelligimus, mendum esse, *in l. 30. §. pen. ad l. Falcid.* vbi ita est scriptum: *Alia est causa eorum legatorum, quæ in diem certum dantur,* & sequitur, *nam si libertatis dies cœpit cedere, ei debentur,* quæ verba si diligenter obseruentur videbuntur falsissima. Vero verius est, ita esse emendandum: *Alia est causa legatorum, quæ die incerta dantur: nam si liberto dies cœpit cedere, ei debebuntur.* Sententia hæc est: seruo heredis pure legatur inutiliter. Aliud est, inquit, si ei legetur die incerta: nam si eius legati dies cœpit cedere seruo iam liberato, id est, seruo manumisso, *l. cum sub hac, de cond. & demonst.* legatum ei debebitur, quoniam scilicet regula Catoniana non pertinet ad legata relicta in diem incertum. Et B vltimum hoc dicit, regulam Catonianam etiam non pertinere ad ea legata, quæ cedunt ab adita hereditate: quod proponitur hac l. 3. Sed adiicitur regulam Catonianam non pertinere etiam ad hereditatem: Quod est falsissimum, & est hoc loco crux quædam ingeniorum. Nam regula Catoniana vtitur quidem verbo legati, *quod inutile legatum foret, &c.* sed comprehendit etiam hereditatem, vt ius antiquum, ad quod pertinet lex 12. tabul. illo loco; *vti quisque legassit*, id est, vti quisque heredem faxit, vt etiam in edicto de præstandis legatis continetur etiam hereditas: Et hereditatem inutiliter datam initio, ex post facto non conualescere. Denique regulam Catonianam pertinere ad hereditates est apertissime scriptum in *l. pen. de reg. iur. l. 7. & 8. de lib. & post. §. in extraneis, Instit. de hered. qual. & diff. & in* C *l. pen. hoc tit.* dum ait, Catonianam regulam non pertinere ad conditionales institutiones; consequens est pertinere ad puras, alioqui esset stulta ea admonitio. Institutio est hereditas testamento data. Valet & in stipulationibus regula Catoniana, & in contractibus, & in libertatibus datis inter viuos. Quidni valeat etiam in institutionibus? Idcirco iampridem ostendi, & probaui, non esse legendum, *hereditates,* sed *libertates, l. si priuatus §. vlt. qui & à quib. l. generaliter §. si homini, de fideicom. lib.* quia libertatis dies cedit ab adita hereditate. Et regula Catoniana respicit ad mortem. Et in *l. si ita scriptum §. reg. de lib. & post.* regula est, hereditatem non posse adimi, si seruus scriptus sit cum libertate. Verum adimi potest exheredatione & testa- D menti mutatione. Igitur regula Catoniana pertinet ad legata & fideicommissa, & hereditates, & omnia, quæ ex testamento proficiscuntur, vel codicillis, quæ modo cedant à morte testatoris secundum ius antiquum, etiam clusis tabulis testamenti, necdum adita hereditate. legibus nouis, legibus caducariis, id est, Iulia & Papia, legata non cedunt à morte statim, sed ex caducariis tabulis, & moriente legatario ante apertas tabulas caduca fient. Ad has leges nouas & caducarias, quæ hodie sunt sublatæ restituto iure antiquo, regula iuris antiqui Catoniana non pertinet. Est regula iuris antiqui, ponitur etiam sub titulo, *de diuers. reg. iur. antiq. l. 19. l. 201.* Est igitur regula iuris antiqui, Ergo secundum ius antiquum est accipienda. Ergo non perti- E net ad ea legata, quæ secundum leges nouas cedunt ex apertis tabulis, quod introduxerunt leges nouæ in rem fisci, vt si moreretur legatarius ante apertas tabulas, legata redigerentur in fiscum, id est, fierent caduca. Non pertinet etiam regula Catoniana ad legata conditionalia, quæ non cedunt à morte, sed post mortem existente conditione: nam regula Catoniana in *l. 1. hoc tit.* palam loquitur de legatis, quæ cedunt à morte, non de aliis, quæ ab alio tempore cedunt. Ergo non pertinet ad legata, quæ cedunt ab adita hereditate, & exposui satis, qualia sint ea legata. Et dico etiam ea ratione, regulam Catonianam non pertinere ad tutelas, quia tutelæ incipiunt ab aditione, non à morte: nec quicquam

A igitur interest eas cedere vel incipere citius, *l. si is qui, de excus. tut.* Quod ita verum est, nisi sit scriptus heres necessarius, vel nisi ipse heres scriptus tutor datus sit: Nam his casibus tutelæ incipient eo tempore, quo & hereditas cedit, id est, mortis tempore. Et ita recte Ioannes & Rogerius notarunt ad *l. 2. de excus. tut.* Eadem ratione regula Catoniana non pertinet ad libertates testamento relictas, quia cedunt ab aditione, *l. vn. §. libertatibus, C. de cad. toll.* non cedunt à morte statim, & regula est de his tantum, quæ cedunt à morte. Et ita dicebam esse legendum in *l. 3. Catoniana regula non pertinet ad libertates, neque ad ea legata, quorum dies non à mortis tempore, sed post aditam hereditatem cedit,* id est, non pertinet ad ea, quæ cedunt ab aditione, vt libertates, & legata, vsus, vel vsusfructus, & huiuscemondi seruitutes: Nam regulam Catonianam non pertinere ad hereditates, perquam falsum est, vt etiam supra demonstraui. Sed qui volunt excusare hanc scripturam, dicunt regulam Catonianam non pertinere ad hereditates, fideicommissarias scil. & adiiciunt rationem, quia hereditates fideicommissariæ cedunt ab aditione, quæ ratio est falsissima. Directæ hereditates cedunt à morte testatoris, cur non etiam fideicommissariæ & precariæ? Cætera fideicommissa omnia cedunt à morte, cur non etiam fideicommissaria hereditas? nihil est verius, quam omnia fideicommissa, omnia legata, omnes hereditates cedere à morte testatoris iure antiquo. Et abutitur Accurs. *l. quidam ita, ad Treb.* non bene posuit speciem. Species hæc est: Quidam heredem rogauit, vt filiæ, *ex Florent.* siue vt filio restitueret hereditatem, *prima quaque die,* id est, statim atque dies cederet, statim à morte, siue, vt vult *Accurs.* statim atque adiisset; sed verius est *prima quaque die,* id est, statim atq; haberet facultatem restituendi, statim atque adiisset: neque enim potest restituere, nisi adierit, & si prius moreretur filius, id est, ante restitutionem, vt eam hereditatem restitueret matri. Mortuus est filius post mortem patris, & ante aditam hereditatem: Quæritur, vtrum matri debeatur fideicommissum, an heredi filij iure trãsmissionis? *mortuus est filius ante aditionem:* Hæc verba non significant ante cessionem, vt volunt, sed hoc demonstrant, ante restitutum fideicommissum filio: Nam dies quidem cesserat fideicommissi tempore mortis patris, sed dubitabatur, an & post cessionem fideicommissum translatum esset ad matrem, an ad heredem filij transmissum. Et concludit, magis ex mente defuncti esse, vt fideicommissum transferatur ad matrem: Nam secundum quod propositum est, hæc mens est defuncti, vt siue ante cessionem siue post, ante restitutam hereditatem decesserit filius, vt veniat mater, & ita demum non veniet mater, si post restitutionem decesserit filius, *l. 3. §. idem dicẽdum, de adim. leg.* Ergo stulte ex ea colligitur, fideicõmissariam hereditatem non cedere ante aditionem. Alij sic excusant hanc scripturam, vt Catoniana regula non pertineat ad hereditates legitimas, id est, ab intestato, qui sensus non conuenit huic loco qui de iis est, qui ex testamento proficiscuntur, non de causa intestati. Ac præterea falsum est, regulam Catonianam trahi non posse ad hereditates legitimas, & verum est, trahi posse, licet ad testamentum respiciat, vt concepta est: Nam finge, legitimam hereditatem morte eius, de cuius bonis agitur, ad me non redire: propterea quod capite minutus sum, quæro an ad me pertineat hereditas, si postea post mortem eius, de cuius bonis agitur, inter tempora adeundæ hereditatis, vel petendæ bonorum possessionis capite minutus esse desiero? Et sane non pertinet, quia vtrumque tempus, mortis scil. & aditionis agnatum proximum esse oportet, vel cognatum, vt ad me hereditas vel bonorum possessio redeat ab intestato, *l. 3. vnde cogn.* Ergo regula Catoniana trahitur etiam ad legitimam hereditatem, vt etiam ad fideicommissariam pure relictam. Et inuenio extra causam testamenti, etiam in aliis plerisque causis locum esse regulæ Catonianæ, vt in contractibus, & in stipulationibus.

bus. Quod non valet initio contractus, nec ex post facto conualescit, *l. inter §. sacram, de verb. obli. §. 1. Inst. de inut. stipul.* Stipulatus sum rem sacram, non valet stipulatio: an conualescet postea, si profana facta fuerit? minime. Ergo regula Catoniana trahitur etiam ad stipulationes. Ergo ad contractus omnes. Nam stipulatio est Pandecta omnium contractuum: sed excipiuntur etiam, vt in legatis, stipulationes conditionales: ad legata conditionalia regula Catoniana non pertinet: non pertinebit etiam ad stipulationes conditionales, vt stipulor recte rem meam sub conditione, & effectum habebit stipulatio, si existente conditione res mea non fuerit, *l. 31. l. existimo, de verb. oblig. l. existimo, de contrah. empt. l. 68. de iure dot.* conditionalia ex post facto confirmantur, *l. 8. de reb. cred.* pura ex post facto non confirmantur. Inuenio etiam regulam trahi ad libertates datas inter viuos, non in testamento: Finge: alienum seruum manumisi vindicta, nihil valet libertas, an conualescit, si postea eiacquisiero? minime. Scripsit Paulus librum singularem ad reg. Catonianam, & in eo hunc casum notauit in *l. vlt. de castr. pec.* Adnotandum tamen, regulam Catonianam non pertinere ad donationes causa mortis. Finge: donaui incapaci, qui mortis tempore est capax, an perueniet ad donationes? sic videtur, quia in donatioibus causa mortis non spectatur tempus donationis, sed tempus mortis, *l. 22. de mort. caus. don.* Ratio, quia donationes hæ conferuntur in tempus mortis. Ergo illud obseruandum est, quia eo tempore proprie donatum videtur, non quo tempore donatum est, *l. non videtur, eod. tit.* eadem prope ratione legata relicta incapaci, quæ si tempus, quo relinquuntur, spectes non valent, & si legata relicta sunt dum capi poterunt, non subiiciuntur huic regulæ, quia spectatur tantum illud tempus, in quo sunt collata; sed regula Caton. est de datis, sed inutiliter datis initio. hæc initio dantur, & non dantur tamen, & eo demum tempore dari intelliguntur, quo hi, quibus data sunt, capere possunt, *l. si ita quis test. de leg. 2. l. in tempus, de hered. inst. l. si seruus qui capere, de acquir. hered.* Eadem quoque ratione regula Catoniana non pertinet ad ea legata conditionalia, quæ conferuntur in tempus mortis, quæque cedunt à morte. Et videmus tamen pertinere, quia cedunt à morte, licet sint conditionalia. Et hoc notandum, quædam esse legata conditionalia, quæ cedunt à morte, non post mortem, id est, quibus eius generis conditio adscripta est, quæ expletur morte testatoris: hæc legata conferuntur in tempus mortis testatoris. Ergo illud solum tempus spectandum est, non tempus testamenti, quia nec tempore testamenti scribendi dari videntur, sed mortis tempore. Et hæc tria exempla proponuntur in *l. 1. & 2. h. tit* duo in prima, tertium in secunda. Primum est. quidam ita legauit. *si post Cal. mortuus fuero illi do, lego,* & mortuus est post Cal. legatum cedit à morte, & debetur, quod tamē non deberetur, si decessisset statim, id est, ante Cal. Ergo ad legatum, quod à morte cedit, regula Catoniana non pertinet, quia scil. non est initio inutiliter datum, sed magis non datum. quod pendet ex conditione non datur, in *l. 169. de reg. iur.* quod pendet, inquit, non est pro eo quasi sit. Denique quod sub conditione datur, nondum datur. conditio confertur in tempus mortis, & morte testatoris expletur. ergo tunc demum dari intelligitur. nec hic casus pertinet ad regulam Caton. Alterum exemplum est: quidam rem meam mihi legauit sub conditione, si quandocumque moreretur, res mea non esset. eo moriente res non est mea, legatum cedit à morte, & debetur, quod tamen non deberetur, si testamenti tempore statim decessisset, quo res adhuc erat mea. si pure mihi legauerit rem meam, legatum non debetur, etiamsi postea mea esse desierit, *l. cætera §. 1. de leg 1.* sed si sub illa conditione rem meam mihi legauerit, *si eo moriente mea non esset,* legatum debetur, *l. 18. de leg. 2. l. nuda, de cond. & demonstrat.* Debetur igitur legatum, quod tamen non deberetur, si testamenti tempo-

Quæst. Papin.

A re statim decessisset. Ergo non spectatur testamenti tempus, quoniam legati conditio confertur in tempus mortis, & sufficit, si tempore mortis res mea non fuerit, licet testamenti tempore mea fuerit. Ergo tempore testamenti non dari videtur potius, quam inutiliter dari. Et sic accipiendum est illud exemplum, vt scil. rem meam mihi legaret sub conditione, si eo moriente ea non esset mea, *l. 18.* vel nominatim expressa conditione, vel tacite: nam & tacita voluntas cōditionem facit. Et ita Ioannes recte accipit exemplum. alias pugnaret cum *§. sed si rem, Instit. de legat. & l. cætera § 1. de leg. 1.* Et moueor his argumentis. primum argumento præcedentis exempli, & sequentis in *l. 2.* nam ordo horum exemplorum ostendit, tria proponi exempla persimilia. Legata, quæ cedunt à morte, id est, quæ conferuntur in tempus
B mortis, quæque dari videntur magis moriente testatore, quam testante, *l. 18. h. tit.* quæ est Celsi, & in ea Celsus non approbat legatum, si mihi legetur res mea, nisi adscribatur conditio, si mea non erit mortis tempore. Ac postremo moueor etiam coniectura, quod locum obtinet in stipulationibus, *l. 31. de verb. oblig. l. existimo, eod.* Tertium exemplum in *l. 2. hoc tit.* simile est cum superioribus: Filiam habuit testator nondum nubilis ætatis, cui ita legauit, *si Titio nupta erit, do, lego,* quæ verba referuntur ad tempus mortis, si me mortuo Titio nupta erit, *l. in conditione, de condit. & demonst. l. 2. l. scribit §. vlt. de aur. & arg. leg.* Ergo legatum illud cedet à morte, quia refertur ad tempus mortis, & valebit, licet tempore testamenti scribendi non potuerit valere, propterea quod filia nondum erat nubilis ætatis, quia scil. non vi-
C detur dari legatum illud testamenti tempore, sed magis mortis tempore. Et regula pertinet ad ea, quæ dantur testamenti tempore. His ergo tribus casibus legata conditionalia conferuntur in tempus mortis, & cedunt à morte. ergo videntur subiici regulæ Catonianæ. Contra, quia conferuntur in mortem, magis est, vt in eis nihil prosit regula Catoniana.

Ad l. 11. de his quæ vt indign.

Heres, qui tacitam fidem contra leges accommodauit, in ea parte, qua fraudem adhibuit, Falcidia non vtitur. Et ita senatus censuit. Sed si maior modus institutionis, quam fraudis fuerit; quod ad Flacidiam attinet, de super-
D *fluo quarta retinebitur.*

QVæstio legis huius est de tacito fideicommisso, de quo Caius & Paulus libros singulares scripserunt, quoniam late patet tractatus huiusce rei. *Tacitum fideicommissum* est, quod incapaci occultissime relinquitur. incapax est, non peregrinus, quamquam & hic sane capere non potest, sed in hoc proposito incapax est, qui legibus aut constitutionibus capere prohibetur ex alieno testamento vel codicillo. Legibus capere prohibentur ciues Romani, veluti Iulia & Pap. quæ de incapacibus continebant multa. Primo, cœlibes prohibētur capere non quidem solidum. id est, omne quod eis relinquitur, quia relicti semisse tantum mulctantur. Prohi-
E bentur capere orbi mariti & solitarij, quod tamen hodie est sublatum, *C. de infirm. pœnis cœlib.* Item iisdem legibus vir & vxor capacitatem solidi inter se non habent. vir nō potest capere ex testamento vxoris, sc. assem, sed decimas tantum quasdam, qua ex re lex Papia dicta est lex decimaria. Et alij quoque nihil possunt capere, vt si quis famosam mulierem vxorem duxerit, vel senator libertinam, quod fragmenta Vlpiani demonstrant, & sunt etiā huius legis fragmenta, *l. 1. C. de his, quæ vt indign.* Prohibentur mariti his legibus, ne omnia sua vxoribus relinquant omissis cognatis, quod plerique essent facturi, nisi leges vetuissent. Et secundum hęc ex hoc iure explicanda est lex *vlt, in princ. h. t.* Vxorem non potui instituere heredem, socerum heredem scripsi. vtilis est institutio, neque

ex eo inducitur suspicio taciti fideicommissi, id est, non præsumetur socer tacite rogatus hereditatem restituere filiæ suæ meæ vxori, hæc præsumptio non est idonea quod patrem scripserim vxoris: nam non ideo videor, tacite patri fideicommisisse hereditatem, vt mox illam restitueret vxori, sed tacitum fideicommissum probari debet apertioribus probationibus, maxime chirographis. Nam remedio chirographi obligauit se heres incapaci ad præstandum fideicommissum, curante hoc testatore, qui plerumque ita comminabatur heredi, *non te scribam heredem, nisi prius illi incapaci chirographo caueris illud aut illud daturum post mortem, l. 3. §. tacita, de iure fisci.* Et de hoc fideicommisso relicto vxori, qui locus est multis notus; ita videtur Quintil. scripsisse, licet non ita legatur: vxor dicebatur testamentum marito subiecisse, quod est suggessisse: Et dicebantur chirographum marito exspirante heredes dedisse vxori. Et ideo recte subiicit, ergo quia vxor per leges heres institui non potest, factum est, vt per tacitum fideicommissum ad bona perueniret. Sed in hac re etiam *l. Iul. Pap.* sublatæ sunt, *C. de inf. pœn. cœlib. & orbit. decim. subl.* Supersunt ex constitution. nonnulli, qui ex testamento alieno capere non possunt. Olim clerici & monachi non poterant capere, cui tamen rei fraus sæpe fiebat per fideicommissa tacita. Id constat ex epist. Hieron. ad Nep. *non queror de lege, sed doleo quod meruerimus hanc legem. prominet legis sanctio, vt scil. certatim vnoquoque donante sua clericis & monachis, etiam cohiberetur ista cupiditas.* Et subiicit: *& tamen non refrænatur auaritia, per fideicommissa legibus illudimus.* Et ita l. 27. *C. Theod. de Episcop. & cleric. ne tacito fideicommisso in fraudem constitutionum clericis aliquid relinquatur, & vt sint extorres.* Ex constit. etiam hodie mulier, quæ nupsit intra annum luctus, non potest capere ex testamento, *l. 2. C. de sec. nupt.* Et ex *Nou. 15.* filius naturalis existentibus iustis liberis non potest capere ex testamento patris, nisi vnciam. Tacitum fideicommissum est, quod datur in fraudem harum legum, vel constitut. Et dicamus apertius: tacitum fideicommissum est, quod heres incapaci dare rogatur testamento vel codicillis, & ad quod se heres dandum obligat domestica cautione, stipulatione, chirographo, in fraudem legum & constitut. *l. in tacitis, de leg. 1. l. 3. de iure fisci.* Et *l. prox. in princ. hoc tit.* vim eius declarat. Tacitum fideicommissum est, cui dando incapaci se heres tacita conuentione obligat: potest tacitum fideicommissum esse sine fraude, vt si relinquatur capaci, *l. 1. C. de donat.* si relinquatur capaci, vtile fideicommissum est. Item tacitum fideicommissum est sine fraude, si idem tacite & palam relinquatur; *l. 3. §. si quis palam, de iure fisci.* Plerumque tacitum fideicommissum accipitur in malam partem: nam si subtilius inspexeris, aliud est aliquid esse contra leges, & aliud esse in fraudem legum, *l. contra, & l. seq. de legib.* Sed hic contra leges, est in fraudem legũ. Et eodem modo, cum dicimus tacitam pecuniam, tacitum mutuum, tacitum fœnus, rem illegitimam demõstramus, vt si reus mutuam pecuniam det iudici, est illicitum mutuum, apud Gell. *cap. 12. lib. 12.* dum notat Cicer. à reo accepisse sestertia aliqua tacita, quæ dicuntur incerta nomina, *l. 1. ad Maced.* sub tunica & sinu, vt ait *l. emptor §. Lucius, de pact.* Et ita in malam etiam partem tacitum pactum, *l. pen. de bon. liber.* Nunc ita constituamus: si palam rogetur heres præstare fideicommissum incapaci, inutile est, & habetur pro non scripto, & remanet apud heredem, non transit ad fiscum, quod incapaci relinquitur, sed remanet apud heredem, ac si non esset scriptum, *l. filius §. 1. ad l. Corn. de fals. l. prox. §. pen. hoc tit. l. vlt. hoc tit. in fine.* Sciendum est, fideicommissum esse aut legatum in causa caduci, si defecerit viuo testatore morte fideicommissarij, si fideicõmissarius præmortuus fuerit, & vindicatur fisco fideicommissum quod relinquitur incapaci, non vindicatur fisco, sed manet apud heredem. Finge, vtrumque accidisse, fideicommissum relictum esse incapaci, & here-

A dem retinere fideicommissum, quod sit pro non scripto: Fiscum contra vindicare, quod sit in causa caduci. heres præfertur, quoniam res est dubia: in dubio melius est respondere contra fiscum, *l. non puto, de iure fisci: l. vim, de leg. 3.* Ergo legatum relictum incapaci palam, testamento scil. vel codicillis, est pro non scripto: nam & nouo iure, & antiquo est pro non scripto, quod relictum est incapaci, cedit lucro heredis; sed si heres velit præstare fideicommissum relictum incapaci, præstabit: nec prohibetur, sed hoc pendet ex liberalitate illius, *§. 1. Inst. de fideic. hered.* quibus incapacibus per fideicommissum relinquebatur, quando scilicet ex fideicommisso non nascebatur obligatio: nam ea fideicommissa ab herede solus pudor extorquebat: cæterum non B obligabatur, vt hodie non obligatur præstare fideicommissum incapaci. Sed quid? si clam relictum sit fideicommissum incapaci, non testamento, non codicillis, puta, herede interponente tacitam fidem, & se obligante eo nomine? Est pro non scripto, quia relictum capaci: verùm non cedet lucro heredis, sed eripiet fiscus quasi indigno, *l. ex facto §. vlt. de vulg. subst.* quod videtur esse ex Senatuscons. Planciano facto *ad leg. Iuliam & Pap.* Nam sunt multa facta Senatuscons. ad eam legem, & hoc indicat *l. si quilibet, hoc tit.* Ergo ex eo Senatuscons. fideicommissum relictum incapaci secreto, clanculum, remedio cautionis, non manifesto iudicio, defertur heredi, sed fiscus eripit quasi indigno: & generaliter, quæ vt indignis auferuntur, appellantur *ereptitia*, non caduca: vel si forte heres iam fideicommis- C sum præstiterit, id etiam ei fiscus euincet, quod nec debuerit, nec potuerit per eas leges præstare in necem fisci. At quæro, *an fideicommissum tacite relictum incapaci, in solidum eripiatur heredi?* Finge, locum esse legi Falcidiæ, quia hoc fideicommisso, vt aliis imminuta est hereditas, an poterit heres ex illo tacito fideicommisso retinere Falcidiam, vt dodrans tantum recidat in fiscum? Et constat ex eodem Senatusconsulto Planciano, non posse, ne Falcidiam quidem, *l. beneficio 59. ad l. Falc. l. 3. C. eod. l. pen. de iur. fisci.* Cui ergo defertur Falcidia, an defertur fisco? Senatuscons. Planc. hoc tantum fuit cautum, vt non retineret Falcidiam heres, nec fuit adiectum, vt hæc Falcidia redigeretur in fiscum. Sed hoc postea induxit cõstitutio D. Pij. Et sane ex Senatuscons. D Planc. videtur Falcid. profecisse aliis legatariis, ad augenda legata eorum, vt minus ex iis detraheretur Falcid. sed ex constit. D. Pij, etiam Falcid. fisco defertur, *d. l. beneficio, l. pen. de iure fisci.* Ex eodem Senatuscons. heres qui fidem dedit in fraudem legum, non vindicat caducum, si sit ex liberis vel parentibus, non detrahit Falcidiam. Quod Vlpian scribit *ti. de fideic.* Quæ vocas *caduca*? sunt legata vel fideicommissa, quæ deficiunt post mortem testatoris ante apertas tab. Et ea perueniunt ad fiscum, nisi heres scriptus sit ex liberis vel parentib. tunc enim remanent apud heredem excluso fisco. an emanent apud heredem, si fuerint tacita fideicommissa? minime, quia neque Falcidiam retinet is heres, qui secretum suscepit, neque caducum, quod sit ex liberis vel parentibus. Ac E rursus ex constitut. D. Pij, heres non retinet fructus perceptos ex tacito fideicommisso ante vel post litem motam cum fisco, non retinet etiam vsuras, si quas perceperit, quia malę fidei possessor est, nec ignorauit leges, *l. eũ, qui, h. t. l. prædonis, de petit. hered. l. eum quidem §. in tacito, de vsur.* Amittit igitur vsuras perceptas de bonis hereditariis, si rogatus sit tacite restituere hereditatem, vel partem eius, nam fructuum vsuras, id est, pretiorum redactorum ex fructibus, etiam si sint redacta post litem motam non præstat, quod benigne constituit Seuerus, *d. l. omnibus.* Nec debet opponi *l. eum qui §. in tacito*, aut si opponatur, ita respondendum est. *§. in tacito*, est de vsuris pecuniæ perceptis à debitore, quas præstat fisco. Ergo concludamus, omne emolumentum auferri heredi, & fisco præstari, quia secundum quod generaliter ob-

seruatur in iure, nihil apud eum residere debet ex eo, in quo is violauit, & circumscripsit, *l. ait prætor* §. *hæc actio, quæ in fraud. cred. l. lege, de lege commissor.* Et ex his apparet, etiam heredi rogato restituere partem suam totam, si interposuerit tacitam fidem, nec fuerit palam rogatus, ei nihil accrescere, si forte coheres repudiauerit, vel defecerit & heredem sine re, nomine esse tamen, *d. l. ex facto* §. *vlt. l. si totam, de acquir. hered.* Et postremo notandum est, quod diximus de Falcidia, vt eam non retineat heres ex tacito fideicommisso, ita procedere, si sit heres extraneus: nam si sit filius vel seruus testatoris, & eo mandante vel imperante, iniungente, susceperit tacitam fidem, aut dederit, dum non potest non obtemperare patri, vel domino, ignoscitur ei, ne amittat Falcid. Dodrantem amittit, quia est fraudulentum fideicommissum, Falcidia remanet. Necessitas igitur patriæ potestatis excusat eum, *l. si tacitum, ad l. Falcid. & l. prox.* §. *vlt.* Hoc enim ex leuioribus delictis, si quis fidem accommodet testatori & incapaci in fraudem legum, & in leuioribus delictis excusatur filius vel seruus, qui non impune tulisset, si non paruisset: sed in atrocioribus delictis non accusatur, quia quiduis perpeti debet, & satius est mori, quam hac in re patri vel domino morem gerere: & vnusquisque in atrocioribus delictis habetur pro libero. Additur in hac l. si heres institutus ex asse rogatus sit clam semissem restituere incapaci, in eo semisse non vtetur Falcidia. In altero semisse, in quo nihil fraudauit leges, vtetur Falcidia, *l. 3. C. ad leg. Falc.* Et ita senatus censuit. intelligit Senatusc. Plancianum.

Ad l. 24. ad Senatusc. Treb.

Nonnunquam autem ex voluntate varie rescriptum & iudicatum est, videlicet, si non sub appellatione heredum, sed propriis nominibus expressis fideicommissum relinquatur.

VIdimus quæstionem vnam de coniecturis in *l. cum proponebatur, de leg. 2.* cui commodissime iungi potest lex nostra: nam vt in *l. cum proponebatur*, qui mutuam substitutionem fecit in hereditate, & mutuam fecisse videtur in fideicommisso, licet id non expressit: ita hic, quas partes quis fecit in institutione, easdē videtur fecisse in substitutione precaria. Cum in vna re manifestum est iudicium defuncti, idem sequimur & in alia re non absimili, licet in ea re manifestum non sit iudicium defuncti: & quod testator expressit in vna re, coniectamus eum voluisse idem obtinere in alia re non absimili, in qua nihil expressit. Ergo vterque locus est de coniecturis. Sed quod attinet ad hunc locum, certissimum est in substitutione directa, vt quas quis partes fecit in institutione, easdem etiam intelligatur fecisse in substitutione. Duplex est substitutio, vulgaris & pupillaris: hoc est certissimum in vulgari, vt si plures instituerit ex partibus inæqualibus, eosque inuicem substituerit nullis adscriptis partibus, ex quibus partibus instituti sunt, easdē fecisse videatur testator in substitutione, coniectantes in substitutione & idem ipsum censuisse, id est, eādem distrib. obseruari voluisse *l. si plures, l. si coheredi, eod. t. l. 1. C. de impub. & al.* Et huius rei est apertissimum exemplum in *d. l. si plures.* Finge: tres sunt heredes instituti ex inæqualibus partibus, primus ex vncia, secundus ex besse, tertius ex quadrante: iidem inuicem substituti sunt reciproca substitutione. repudiante tertio, quadrans illius diuidetur in nouem partes, & octo feret secundus, qui est institutus ex octo vnciis, vnam tantum partem feret primus vnciarius heres, atque ita quas partes habuere in institutione, easdem etiam habent in substitutione, licet in ea nulla sit facta mentio partium. Tres ponit fuisse heredes institutos, vt *l. Lucius* §. *Mænia h. t.* Et vero necesse est poni saltem tres. Si duo sint tantum instituti, primus ex septunce, secundus ex quincunce, & inuicem substituti sint, repudiante primo, qui est scriptus ex septunce, secundus non quincuncem tantum feret, sed integrum septuncem, neque in hac specie potest esse locus superiori definitioni, alioqui pro parte testator esset intestatus. Qua ratione, si ego vnum solum heredem scripsero ex quincunce, is assem obtinebit. Causa testati trahit ad se causam intestati, id est, quincunx, de quo testatus est, trahet ad se septuncem, de quo testatus non est: alioquin, quod esset absurdum, decederet pro parte testatus, pro parte non, quod in pagano fit nūquam. At si tres heredes sint instituti ex diuersis partibus, & inuicem substituti, repudiante vno, cæteri veniunt in portionem vacantem iure sustitutionis, pro portionib. hereditariis, id est, disparibus, & is, cui obuenit maior pars in institutione, feret etiam maiorem partem in substitutione. Et quod notandum, maior fuisse pars dicitur, siue maior pars fuerit relicta titulo institutionis, siue creuerit postea iure accrescendi. vnde dices: superflua igitur est substitutio reciproca. Et sane hodie est superuacua, & fuit etiam iure antiquo. Sed quamdiu locus fuit legibus Iuliæ & Papiæ, nō fuit inter coheredes ius accrescendi, nisi fuissent ex liberis, vel parentibus defuncti, sed portio heredis deficiens recidebat in fiscum, vel in causam caduci, si defecisset viuo testatore. Verum remedio substitutionis reciprocæ inducebatur ius adcrescendi contra leges caducarias, quæ semper odiosæ fuerunt; substitutus præferebatur fisco. Et hoc est, quod ait Iustin. initio tit. *de cad. toll.* introductas fuisse substitutiones, ne fierent caduca. ex quo quis posset dicere, caduca esse antiquiora substitutionibus quod falsum est, nam substitutiones sunt antiquiores: sed vult dicere, introductas esse reciprocas substitutiones inter coheredes amouendi caduci causa, vel substitutionem vnius heredis factam aliis omnibus, vel substitutiones omnium heredum factas vni. Nam hoc remedio conseruatur ius accrescendi coheredibus, *l. pen. de ini. rupt.* conseruatur ius accrescendi, & submouetur fiscus. Quod autem diximus obseruari in substitutione vulgari, idem etiam obtinet in substitutione pupillari, *l. qui liberis, in fi. & l. seq. de vulg. subst.* Pater heredes sibi scripsit ex disparib. partibus, eosdem etiam heredes scripsit filio pupillo suo in secundis tab. & non adscriptis partibus. sane quas partes habuerunt in paterno testamento, easdem etiam habebunt in pupillari testamento. Addendum etiam, illud obseruari in substitutione precaria, *l. nostra, l. præced. d. l. Lucius* §. *Mænia.* Finge: Quatuor instituit heredes, & duos rogauit, vt restituerent hereditatem. sequemur partes, quas adiecit in institutione. Excipitur tantum vnus casus in *d. l. si plures*, nisi alia mens fuerit testatoris: Et adiicit, quod vix credendū est, nisi euidenter fuerit expressum vt ille ait, *vix.* Nam etiamsi non sit euidenter expressum, veluti verbis conceptis, modo sit euidens voluntas; satis est quæ colligitur ex multis argumentis & certissimis, *l. licet, de leg. 1.* Et ait Papin. nonnunquam de hac re varie iudicatum & rescriptum fuisse ex voluntate, id est, vt Accursius recte ait, ex præsumptione voluntatis. Argumentamur autem non tantum à rescriptis, sed à re iudicata. Rerum enim perpetuo similiter iudicatarum auctoritas, vicem legis obtinet, *l. nam imperator, de legib.* Et hoc est, quod aiunt Rhetores, iudicatum esse partem iuris. Exemplum est, in *l. præced.* Species est: quatuor heredes scripsi, primum ex vncia, secundum ex duabus, tertium ex tribus, quartum ex semisse; & rogaui primum solum, vel primum & secundum, vt coheredib. suis hereditatem restituerent acceptis ab vno quoque 10. aureis. Æquales partes fecit dandæ pecuniæ. Ergo euidens est voluntas, euidens est, voluisse eum, vt æquales haberent partes in fideicommisso, cui nullas adscripserit partes. Nam in dubiis ex comparatione alterius rei ducitur certa coniectura, vt in casu *l. 1. de reb. dub.* Hoc iudicio fuit testator, vt tertius & quartus darent æquales partes pecuniæ, etiam hoc iudicio fuisse videtur, vt æquales haberent

partes in fideicommisso. Sed si tertium iusserit dare 30. A quartum 60. quæ summa, si animaduertis congruit portionib. hereditariis: nam ex institutione altero tanto amplius habet quartus quam tertius: ergo etiã quartus altero tanto debet amplius dare, quam tertius. Idem etiam esse existimo, vt habeāt hereditarias partes in fideicommisso, si summa illa non omnino congruat portionib. hereditariis, dummodo sit dispar, si non congruat, sed videatur congruere propter disparitatem. Et ita videtur accipienda *l. vtrum* §. *vlt. de reb. dub.* Idemque erit, si heres cogatur restituere nulla adiecta summa: namque seruabitur portio rerum hereditariarũ. Alterum exemplum hîc proponitur: Species est: Rogauit testator heredem, vt aliis coheredibus suis, qui omnes erant scripti ex partibus inæqualibus, restitueret partem suam, & non dixit simpliciter, heredibus restituito, vel coherdibus tuis, sed dixit, B tertio & quarto restituito, qui erant coheredes; an in fideicommisso habebunt æquales partes, quales habuerunt in institutione? Minime. habebunt viriles partes, quia propriis nominibus expressis relictum est fideicommissum. Qui exprimit propria nomina, enumerat personas. Enumeratio autem personarum hunc effectum habet, vt exæquentur in fideicommisso, *l. si heredes nominatim, de leg.* 1. Et ita in *l. cui fundus, de cond. & demonst.* Si quis ita legauerit duobus, *lego Caio & Titio fundum, si heredi centum dederint.* enumeratione personarum conditio dandæ pecuniæ diuisa videtur, adeo vt singulis offerendo 50. perueniant ad legatum, nec cogantur offerre 100. *l. si quis leg.* §. *vlt. de cond. & dem.* Et eadem forma in *l.* 8. *quibus mod. vsufruct. amitt.* Commemoratio temporum, repetitionis potestatem habet. legauit vsumfruct. in annos singulos, repetiisse videtur vsumfruct. C singulis annis. Itaque si vsufructuarius sit hoc anno capite minutus, finitur vsusfr. huius anni, sed redit sequenti anno. Ergo si heredem coheredibus restituere rogauerit, coheredes ex fideicommisso ferent portiones hereditarias: si tertio & quarto restituere rogauerit, ferent viriles partes. Enumerat personas, qui nomina propria exprimit. ergo viriles partes seruari vult: vt viritim eos recenset, ita viritim eos honorat. Sed qui coheredes dicit, non personas exprimit, neq; numerum earum, sed qualitatem: nam quum dicit *coheredes*, vel *heredes*, heredes dicit, pro qua parte heredes sunt. nam vltra eam partem non sunt heredes. Ergo partes hereditarias seruari vult. Sed quid fiet, si vtrumque dixerit, *Titio* D *& Caio coheredibus tuis, vel coheredibus tuis?* si præposuerit siue præmiserit nomina propria, seruantur viriles partes, quia appellatio heredum vel coheredum, quæ subiicitur pro demonstratione est, & omnis demonstratio abundat. Sed si dixerit, *coheredibus tuis Titio & Caio*, seruantur partes hereditariæ, & propria nomina sunt pro demonstratione, ergo abundant, *l. si communis seruus, de stip. seru.* Et notandum, hanc distinctionem seruari in stipulatione serui communis: nam si fit stipulatus dominis suis, simpliciter dominis adquiruntur portiones dominicæ: si stipulatus Titio & Caio, qui erant domini, debentur viriles. idem sequemur, si ab heredibus legatũm sit relictum: nam si ab heredibus sit simpliciter, debent hereditarias partes: si à Titio & Caio, debent vi- E riles, *d. l. si heredes nominatim.* Idemque sequemur in his, quæ dantur conditionis implendæ causa: *Illi lego si heredibus meis dederit* 100. dare debet pro rata partium, ex quibus sunt heredes mei. Verum si dixero, *si dederit Titio & Caio*, dare debet viriles, *l. statuliber in fin. de statulib.* Et in omnibus his casibus, si vtrumque dixerit, & nisi heredes appellauerit, sequemur quod diximus supra. Nec his obstat *l. proinde, de stip. seru.* Si quis stipulatus sit nominatim omnibus dominis suis, debere dari partes dominicas: atqui stipulatus est nominatim: ergo debentur viriles. *nominatim* illo loco, non est *nominibus dominorum expreßis*, sed *nominatim*, est *sub commemoratione omnium.* Nihil etiam obstat *l. siue à certis, de duobus reis.* quæ exhibet negotium omnib. Legauit testator ab heredib. certis (nominatim ergo) à certis personis heredum debēt, inquit, partes hereditarias (imo viriles.) Sed distinguamus: aut legat ab omnibus propriis nominibus expressis, & debēt viriles, aut legat certis personis heredum propriis nominibus expressis, & debent hereditarias, ergo non videtur eorum nomina expressisse, vt eos exæquaret, sed vt eos secerneret à cæteris, vt cæteros exoneraret: at corrupta est hac in re lex *turpia* §. *vlt. de leg.* 1. *si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent: si vero omnes, hereditarias.* Quod ait, *si vero omnes, hereditarias*, est certissimum, sed prius illud est falsissimum, quia noluit eos exæquare, sed coactus est nomina exprimere. legendum igitur est, *si personæ heredum nominatæ sunt in legando.*

Ad l. 1. de bon. poss. furios. infant. &c.

Furioso Titius substitutus est. bon. possessionis tempus, quamdiu furiosus in eadem conditione est, neque instituto, neque substituto cedit: nec si curator furiosi nomine possessionem accipere potest, idcirco spatium temporis, quod scientibus præfinitũ est, videbitur cedere. nam & pater infanti filio possessionem accipit, quo tamen cessante infans non excluditur. Quid ergo si curator accipere nolit, nonne instius atque vtilius erit ad eundem modum proximo cuique possessionem dari, ne bona iaceant? quo admisso substitutus cautionem præstare cogitur omnibus his, quibus bona restitui debent, si forte institutus in eodem furore decesserit, aut compos mentis effectus, ante mortem obierit, quam hereditatem agnosceret: nam & fieri potest, vt viuo furioso substitutus decedat, nec tamen furiosus obstet cæteris, si prius & ipse decesserit, quam hereditatem adquireret.

Titulus est de bon. possess. furioso competente, muto, cæco, &c. competit quæ delata est, & defertur ex edicto statim, vel postea ex decreto prętoris, furioso, furiosive nomine ex decreto; cæteris, cæterorumve nomine ex edicto. Et his personis furioso, infanti, adiungo etiã municipes, id est, ciues ciuitatis cuiuslibet ex *d. l.* 14. nam de omnibus his personis dubitatur, an competentem sibi bon. possess. sec. tab. vel ab intestato vnde legitimi, aut vnde cognati petere possint, & an eis cedant dies petendæ bon. poss. præstituti edicto successorio. Ac primum de surdo & muto dubitatur. Igitur adire hereditatem non possunt. Mutus non potest, quia verba aditionis loqui non potest, *l. eum qui, de adq. her.* & est actus legitimus, id est, solemnis, quique fit solemnib. verbis *l. actus de reg. iur.* Surdus adire non potest, quia non potest audire sibi testimoniũ perhibētes: nam non aditur hereditas, nisi testibus præsentibus qui appellantur ab eo, qui vult adire, hoc fere modo, *vos, Quirites, in hanc rem testimonium perhibetote.* Inuocat testimonium illorum. Ergo vt etiam id exaudiat, necesse est. hinc est quod apud Paulum 3. *Sent. tit. de testamentis*, cæcus dicitur test. fac. posse, quia accire potest adhibitos testes, & quia loqui potest. Et adiicit, & potest audire sibi testimonium perhibētes, & auditus & loquelæ capax est. at mutus & surdus pro herede gerere possunt. atque ita hereditatem adquirere, *l.* 5. *de adq. hered.* possunt bon. possessionem petere, per se, vel per procuratorem: Nam & procuratorem sibi instituere possunt, *l. mutus de procur.* puta mutus potest interrogari, an eum velit sibi procuratorem esse: nutu significabit, se id maxime velle: surdus autē id edicendo palam, & ab eo, quem nominauit, suscepto mandato, suscepta procuratione, quæ suscipitur etiam tacite: nam mandatum etiam tacito consensu contrahitur: Et pro herede gerere possunt, vt dixi, quia hic modus adquirendę hereditatis, neque auditionem, neque locutionem requirit. Et pertinet ad hoc quod dixi de nutu *l. seruo* §. *si pupil. ad Treb.* Hæc autem ita procedunt, si sc. rem intelligant, si non sint rerum imperiti,

l.2.h.tit. nam si nihil intelligant, vt non raro sunt, qui his vitiis laborant, curator eis datur, *l. 3. §. vlt. de postul.* & per curatorem hunc petent bonorum possessionem, *d. l. seruo inuito §.pen. ad Treb.* nec poterunt sibi instituere procuratorem. Et hoc est, quod ait *l. mutus de procur.* mutus & surdus per eum modum, qui procedere potest, procuratorem dare possunt, id est, si intelligant, quid agatur, si rerum ignari non sint. De cæco etiam dubitabatur, an borum possessionem petere possit, & an ei cedant dies petendæ possessionis, quia non cernit, quod agatur, quod tamen res non exigit, sed quia etiam cæcitas deputatur vitio in quibusdam causis. nam cæci hodie non possunt testamentum facere, nisi adhibita maiori quadam solemnitate, *l. hac consultiss. C. qui test. fac.poss.* & pro alio postulare non possunt, *l.1. §. casum, de postul.* at adoptare possunt, *l. etiam cæcus, de adopt.* possunt sibi procuratorem instituere, vt Paulus scribit 4. *Sentent. tit. de manum.* nec eis datur curator ob cæcitatem: & si tutores dati sunt, possunt auctoritatem interponere contrahenti pupillo, *l. etiamsi tutor, de auctor. tut.* & iudicandi officio fungi possunt, *l. cæcus, de iudic.* & postremo hereditatem adire possunt, quæ eis competit, vel bonorum possessionem petere per se, vel per procuratorem, si modo quid agatur intelligant. Quidam sunt cæci & mente, & oculis, quibus est æquum dari curatorem, Nam curator datur omnibus, qui suis rebus superesse non possunt. De municipibus etiam dubitabatur, quia est incertũ corpus, an eis institutis heredibus, vel ab intestato delata hereditate liberti ciuitatis, an iis competeret bonorum possessio, & competentem an petere possent, quia vix vniuersi municipes consentire possent, & consequenter, an eis cederent dies petendæ bonorum possessionis? nam non cedunt, nisi his, qui petere potuerunt, & scierunt sibi competere. Et hac de re eodem libro tractasse Papin. constat ex *l. 14. ad municip.* in qua sic scribit: *municipes intelliguntur scire quod sciant hi, quibus summa Reipub. commissa est*, effectus huius sententiæ nullum profertur exemplum. Sed respicit, dum hoc scribit ad bonorum possession. cuius dies scientibus tantum procedunt, vt ait idem Papin. *l. 1. h. tit.* scientibus sibi competere possessionem morte alterius, *l. 2. quis ordo in bonor.possess. seruet. l. 2. qui admit. ad bonor. possess.* Et ita dies adeundæ hereditatis procedunt scientibus tantum, iuxta formulam aditionis, siue cretionis, *in diebus 100. quibus scieris, poterisque.* Ergo secundum *dict. l. 14.* municipibus cedunt dies, quibus actor ciuitatis, vel syndicus sciuit municipibus delatam esse hereditatem. Nam quod scit actor ciuitatis, ciues scire intelliguntur. Et eodem meo iudicio referendum est, quod est in *l. vlt. de iur. & fact. ignor.* Impuberes sine tutore agentes, nihil scire intelliguntur. ergo eis non cedunt tempora petendæ bonorum possessionis; & è contrario impuberes sub tutore agentes, scire intelliguntur, quod tutor scit. Valet argumentum ab actore ciuitatis ad tutorem pupilli, *l. qui solidum, de legat. 2.* Ciuibus vel municipib. cedunt dies, quibus actor sciuit reipublicæ competere bonorum possessionem. Ergo pupillo cedunt dies, quibus tutor sciuit pupillo bonorum possess. competere. Et ita est proditum in *l. 7. §. vlt. de bonor.possess.* De patre magis dubitatur, an scil. infanti, cui debita est bonorum possessio cedant dies, quibus pater hoc sciuit, & loquitur de filiofam. nam emancipatus tutorem habet, & sine tutore nihil scire intelligitur, *l. pupill. de adquir. hered.* nisi intelligatur scire quod scit pater, de quo est magna quæstio: nam in hac l. 1. apertissime Papin. ait, dies quibus scit pater filio suo infanti competere bonorum possessionem, infanti non cedere. contra *d. lex 7. §. vlt.* ait, *dies quibus tutor scit, &c.* fateor cedere dies, quibus tutor scit: dies quibus pater scit, nego cedere. nitor hac l. 1. optima ratione. Et videtur in *d. l. 7. §. vlt.* duplex fuisse scriptura. alij habent, tutor, alij pater; & vtraque relicta est perperam: nam falsum est, dies, quibus sciuit pater,

A cedere infanti. Et alia est causa tutoris, alia patris, & ne cauillemur, vt fit vulgo, duobus modis dies, quibus pater scit, cedunt infanti. in eius vtilitatem, inquiunt, non in damnum eius, hoc est cauillari: nam quid est *cedere dies*? præscriptione dierum excludi, nisi intra eos petierit, cui competit bonor. possessio. proficit ei præscriptio dierum, si venerit intra eos dies, vel rursus nocet, si post eos venerit. Et rursus male dies quibus pater scit, placet currere, patri scil. sed non infanti. quod etiam cauillari est, & ridiculum: nam dies non cedunt nisi ei, cui competit bonorum possessio, id est cui delata est: & huic cedunt, etiamsi per se non potuit petere, vt si fuerit infans, vel quis alius, sed hoc modo dies cedunt ei, cui competit bonorum possessio, etiamsi non per se, sed per alium potuerit petere, veluti per procuratorem. non
B cedunt autem ei, cui non competit, etiamsi alij potuerit petere. ergo non cedunt patri, licet potuerit infanti petere, quia non delata est patri, sed infanti. Igitur hoc dico, dies non cedere infanti, quibus pater sciuit. Cuius sententiæ ratio est: pater infanti petere potest bonorum possessionem, quia non potest infans bonorum possessionem petere sibi, cum fari non possit, *l. 7. §. pen. de bonor. possess. l. si infanti, C. de iure delib. l. 1. C. Theod. de cretione vel bonorum possess.* Pupillo, qui excessit infantiam, pater non potest petere bonorum possessionem, sed ipse pupillus sibi petit, iubente vel ratum habente patre. Infantis nomine significatur minor septennio, non pupillus. Et ideo in *Instit. de hered. qual.* ait, *mutum, surdum & infantem non posse testamentum facere, posse tamen capere ex alieno testamento.* Infanti adiungere oportet pupillum ex Theophilo. Omnino ex eo pos-
C sis constituere, maiorem esse tutoris auctoritatem, quam patris hac in re: nam tutor pupillo petit bonorum possessionem, *l. 7. & 8. de bonor. possess.* pater non petit nisi infanti. neque est noua hæc differentia inter patrem & tutorem: nam & fœmina tutore auctore testamentum facit, vt est in *fragm. Vlpiani.* patre auctore testamentum non facit, *l. 6. qui test. fac. poss.* & pupillus tutore auctore obligatur ex stipulatione: patre auctore non obligatur, *l. vlt. §. pen. de verb. oblig.* Similiter in hoc proposito: quod scit tutor, pupillus scire intelligitur: quod scit pater, filius scire non intelligitur: & ideo dies petendæ bonorum possessionis, vt aperte demonstrat Papinianus, quibus pater sciuit, filio non cedunt: vel vt
D alias ait *l. 3. quis ord. in bonor. possess.* scientia patris, non nocet filio: scientia tutoris, nocet pupillo: & pupillo cedunt dies, quibus sciuit tutor. Nam & in plerisque aliis causis scientia tutoris, vel dolus nocet pupillo, *l. non solum §. pen. de lib. causa.* Ergo neque curatoris, qui furioso, neque patris, qui infanti petit bonorum possessionem, scientia & cessatio furioso vel infanti nocet. Curatoris, qui petit furioso bonorum possessionem, scientia non nocet: tutoris tamen scientia nocet pupillo. Sed de furioso, qui habetur similis infanti plenius dispiciamus. Curator ergo potest furioso petere bonorum possessionem, non quidem edictalem, quia defertur tantum sanis hominibus, *l. 1. §. furiosi, de success. edic.* sed potest petere decretalem, *l. 2. §. si quis, ad Tert. l. vlt. §. non itaque,*
E *C. de curat. fur.* Cur datur decretalis? Quia scilicet potest fieri, vt furiosus recipiat sanitatem, & recepta sanitate moriatur, nondum ex edicto petita bonorum possessione, quo casu nihil transmitteret in heredem suum. Succurritur ei decreto, id est, mature petita à curatore bonorum possess. decretali. Decretum proficit ad transmissionem, quod remedium decreti adhibetur in multis aliis causis, *l. 1. ad Tertull. l. scriptus, de Carbon. edic. l. 4. de bon. lib. l. ventre, de adquir. hered. & l. illud §. vlt. de bonor. possess. contra tab.* Sed si furiosus in eodem furore decesserit, quamuis eius nomine petita sit bonorum possessio decretalis, nihil transmittit in heredem suum: & ideo furiosi nomine postulatur cautio de restituenda hereditate his, ad quos peruentura esset, si furiosus he-

res institutus ac proximus agnatus non esset, videlicet in casum, *si moreretur in eo statu inops mentis*, *d. l. vlt. §. tali*. Et curator furiosi soluendo legata accepta bonorum possessione decretali furiosi nomine exigit cautionem à legatariis, *l. Licinius* 48. §. *vlt. de legat.* 2. Ergo bonorum possessio decretalis est sine re, nisi resipiscat ante mortē, & euincit hereditatem fiscus, vel heres legitimus, si in eodem statu moriatur infirmato decreto, *l. heres, de petit. hered.* Sed quid fiet, si curator furiosi non petierit bonorū possessionem decretalem? Finge: furioso herede instituto, Titius ei substitutus est vulgari modo, non ad exemplum pupillaris substitutionis secundum constitutionem legis *humanitatis*, *de impub. & aliis substitut.* curator noluit petere bonorum possessionem, dies non cedunt substituto, quia speratur institutus, quia potest venire institutus sanitate recepta, & quandiu institutus speratur, substituto locus non est, *l. quandiu*, *D. de acqu. her.* non cedunt etiam dies furioso petendę bonorum possessionis. Ergo furioso nulla cedit bonorum possessio. Potest ei peti decretalis per procuratorem, sed non edictalis. & quamuis non sit petita, ei non cesserunt dies, quibus curator sciuit: nam quod scit curator furiosi, & furiosus non intelligitur scire, sicut quod scit pater, filius non intelligitur scire. Quid igitur fiet? an fiet mora creditoribus, quorum interest, vt sit aliquis bonorum possessor, ne diutius bona vacent, iaceant? *ad eundem modum*, id est, sub hoc modo, ne tempora cedant furioso, *proximo cuique ex decreto datur bonorum possessio.* Et dum ait, *proximo cuique*, respicit ad illa verba edicti, *tum vti proximum quemque heredem esse oportet.* Ergo datur interim bonorum possessio substituto, quamuis nondum substitutioni locus sit, decretalis scilicet: nam proximior est causa substituti, proximior causa testati, sed substitutus præstabit cautionem, vt sæpe alias euenit, ne creditoribus fiat longior mora, vt primum heredi scripto sub conditione detur bonorum possessio ante conditionem, *l.* 8. *de prat. stipulat.* Et eadem ratione hereditas restituitur ante conditionem fideicommissi, ne bona iaceant, *l. apud Iul. l.* 9. *vlt. & pen. de tempor. præscript.* Sed vbique præstatur cautio. & ita hic substitutus, cui datur bonorū possessio, cauebit de restituendis bonis heredibus legitimis, si furiosus in eodem statu decesserit, vel si compos mentis effectus decesserit, nondum agnita bonorum possessione. Sed dices, in eum casum substitutioni locus erit, non legitimis heredibus. cur igitur cauebit? Est quiddam adiiciendum, vt huic cautioni locus sit, nempe substitutum mortem obiisse viuo furioso. Denique hoc cauet substitutus accepta decretali, legitimis heredibus bona restitutum iri, si ipse decesserit viuo furioso, ac decesserit furiosus in eodem statu, vel factus compos mentis nondum adiuerit hereditatem, quæ est sententia Pap. in hac lege 1. Et dum ait, *quo admisso*, hoc est, eo concesso, vt interim detur bonorum possessio proximo cuique, quod dixit ante. Ne interpretemur, *quo admisso*, id est, substituto admisso. Et breuiter hæc omnis l. 1. quum loquitur de furioso, est accipienda de bonorum possess. decretali; cum autem loquitur de infante, est accipienda de bono. possessione edictali: nam infanti edictalis defertur: & ideo infans transmittit ius deliberandi in patrem vel auum, in cuius potestate est, vel si sit sui iuris, in heredem suum, si moriatur intra annum, *l. si infanti*, *l. seq. C. de iur. delib. Nouell.* 158 Accipere possessionem, id est, ex decreto. Ad ea quæ diximus superest quod addamus. Quæritur, qua de re nondum tractaueram, *an dies bonorum possessionis, quibus curator adolescentis sciuit competere bonorum possessionem, adolescenti cedant, & an scientia curatoris adolescenti noceat?* Et statim dicerem non nocere, *l. 5. de iur. & fac. ignor.* nemini scientiam alterius nocere, & dicerem ab ea generali definitione excipiendum tutorem pupilli & actorem ciuitatis, siue syndicum: Nam scientia tutoris pupillo nocet, dies quibus tutor sciuit, nocent pupillo cessante tutore in petenda bonorum possessione. Scientia quoque syndici municipibus nocet, & dies, quibus actor sciuit, Reipubl. procedunt: nam potuit tutor petere bonorum possessionem, *l.* 7. §. *pen. & l.* 8. *de bonor. possess.* actor quoque potuit Reipublicę siue municipibus petere bonorum possessionem, *l.* 7. §. *ad municip. de bonor. possess.* Comparatur, vt dixi, tutor actori siue syndico, *l. qui solidum* §. 1. *l.* 3. *C. de iure Reipub. lib.* 11. Curator autem non potuit petere bonorum possessionem: nam sibi ipse adolescens potuit etiam sine curatoris auctoritate, tantum abest, vt ei curator possit petere inscienti, vt ipse si petat, necesse non habeat curatorem adhibere quam habet. Nam hoc tantum de pupillo proditum est in *d. l.* 7. §. *pen.* pupillum non posse petere bonorum possessionem sine tutoris auctoritate. Ergo aliud est in curatore adolescentis. Accurs. *d. l.* 7. idem esse existimat in curatore adolescentis, vt adhiberi eum non oporteat, & vt in aliis causis, ita & in hac quoque causa abutitur lege *si curatorem*, *C. de in integ. restitut.* Idem, inquam, esse existimat in curatore adolescentis. tamen si idem esset in adolescente & curatore eius, non fuisset graue Iurisconsulto pupillo adiungere adolescentem. Igitur quū quid scribitur de impubere, hoc argumentum præbet idoneum ad existimandum aliud esse in pubere: nam casus *leg. si curatorem*, *C. de in integr. restitut.* non debet trahi ad alios casus. est de adolescente alienante res suas, quæ alienatio non valet, si habeat curatorem, & non fiat auctor curator. Ergo in alienatione rerum adolescentis est necessaria curatoris auctoritas. Et similis adolescens est prodigo: nam vtrique curator rerum administrator cōstituitur. hoc est, munus curatoris, nec sine eo quicquā adolescens vel prodigus rerum suarum administrare potest; & ideo alienare non potest sine auctoritate curatoris: cæterum poterit se obligare veluti ex stipulatione etiā sine auctoritate curatoris quem habet, vt *l. puberes, de verb. obligat.* Puberes obligantur sine curatoribus suis. ergo habent curatores. Ac præterea adolescentes hereditatem adire possunt sine curatore suo, iure. Si huius auctoritas ei esset necessaria in adeunda hereditate, non sufficeret auctoritas prætoris, *l. cum nulla* §. *vlt. de appellat.* Ergo potest etiam adolescens petere bonorum possessionem sine curatore: ipse autem curator non potest sine adolescente. Ergo merito dies, quibus curator sciuit, non cedunt adolescenti. scientia curatoris non nocet adolescenti, tutoris & actoris nocet: quia tutor potuit petere nomine pupilli, actor nomine Reipubl. qui potest alij petere, eius scientia alij nocet. Neque tamen ex eo inferendum est, quicunque potest alij petere, eius scientiam alij nocere. Sed constituere possis hoc recte: si quis non possit alij petere, eius etiam scientiam non nocere. Illud non est perpetuo verum, si quis possit alij petere, & scientiam eius alij nocere: Nam vt ostendit hæc l. 1. curator potest furioso petere, & scientia tamen eius non nocet furioso, id est, non cedunt dies furioso. Item pater potest infanti petere, & scientia tamen patris non nocet infanti. Maior est auctoritas tutoris, quam patris in hac re, vt & in aliis quibusdam. tutor igitur accedit propius ad personam pupilli, eumque repræsentat magis, quam pater filium, adeo vt passim loco domini habeatur, qui scilicet, habeat imperium & potestatem in pupillum, *l. tutor qui tutelam*, *de adm. tut. l. qui Stichum* §. *si tutori*, *pro empt.* Plus est esse dominum quam patrem. Ergo tutoris quidem scientia nocebit pupillo, sed non potest iure scientia patris infanti nocere. Et supposititia sunt hæc verba *aut pater*, in *d. l.* 7. §. *vlt.* & certe omnino pugnant cum hac *l.* 1. & cum *l.* 3. *quis ordo in bon. possess. seru.*



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XV. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 15. de cond. institut.

Filius, qui fuit in potestate sub conditione scriptus heres, quam Senatus aut Princeps improbant, testamentum infirmat patris, ac si conditio non esset in eius potestate: nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram: & vt generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.


Iliusfa. non potest à patre institui sub qualibet conditione: potest institui sub conditione, quæ sit in eius arbitrio vel potestate. Si filiusfam. à patre heres institutus sit sub conditione, quæ non est in eius potestate, nec sit exheredatus sub contraria conditione, non valet institutio, & filius pro præterito habetur. ergo omnino testamentum inutile est, *l. Lucius, de condit. & demonstr. l.* 10. *l. vlt. h. t. l.* 4. *l. iam dubitari, de her. instit.* cæteri liberi, puta filia vel nepos, neptis, & alij, possunt institui sub qualibet conditione. Primum ea conditio non est in potestate filij, quæ est impossibilis, veluti, si digito cœlum tetigerit, si mare ebiberit. Item ea, quæ est difficilis, veluti in *l. cum hered.* §. *vlt. de statul.* si millies dederit, id est, millies centena millia, & vt ait, fere impossibilis. Ita etiam *l.* 55. *& l.* 56. *fam. ercisc.* Synesius in epist. & M. Tullius in partitionibus; per difficilia sunt habenda perinde, ac si effici non possint. Item conditio, quæ exspectatur ex casu, vt si nauis ex Asia venerit, si Titius Consul factus fuerit. Item ea quæ pendet non tam à voluntate filij, quam etiam ex voluntate alterius, veluti si Titius filium adoptauerit: neque enim inuitum adoptabit, *l.* 11. *h. t.* Ac postremo non est in potestate filij conditio, quæ improbata est legibus vel S C. vel bonis moribus, veluti si vxorem non duxerit, si liberos non susceperit, vt est apud Paul. 3. *Sentent. tit. de testam.* has conditiones improbat lex Iulia & Papia. Item hæc conditio, *si tutor pupillam vxorem duxerit*, hanc improbat SC. quod factum est D. Marci temporibus. Item hæc, *si sororis filiam duxerit*, hanc improbant constitutiones Principum, & hanc etiam nouissimæ constitutiones, si consobrinam duxerit. nuptiæ inter consobrinam permissæ sunt, siue Digestorum ius spectes, siue Cod. siue Nouell. sed prohibitæ per constitutiones posteriores. nec male possis adducere ex constit. Iustin. exemplum, quo vtitur Accurs. *l.* 14. *h. t.* si etiam quam suscepit de sacro fonte in vxorem duxerit, *l. si quis alumnam, C. de nupt.* Et incestas esse has nuptias probant, quod sit loco filiæ, quæ cognatio spiritualis dicitur. Contra bonos mores sunt hæ conditiones, si barbaro habitu processerit, vel si muliebri: nam quum dicimus contra bonos mores, non tantum intelligimus contra naturales, sed etiam contra ciuiles, & si patrem ab hostibus non redemerit, *l.* 9. *h. t.* quod filius non potest facere pietate illæsa: vel si patrono aut patri alimenta non suppeditauerit, quæ res pietatem lædit, nec possis sine rubore negare alimenta patri. verecundiam igitur pulsat ea res, vt ait Pap. *l. pecuniæ, de alimen. leg.* Item si homicidium fecerit, si lenocinium, si adulterium, quæ res existimationem lædit. Filius si sub iis conditionibus instituatur, non valet institutio, quia hæ conditiones non intelliguntur esse in

A eius potestate. non est in mea potestate, quod mihi facere non licet. Et eleganter ait Papin. in hac lege, *Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam, &c.* vox est Christiano digna. Duas soleo referre opiniones nostrorum: altera est in *l.* 4. *de alien. iudic. Prætor non improbat, &c. nam verecunda cogitatio eius, qui lites execratur, laudanda potius quam vituperanda.* Obstat huic legi ea quæ præcedit l. 14. quæ est de iisdem conditionibus, quæ sunt contrariæ legibus & constitutionibus. Et ait, sub his conditionibus scriptum pure, scriptum videri. Ergo conditio habetur pro non scripta, ergo filiusfam. in *hac l.* sub conditione scriptus, pure scriptus videtur, & proinde capiet hereditatem ex testamento, atque si ea conditio adscripta non fuisset. non infirmabit
B ergo testamentum, quia pure fuit scriptus, vel intelligitur esse. Eam rem attigit Accursius in *l.* 1. *hoc tit.* sed nihil attulit. Distinguendum est inter filiumfa. heredem institutum, & extraneum, cæterosque liberos. Lex hæc 15. est de filiofam. qui non potest institui sub omni conditione: nam non potest institui nisi sub potestatiua: lex 14. est de extraneo herede instituto, cæterisue liberis, qui possunt institui sub omni conditione, *l.* 4. *de hered. instit. & l.* 6. §. 1. Vnde ita constituamus: Institutione filiifam. facta à patre sub conditione inhonesta & turpi vitiari testamentum: institutionem alterius personæ non vitiari: sed explicãda est ratio diuersitatis. lex 15. subiicitur l. 14. tacitè à l. excepit filiumfam. heredẽ institutum. ergo l. 15. satis demonstrat, l. 14. esse accipiendam de cæteris personis
C omnibus. sed cedo rationem differentiæ. Si filiusfamil. sit institutus sub conditione illicita à patre suo, in eo prima hæc occurrit ratio, quæ facit, vt non valeat institutio, quia conditio non est in eius potestate, & ideo ab intestato hereditatem vindicat, non ex testamento, quia pro derelicto habetur: hæc est proxima ratio. sequenti ratione vtitur extraneus solus, vt efficiat, ne habeatur ratio illa adscriptæ conditionis illicitæ, vel turpis, quia impossibilis est conditio: ideo hereditatem vindicat ex testamento: nam conditiones impossibiles scriptæ in testamentis, pro non scriptis habentur, vel pro mendis habentur, *l.* 1. *hoc tit.* dum ait, sub impossibili conditione, vel alio mendo factam institutionem non vitiari: & menda haberi pro non scriptis. Ergo excepto filiofam. cæteri hac ratione, quia impossibilis est conditio, relicta sub illa
D conditione illicita & turpi, ex testamento hereditatem capiunt, perinde ac si pure instituti essent: nam non tantum impossibilis est conditio, cui rerum natura obstat, sed etiam cui impedimento sunt leges, Senatusconsulta, constitutiones, edicta prætoria, & mores boni tam ciuiles quam naturales.

Ad l. 84. de adquir. heredit.

Ventre præterito, si filius qui fuit emancipatus, aut exter, heres institutus sit, quandiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas: sed si vacua ventre mulier fuerit, & incerto eo, filius in familia retentus vita decessit, E *heres fuisse intelligitur emancipatus aut exter, non aliter possunt hereditatem quærere, quam si non esse prægnantem sciant. Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? Et ideo decreto filio succurrendum est: quia siue frater ei nascatur, siue non nascatur, patri heres futurus est. eademque ratio facit, vt emancipato quoque subueniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est.*

TRactauimus ante hanc quæstionem in *l. scriptus, de Carbon. edict. l.* 15. §. *vlt. de inoffic. testam. l.* 41. *de bon. libert.* Hic proponitur differentia vna inter filium emancipatum heredem institutum à patre postumo præterito, & filium retentum in familia, qui & *suus* dicitur, *l. nepos, de legat. præst. l. adigere, de iure patron.* Et quod

dicitur hic de filio emancipato, idem etiam obtinet in extero herede instituto: qua de causa emancipato iungit extraneum. Sciendum autem est, agnatione postumi præteriti testamentum rumpi: nam si nascatur, nec agnascatur (non omnis enim qui nascitur, agnascitur, sed qui nascitur agnatus) si inquam, nascatur, & non agnascatur, testamentum valet, *l.3.§.ex his, de ini-rupt.* vt si abortum factum sit, *l.2.de post.hered. instit.* Item sciendum est, quandiu speratur postumus frater præteritus testamento patris, filium emãcipatum heredem institutum non posse adire hereditatem ex testamento, quia nondum delata est, non posse petere bonorum possessionem edictalem, secundum vel contra tabulas: filium autem suum heredem institutum præterito postumo, non posse interim heredem existere patri ex testamento, etsi vel suus vel emancipatus interim moriatur, dum incertum est, an postumus nasci possit, & in heredem suum nihil posse transmittere, *l. cum quidam §. quod dicitur, & §. siue igitur, de adquir. hered. l.16.de lib. & post. l.4. in fin. de bonor. poss. cont. tab.* Neuter igitur moriens interim quicquam transmittit ad heredem suum, non ex causa intestati, quia nondum fuerat ei delata hereditas ab intestato pendente causa testamenti, quod potest valere non nato postumo: non etiam delata ex testamento, quia in eo erat testamentum, vt rumperetur, si nasceretur postumus. Et hoc ita procedit, si reuera mulier fuerit prægnans. Hoc casu nihil distat suus ab emancipato, quia siue hic, siue ille moriatur, interim nihil transmittit. Sed si putetur mulier esse prægnans, quæ non est, filius emancipatus institutus, qui mulierem esse prægnantem putat, interim non potest adire, dum incertum est, an postumus nasci possit. Et quia non adiuit, nec potuit, nihil transmittit, & hereditas non adita non transmittitur: & si forte adiuit, nihil egit, quia præfestinauit adire. Emancipatus, nisi sciens certusque vteri vacui, non adquirit hereditatem, etiamsi adeat. suus adquirit hereditatem, etiamsi adeat: suus adquirit etiam ignarus, & existimans mulierem esse prægnantem, quæ non erat. Suus adquirit hereditatem ipso iure, etiam inuitus & ignorans statim atque delata est morte patris: emancipatus adquirit iusta & tempestatiua aditione. Suus heres existit, emancipatus fit: Et ideo si mulier non fuerit prægnans, quamuis suus hoc ignorauerit, intelligitur patri heres extitisse ipso iure; & si decesserit, antequam constaret mulierem non esse prægnantem, ad heredem transmittit, *l. cum quidam §. suum, hoc tit. l. illud, si pars hered. pet.* Et hæc est differentia inter suum & emancipatum circa causam transmissionis: cui, vt dixi, locus est, si mulier fuerit ventre vacuo: nam si ventre fuerit pleno, & eo incerto moriatur filius suus, vel emancipatus, neuter quicquam transmittit ad heredem suum, quia nec ex testamento heres fuit, quod pendebat ex spe præteriti postumi, nec potuit esse heres vel hic, vel ille ab intestato, propter testamentum, quod nondum ruptum erat: nam quamdiu testamentum subsistit, cessat ius legitimæ successionis ab intestato, *l. quamdiu, hoc tit.* Ergo si mulier sit vtero plena, neuter intelligitur quidquam transmisisse in heredem suum. Sed illud videtur esse iniquum, vt nihil suus vel emancipatus transmittat in heredem, quia per eos factum non est, quo minus hereditatem adquirerent? sed non quæsierunt, quia nec potuerunt propter spem postumi. Iniquum ergo videtur, vt rem patris amittant morientes interim, nec eam transferant ad heredes suos, ac propterea iniquum videtur, nihil eos transmittere: quia siue postumus nascatur, siue non, in omnem euentum ad bona patris peruenturi sunt: si postumus nascatur, concurrent ei in successione intestati; si vero non nascatur, ex testamento rem patris obtinebunt. Iniquum est repelli eos, si interim moriatur, qui si viuerent, omnimodo erant peruenturi ad bona patris. Tollenda est igitur hæc iniquitas remedio decreti. Ius ciuile iniquum est sæpe, asperum, & rigor iuris dicitur. Verum subueniemus filio vel suo, vel

A emancipato ventre præterito, nec vacua muliere, data interim bonorum possessione decretali secundum vel contra tabulas: nam cessat edictalis secundum tabulas, quasi non nascituro postumo: contra tabulas, quasi nascituro postumo & commissuro edictum, vt scilicet, tam institutus frater, quam ipse postumus, veniant ad bonorum possessionem contra tabulas, ac si ambo præteriti essent & alius institutus: Hoc est, *committere edictum.* Diximus emancipato comparari exterum. an ergo subueniemus etiam extero heredi instituto ventre prętérito, non vacua muliere? Sic videtur. subuenimus enim decreto extraneo heredi instituto, & proderit decretum, si forte postumus non nascatur, vt si ante mortuus sit, exter intelligatur transmisisse, *l. scriptus, de Carbo. edict. l.41. l.42. §. vlt. de*

B *bon. libert.* Sed si postumus nascatur, in hunc casum nihil subueniemus extero, id est, decretum non complectetur hunc casum, quia natus postumus penitus exterum excludit, non fratrem. Et hæc omnia confirmantur *l.4.§. tutor, l. seq. de bonor. posseß. cont. tab. l. 1. §. 1. ad Senatusc. Tertull.* Confirmatur à simili ab his, quæ diximus in *l.1. de bon. posseß. fur.* dari curatori decretalem bonorum possessionem furiosi nomine, quod deficiat edictum, vel hereditas transmittatur ad heredem furiosi. Quæ iure cessat transmissio, inducitur remedio decreti: & non tantũ remedio decreti filio subuenitur, sed & heredibus filij tam emancipati, quam sui. Finge cessasse filium, & non petiisse bonorum possessionem decretalem, an ea res fraudi erit heredibus? Minime: nam prætor fingens quo-

C dammodo filium patri heredem extitisse, dabit bonorum possessionem. Emancipatus sciens adquirit bonorum possessionem, suus ignorans. Bene alterutro, vt in *l. conditionum, de condit. & demonst.* Obstat *l. si filius, de lib. & post.* quæ ponit, filium suum heredem institutum, nullo dato coherede, vel substituto, quod etiam hic ponendum, & postumum præteritum, & interim, dum incertum est, an postumus nasci possit, filium decessisse, deinde natum postumum rupisse testamentum. Quo casu lex ait, filium suum videri moriendo patri heredem extitisse ab intestato, quia, quæ mortem eius secuta est agnatio postumi, declarauit, fuisse locum causę intestati. Quod si ita est, ergo transmisit, nec opus est decreto, quoniam illa lex ait, iure ita procedere. Diceret quis contra sententiam illius legis; imo filius neque ex testamento,

D neque ab intestato eo tempore, quo moritur, patri intelligitur heres extitisse, quia nondum erat certum nasci postumum, vel non nasci, id est, quia nondum erat certa causa successionis, & qui non est certus, non potest succedere. Sed potes dicere, fuisse causam certam successionis intestati, quia moriente filio, desertum est testamentum patris: deseritur autem mortuo herede scripto, non adquisita hereditate. hoc casu autem filius non habuit coheredem vel substitutum, & ideo moriente filio in ipso articulo mortis, pater fit intestatus, non autem postea nato filio: postumi agnatio non rumpit testamentum, quod iam nullum fecerat destitutio heredis scripti, *l. 5. de ini. rup.* sed opus est filio decreto, quod tamen non exigit lex *si filius,* sed loquitur de filio suo, & de iure ciuili. suo non est necessarium decretum, quia iure ciuili heres existit:

E iure prætorio est necessarium decretum, ad quod pertinet *l. ventre.* Igitur prætor non nouit existentiam sui heredis, sed mistionem: filium suum non habet pro herede nisi miscuerit se bonis paternis. Emancipato autem filio, de quo non loquitur lex *si filius,* necessarium est omnino decretum ventre præterito. Restat quæstio, quid sit dicendum, si ventre pleno pater intestatus decesserit? Si pater intestatus decesserit filio vno relicto, vel vxore prægnante, inueniemus in plerisque idem ius esse sui & emancipati: rationem tantum esse diuersam in adquirenda hereditate, suum existere, emancipatum adire, suum ignorantem, emancipatum scientem; in quibusdam autem esse discrimen inter suum & emancipatum. Et primum ventre exheredato, filio instituto vel suo, vel emancipato,

cipato, post mortem patris ei statim deferetur hereditas ex testamento, & suus heres existet, & transmittet ad heredem suum, etiamsi moriatur, antequam partus edatur. Emancipatus filius poterit adire hereditatem & transmittere non exspectato postumo, *l. cum quidam §. siue igitur, de acq. hered.* Exheredato autem postumo datur querela inofficiosi aduersus heredem scriptum, qui ex testamento extitit, vel factus est heres. Exheredari potest postumus, licet nihil male mereri possit de patre, quem nunquam vidit, quia scilicet, in perpendenda causa exheredationis non tantum inspiciuntur merita exheredati, sed etiam merita matris, & sæpe, qui est bene meritus, iure exheredatus censetur, si mater fuerit male merita, vt si dicatur ex adulterio susceptus, quod tamen nondum probatum sit, *l. 3. §. si emancipatus, de bonor. possess. contra tab.* Quid autem fiet, si instituti sint postumi, vel si institutus sit postumus: nam in institutione, & in legato, & in tutela appellatione postumi, etiam plures continentur, & qui postumum instituit, vel postumo legat, vel tutelam dat, pluribus natis, omnes instituisse, omnibus tutores dedisse, legasse omnibus videtur, *l. qui filiabus §. 1 de legat. 1. l. 7. de rebus dub. l. si quis ita §. 1. D. de test. tut.* Quod non ita obtinet in exheredatione, quę est damnosa: nam postumo exheredato, plurib. natis nemo exheredatus intelligitur, *l. 2. de lib. & post.* Si igitur postumus & simul filius iam natus instituti sint ex æquis partib. filius suus patri extitisse heres intelligitur ex asse, nullo nato: & si medio tẽpore decesserit, intelligitur integrã hereditatem transmisisse ad heredẽ, quasi quæsitã iure ἀναφάνσεως, existentiæ. Et hoc cõstat inter omnes, *d. l. cum quidam §. suum: l. illud, si pars hered. pet. in princ.* Et consequenter, si filius suus interim petierit à possessore totam hereditatẽ, vel si ab hereditario debitore petierit totũ id, quod patri debitum erat, nullo nato, recte egisse videtur, & si victus fuerit, videtur rem totam amisisse, *l. si pater, de solut. inf.* Et hoc, si postumus non nascatur. Quid fiet, si vnus, duo vel plures nati sint? pro qua parte interim filius heres extitisse intelligetur? Hac in re videtur fuisse controuersia inter IC. & ita etiam Accurs. affirmat: Nam aliud refertur ex Pomp. in *l. cum quidam §. suum,* aliud ex Sabino & Cassio in *l. 28. §. vlt. de iudic.* cui est coniũgenda *l. 3. si pars hered. pet.* Et Pompon. hac de re argumentatur à toto ad partem, quod solet eadem esse ratio totius, & partis, hoc modo: si nemine nato filius intelligitur heres extitisse ex asse, *ergo,* pari ratione seruata vno nato, intelligetur heres fuisse ex semisse, duobus natis, ex triente, quia scripti sunt ex æquis partibus, tribus natis, ex quadrante, quatuor natis, ex 5. parte, itemque ex sexta parte. & si medio tempore decesserit partu nondum edito, pro numero eorum, qui nati sunt, intelligitur vel semissem, vel aliam portionem transmisisse in heredem suum, *d. §. suum:* & si interim petierit totã hereditatẽ vel totum, quod patri debebatur, antequam certum esset, quot essent nascituri, nec obtinuerit, quidã auctores, vt est proditũ in *l. si pater, de solut.* dicebãt, nihil eũ perdidisse: puto, quia etsi petierit totũ, non videtur petiisse partẽ, cuius erat incertus, *d. l. si pater.* Sed horũ opinionẽ improbat Iulian. merito *d. l. si pater,* & ait: eũ perdidisse petendo totũ medio tempore eam partem, ex qua heres fuit, antequã certum esset, neminem nasci, aut tot nasci. Pro qua autẽ parte interim fuit heres? Iulianus nõ definit palã, sed ait interim: vel igitur fuit heres ex semisse, ergo vnus tantũ nasci potuit: vel ex triente, ergo duo nasci potuerunt: vel ex quadrante, ergo tres: vel ex quinta parte, ergo quatuor. Et ita ponit Iul. sed nihil definit, id est, non definit, pro qua parte interim videatur fuisse heres. hoc tantũ statuit: interim pro parte tantum eum fuisse heredẽ videri, & cum partem amisisse petendo totum, non obtinendo. Verũ ex *d. §. suũ,* intelligitur Iulian. probasse opinionẽ, quæ tribuitur Sabino & Cassio in *l. 28. §. vlt.* à quibus etiã Iul. profectus est, vt scil. interim filius intelligatur heres fuisse vno nato, non ex semisse, vt Pompon. di-

A cebat, sed ex quadrante, etiamsi vnũ tantum mulier paritura sit. Ergo tres nasci potuerunt. Et hoc accidit non rarò, vt nascantur tres: vltra tres nasci rarũ est, & portentosum, *l. vtrum, de rebus dub.* Et Iureconsulti non spectãt ea, quæ raro eueniunt, idcirco non spectant quinque nasci posse, vel quatuor, vel 7. vel 9. vel 11. Picus Mirandula in hymnis scribit, sua ętate Dorotheam quandam gemino partu genuisse 20. vno 9. altero vndecim. Septenos tantum genuisse mulieres IC. prodiderũt in *l. 3. si pars hered. pet.* quod portentosum esse putant, & hæc, quæ portentosa sunt, non spectant, sed tres posse nasci spectant, & ideo interim filio superstiti designant quartam partem tantũ, quæ tamen postea vel crescat pluribus natis, *d. l. 3. & 4. si pars her. pet.* Et ideo, si filius superstes interim moriatur,
B videtur tantum transmisisse in heredem suum quadrantem, qui tamen similiter postea crescere, vel decrescere poterit. Interim non poterit hereditatem petere nisi pro quadrante, & si petierit assem, nec vicerit, quadrantẽ videtur perdidisse. Atq; ita, si & in suo hæc opinio vera est, non erit eadem ratio totius & partis, non valebit argumentũ Pomponij à toto ad partem, quod etiam nonnunquã fallit in iure, vt in casu *l. ex mille, de euiction.* Quid ergo? Dicesne hac in re pugnare inter se Iureconsultos? Dicesne *d. §. suum* pugnare cum *d. l. 3. si pars her. pet. & l. 28. §. vlt. de iud.* Quod facile quiuis crederet statim, sed valde probabo, si dixeris, *§. suum,* locum habere in suis, de quibus etiam loquitur nominatim, ergo ignorantes heredes existunt: & ideo, si nullum est paritura mulier, tacito iure
C heredes existunt ex asse: si vnũ est paritura, ex semisse: si tres, ex triente, quandoquidem cum postumo pro parte heres fuisset scriptus ex æquis partibus. lex 28. locum habet tantum in emancipatis, vel extraneis heredibus, vt sc. interim non possint adire hereditatem nisi ex quadrante. Et hac distinctione adhibita non infirmabitur argumentum à toto ad partem, quod notandum. Et hæc, quæ diximus de filio, & postumo heredibus institutis ex æquis partibus, & de differentia, quæ eo casu intercedit inter suum & emancipatum, locum etiam habent, si pater intestatus decesserit relicto vno filio, & vxore prægnante: namque ab intestato æquales partes fiunt, & ideo nullo nato filius suus intelligitur heres extitisse ex asse, vno nato ex dimidia parte, pluribus natis pro
D numero natorum, *d. §. suum, & l. intestato §. est autem, de suis & legitim.* Emancipatus autem, siue nascatur postumus, siue non, interim adire poterit pro quadrante tantum, qui tamen crescere poterit, & decrescere, *d. l. 3. & l. seq. ff. si pars heredit. pet.* Erit in emancipato idem stylus indistincte, siue heres institutus fuerit cum postumo ex æquis partibus, & hereditatem adierit: namque adibit pro quadrante tantum, siue pater intestatus decesserit relicta vxore prægnante, & filius emancipatus item petierit bonorum possessionem vnde legitimi: namque adire potest ex testamento, vel bonorum possessionem petere pro quadrante, etiamsi incertum sit, quot sint nascituri, id est, etiam si plane nesciat suam partem, modo certus sit de
E eo, quod agit, modo cætera sciat, quæ eum scire oportet, veluti delatã sibi hereditatẽ morte patris, *l. illud §. 1 si pars hered. pet.* Et ita hæc differentia quam ostendi, valet inter suum & emancipatũ etiam ab intestato. Verum nulla est differentia inter suũ & emancipatum, si filius sit institutus ex certa portione, veluti ex triente: nam vno vel plurib. natis nihil refert; ex ea tantũ portione filius suus extitisse intelligitur. Emancipatus, si adierit hereditatẽ, quæsiisse intelligitur, residuũ seruatur postumis; nullo autem nato, ex asse hereditatem acquisiisse intelligitur, *l. illud §. 1.* quasi ab initio asse relicto, *l. vtrum, de rebus dub. l. hered. de acq. hered.* causa testati trahente ad se causam intestati, vel heredi scripto ex certa portione accrescente residua portione, quæ deficit nullo postumo nato. Et idem quod diximus in filio emancipato, obtinet in extero herede scripto: nam ab intestato exter non venit.

Ad l. 26. si quis omis. caus. testamenti.

Iulianus scribit, patrem qui filiam sibi substitutam iussit adire hereditatem, legata, quæ ab ipso data sunt ex sententia edicti, præstiturum: quoniam filia patri substituitur in casu, vt non arbitrium eligendi relinquatur, sed si varia legata supra dodrantem data sint, eorum prius rationem habendam, quæ à filia relicta sunt: non enim caret dolo pater, qui honore proprio omisso, propter compendium alienam institutionem maluit. Denique si filiæ pater substitutus adiit hereditatem, nihil eum dolo facere Iulianus existimat: quia nemo filiæ patrem contra votum parentum substituere videtur, sed vt arbitrium eligendi relinquat.

HEredes sæpe instituimus eos, qui & ab intestato heredes nobis erunt ex equis partibus. Quid ergo? frustra igitur eos heredes instituimus? imo vero non frustra, quia ideo instituimus, primū vt iudicio nostro honoremus; est enim institutio honor: deinde, vt oneremus legatis, vel libertatib. relictis, quib. onerari non possent codicillis factis ab intestato, §. *præterea, Instit. de fideicomm. hered.* nihil in codicillis directe factū valet, si fiāt ab intestato, vel si facto testamento non cōfirmentur. Et hinc ex iis pleriq; heredes instituti, qui & lege nobis essent heredes sine testamento, vt ea onera vitent, omittunt causam testamenti, spernunt testamentū, & amplectuntur hereditatem ab intestato, ne scil. præstent legata testamento relicta, quæ scil. ab intestato non debentur. In quo Papin. indicat esse compendium, quoniam integram hereditatem capiunt ab intestato sine delibatione vlla, & ita fraudem faciunt legatariis, & voluntati defuncti. Quamobrem huic fraudi, doloq; malo occurrit prætor hoc edicto, *si quis omissa causa.* Quomodo occurrit? data in eos vtili actione legatorū, causa cognita, perinde atq; si ex testamento essent heredes. legata non debentur nisi ex testamento. testamentum nullum est, quia omissum est, desertum, destitutum: ergo non debentur. Sed hoc edicto dolus vindicatur eius, qui omisit testamentum in necem legatariorum, ita scil. vt perinde obligetur legatariis, atque si ex testamento hereditatem quæsisset. Est etiam edicto locus in substitutis, qui prætermissa substitutione ab intestato hereditatē capiunt, vt loquitur, *l. si ab instituto, hoc t.* nam & substituti instituti sunt. Quid est substitutio? Institutio, quæ fit in locum alterius institutionis. vel latius, institutio heredis quam quis facit sibi, vel liberis suis, non habentibus ius testamentum faciendi, & heredis instituendi sibi, in hunc casum, si anterior institutus defecerit. liberis suis, in hunc casum, si ante moriantur, quam ius habuerint heredis instituendi. Est etiam huic edicto locus in patre, qui potuit quærere hereditatem defuncti per filium institutum: & in domino similiter, qui defuncti hereditatem quærere potuit per seruum heredē institutum, & non iussit adire hereditatem: iussum exigitur patris vel domini. non iussit autem adire ex institutione filiū vel seruū dolo malo, vt vel ipso iure ab intestato succederet defuncto, vel filius omisso testamento, *l. 1. §. 1. l. si filius meus, hoc tit.* Et huius rei inspectio proprie pertinet ad h. *legem Iulianus*, quæ merito subiicitur legi præcedenti. lex, quæ præcedit, est de domino, lex sequens est de patre. proximitas siue confinium vtriusque demonstrat hac in re nullum esse discrimen inter dominū & patrem. Exponamus primum speciē in domino. Dominus heres est institutus, & seruus eius substitutus est ei, & ab vtroq; sunt legata relicta: dominus noluit adire ex institutione dolo malo ne præstaret legata à se relicta gradu institutionis, quasi destituta institutione destituatur & id omne quod ei adhęret: nihil egit. nam ea legata præstabit ex sententia eius edicti, salua tamen Falc. nec enim amittit Falcid. quamuis id egerit, vt interciderent legata, & quātum in eo est, interciderunt, *l. duo §. vlt. hoc tit.* Nunc po-

A namus speciē in patre eodem modo: Pater institutus est heres, filius ei substitutus est, ab vtroq; relicta sunt legata: pater noluit adire ex institutione, iussit filiū adire ex substitutione. præstabit legata nō tantū relicta à substituto, sed & legata relicta ab instituto, quia filius vel filia substituitur patri: non vt arbitriū eligendi eis relinquatur, vtrum ex institutione suo nomine hereditatē acquirat, an per filium ex substitutione: nō, inquam, vt ei relinquatur arbitrium quærendæ hereditatis ex institutione, vel ex substitutione, vtrum maluerit, sed filius vel filia substituitur patri in casum, puta, si acciderit, vt pater non possit adire, vel si pater ante aditam hereditatem mortē obierit. Et ita dixit in casu *l. 1. §. 1. vt leg. nom. cau. l. filium §. 1. de fideic. libert.* aliter in euentu, *l. sed etsi dimisit, in fi. de acq. hered.*
B Ergo pater, qui omisit institutionem, & filium substitutum sibi iussit adire ex substitutione, legata à se relicta etiam præstat ex sententia huius edicti. Ergo non caret dolo pater, qui honore suo omisso, id est, neglecta institutione, mauult alienam institutionem, id est, substitutionem filij, cuius emolumentum ad eum redit, qui affectat compendium illud, hoc est, integram hereditatem sine delibatione legatorum. Et potest hæc sententia aptari multis casibus, & aptari audiui in Senatu contra aliquem, qui quod compendiosior esset cathedra iuris ciuilis, optabat deponere cathędram iuris canonici. Si non caret dolo malo pater, ergo incidit in hoc periculum, & perinde obstringitur legatis à se relictis, atque si institutionem suam non omisisset, hoc est, si honorem suum non spreuisset.
C Dices. Pap. scripsit esse ex sententia edicti. imo est ex mero iure, hoc est, constitutione Seueri, qui vult, vt legata relicta ab instituto, debeantur à substituto, *l. licet, de leg. 1. l. si Titio §. Iulianus, de leg. 2. l. non iustam, C. ad Treb.* Legata sunt relicta à patre instituto, ergo debentur à filio substituto, vel ab eodem patre instituto, ad quem redit commodum omne substitutionis. Hoc igitur ex constitutione Seueri: nam vltra sententiam edicti, vltra edictum ita ius se habet, cui obiectioni vt respondeam, sunt distinguenda tempora. Quod est scriptum in *l. præced.* est ex Celso: quod in hac l. *ex Iuliano*, quorum ætate, legata relicta ab instituto non debebat substitutus, *d. §. Iulianus*, sed post constitutionem Seueri, aliter, *l. Celsus §. vlt. eod.* nondum exierat constitutio Seueri. Celsus & Iulianus non habuerunt notitiam constitutionis Seueri,
D cui fraudi obuiam it prætor. Verum adiicitur etiam in hac priori parte huius l. si legata sint relicta tam à patre instituto quā à filio substituto, & pater omissa institutione iusserit filium adire ex substitutione, & vtraq; legata simul iuncta excedant dodrantem, ita vt interueniat Falcidia, Pap. ait, prius haberi rationem legatorum relictorum à filio vel filia substituta patri, hoc est, solui prius ea legata, si sola non excedant dodrantem, separata à legatis relictis à patre, & deinde ex legatis relictis à patre instituto detrahetur Falc. quia per se sola, quæ vel sunt relicta ab instituto, vel à substituto, non excedebant modum legis Falcidiæ: iuncta excedebant, sed non cōmiscebantur. Prius enim habebitur ratio legatorum relictorum à filio, & persoluentur non detracta Falcid. si non excedant do-
E drantem, deinde ex legatis patris detrahetur Falcid. Sed huic sententiæ obstat *l. Nesennius §. pen. ad l. Falc.* quæ lex loquitur quidem non de patre, sed de domino, quod idem est. Verū ait d. lex, prius solui debere legata relicta à patre vel domino herede instituto, & tunc eorū legatorum rationem haberi, quæ relicta sunt à filio vel seruo: nihil est, quod magis aduersari possit Papin. Ratio concordiæ sumenda est ex ea distinctione temporis, quam exposui ante. Ea lex *Nesennius* est Pauli, cui non erat incognita cōstitutio Seueri, erat ignota Iuliano & Celso. Nunc dicam, in *h. l.* prius habetur ratio legatorū relictorum à filio substituto, quæ ipso iure debentur, cum ex substitutione adita sit hereditas: legata autem relicta à patre instituto, ipso iure non debentur ante constitutionem Seueri, sed debentur ex mente huius edicti: & rursus ex mente, non

ex verbis. In *l. Nesennius*, legata relicta à patre instituto A vel domino, ipso iure debentur ex constitutione Seueri, & priora sunt, quæ relinquis ab instituto: posteriora, quæ relinquis à substituto. Ergo merito priorum prior habetur ratio, cum vtraque ipso iure debentur: nihil est euidentius. Posuimus casum in patre herede instituto, & filio ei substituto, patrem omisisse institutionem, filium adiisse ex substitutione iussu patris, nec de eo casu quicquam amplius restat. Sed quæritur, *quid sit dicendum è contrario, si filio heredi instituto, substituatur pater, & pater non iubeat filium adire ex institut. sed adeat ipse suo nomine ex substitutione, an præstabit legata à filio relicta?* Et ait prudentissime Papinianus, non præstiturum legata patrem à filio relicta ex sententia huius edicti: quia hoc edicto dolus tantum vindicatur, & hoc casu dolo caret B pater, qui mauult adire ex substitutione, quam filium ex institutione. Sed ostendo dolo carere patrem, & priore casu dolo factum videri. Ratio est elegans: est quidem pater substitutus filio, sed non est proprie substitutus. Nam substitutio est, quæ confertur in casum, *si telle chose aduient*, veluti, *si filius prior decesserit superstite patre.* quomodo accipies hanc patris substitutionem? Erit præpostera substitutio patris, erit contra naturam, contra commune votum parentum: nam illi volunt, vt superstites sint filij illis. Nec videtur hoc cogitasse, rem non naturalem, nec optabilem parenti, qui cum substituit filio. Ergo non videtur substituisse patrem filio, vt plane ita C haberetur, sed vt ei relinqueretur arbitrium eligendi: nihil gestum contra voluntatem eligendo substitutionem. Ergo hoc maxime voluisse videtur testator, *l. 1. §. si proponi. hoc tit.* Idem institutus est, & sibi ipsi substitutus, quod quandoque fit recte, *l. sed etsi plures §. vlt. de vulg. subst.* Ab institutione relicta sunt legata, à substitutione forte nulla. substitutio est compendiosior, omittit institutionem, & amplectitur substitutionem, an incidit in hoc edictum? minime, quia ei potestatem eligendi testator reliquisse videtur: dolo caret, qui sequitur voluntatem defuncti.

Ad leg. peculium 65. de leg. 2. D

Peculium legatum augeri, & minui potest, si res peculij postea esse incipiant, aut desinant. Idem in familia erit, siue vniuersam familiam suam, siue certam veluti vrbanam, aut rusticam legauerit, ac postea seruorum officia, vel ministeria mutauerit. Eadem sunt lecticariis aut pedissequis legatis.

§. 1. ¶ *Quadriga legatum, equo postea mortuo, perire quidam ita credunt, si equus ille decessit, qui demonstrabat quadrigam. sed si medio tempore deminuta suppleatur, ad legatarium pertinebit.*

§. 2. ¶ *Titio Stichus legatus, post mortem Titij libertatem accepit, & legatū adita hereditate, & libertas post mortem Titij competit. Idemq; est, etsi moriente Titio liber esse iussus est.*

§. 3. *Si tamen Titio ex parte herede instituto, seruus legatus sit, & post mortem eius liber esse iussus sit, siue adierit hereditatem Titius, siue non adierit, post cuius mortem libertas ei data est, defuncto eo libertas competit.* E

MVltum interest, quæ res cuique legetur, quove nomine, communi an proprio. Aut res vna legatur, aut plures; si plures, aut sigillatim propriis nominibus, aut generatim & vniuersæ: si sigillatim res legentur, quot sunt res, tot legata sunt, vt in stipulationibus, *l. scire, de verb. obligat.* Si vno nomine res plures legentur, vt si grex legetur, aut peculium, vnum est legatum, *l. 9. hoc tit.* Enumeratio singularum rerum scindit legatum. Verbum generis contrahit legatum. Vnum autem legatum pro parte agnosci, pro parte repudiari non potest. Plura si sint legata, vnum agnoscere, alterum repudiare nihil vetat. Ac rursus res singulæ, aut eiusmodi sunt vt minui vel augeri non possint, vt

si legetur homo: aut sunt eiusmodi, vt minui vel augeri possint, vt si legetur fundus, augetur alluuione, minuitur eluuione, *l. 21. h. t.* Idem erit, si grex legetur, legatū augetur aucto grege, minuitur minuto grege, *l. 22. de legat. 1.* Idem est etiā, vt hic ostēditur, si legetur peculiū. Nam peculiū etiā accessionē & decessionē recipit, §. *si peculium, Instit. de legat.* Atq; ita sicut res singulæ, aliæ augeri, & minui non possunt, vt homo, aliæ possunt, veluti fundus: ita res vno & generali nomine comprehensæ, aliæ minui, vel augeri possunt, vt grex, vt peculiū, addamus etiam familiā ex hac lege. Nam legatū familiæ minuitur, si legata familia vrbana, quidā ex seruis vrbanis ad opus rusticum transferantur, & augetur, si ex rure quidā in vrbē transferantur. Familia est vniuersitas seruorū, quo nomine vtimur etiā hodie, demōstrando eos, qui apparent iudicibus, apparitores, quod essent olim serui publici. Hoc autē loco Papin. ait, familiam diuidi in officia & ministeria, prętermittit artificia. Igitur textor, fullo, faber, nō videntur esse ex familia, & nō sunt in ministerio & in officio: nam familia diuiditur tantū in ministeria & officia. Ostiarius est in officio, vt dispēsator, vel atriensis. In ministerio est is, qui est ab argento, à scyphis, à poculis. ministrat, qui honoratior existimatur cæteris, sicut actor etiam qui administrandarū rerū dn̄i officio incumbit, cæteris honoratior est, *l. 51. de man. test.* Subiicitur autē in hac lege, legatis quoque seruis lecticariis, aut pedissequis, etiam legatū minui posse, si quidam ex his ad aliud ministerium transferantur viuo testatore. Plerumq; autem legabantur octo lecticarij, *l. 4. & 8. §. 1. de leg. 1.* Mart. *Octo Syris suffulta datur lectica puellæ.* Vel sex qui dicuntur ἑξαφόροι. Pedissequi autem, qui comites dicuntur, & pædagogi, plerumq; legabantur 10. & inde optio legata 10. seruorum, *l. pen. de opt. leg.* Sed quod attinet ad optionem seruorum ad lecticam: si decem ad comitatum, nullus est labor: sed quid si legetur optio seruorum simpliciter, quot eligi poterunt? Et definitur *l. 1. eod. tit.* tres tantum eligi posse, quod congruit maxime frugalitati veterum. Athenæus lib. 6. ait Cæsarem in Britannica expeditione, habuisse tantum tres seruos. Valer. 4. Catonem superiorem ait, Hispaniam rexisse comitatum tribus seruis: nec ergo, cui seruorum optio legata est, plures quam tres optare potest. Aliæ igitur res sunt vno & generali nomine comprehensæ, quæ quandoque augmentum & decrementum non recipiunt, & sumito exemplum ex §. *quadriga.* Quadriga legata est, vnus equus periit. videndum est, qualis ille equus fuerit: nam si fuerit eminentior equus, vt est in Basilicis: omnium pręstātissimus, qui demonstraret quadrigam, hoc est, ex quo potissimum quadriga clarescat, si equus perierit, extinctum potius, quam minutum legatū videbitur. ergo cęteri equi non debebuntur: si suppleatur autem ille equus viuo testatore, redintegrabitur legatū. Cæterum superstite illo equo, qui demonstrabat quadrigam, & altero perempto, legatum deminutum intelligitur, non extinctum. maxima igitur eius pars superest. Scio de quadriga quęri inter alios professores, an quadriga intelligatur sine rheda? Id vero nemo melius expedire possit, quam Iureconsultus. Quadriga intelligitur sine curru. Fateor quadrigam haberi, vt iungatur ad currum, sed nego ita quadrigā accipi, quasi iunctam currui, alioqui quadriga legata deberetur currus, quod est falsum: nam neq; legatus est, cum quadrigæ nomine contineantur equi quatuor, *l. si id quod, pro soc. l. 10. §. vlt. quib. mod. vsusfruct. amitt.* Et non cedit legato quadrigæ currus, vt pars vel accessio. ergo per se intelligitur, quoniam per se currus alia res est, sine qua quadriga intelligitur, licet ad currū iungi soleat, sicut argento legato non cedit arca, *l. argent. de legat. 3. l. 3. §. vlt. de pen. leg.* Deniq; quadriga est nomen numeri, idque intelligitur perspicue translato eo nomine quadrigæ ad alias res, non ad equos, vt cum Varro ait, *esse quadrigam initiorum, corpus, locum, tempus, actiones*, & Vopiscus, *quadrigam tyrannorum vo-*

cat, & Hieron. ad Iouin. *quadrigam virginum*, *quatuor filias Philippi*, de quibus in act. Apostol. ad Paulinam, *quatuor easdem quadrigam domini, & quadrigam sanctitatis*.

Quod in vltima parte huius legis Papinianus tractat, pertinet ad hanc speciem: Seruum legaui Titio, & ei seruo post mortem legatarij dedi libertatem directam, hoc modo, *cum morietur Titius, liber esto*. quæritur, *an valeat legatum serui, cui est legata directa libertas?* Namque videtur non valere secundum id quod dicitur, efficaciorem esse libertatem legato, puta si idem seruus legetur, & liber esse iubeatur. siue prius sit legatum, siue posterius, dicimus, prius adscriptam libertatem esse priorem, nisi fuerit euidens voluntas testatoris, qui legato posteriore voluerit adimere priorem libertatem, quoniam hodie potest adimi libertas, olim non potuit, *l. 14. & l. legatarius, hoc tit.* videlicet, si idem seruus sit legatus, & liber esse iussus simpliciter: sed si iussus sit liber esse post mortem legatarij, vel cum morietur legatarius, vtrumque valet, legatum valet adita hereditate, libertas valet mortuo legatario, atque ita tacite legatum videtur relictum ad tempus. Et idem esse ait Papinian. si quis sit heres institutus ex parte, & ei sit legatus seruus à coherede, & post mortem eius eidem seruo sit relicta directa libertas: nam etiamsi hic heres, idemque legatarius non adierit hereditatē, capiet legatum serui, sed euanescet legatum eo mortuo: interim valebit, etiamsi ipse non adierit hereditatem, vt confirmat *l. si seruus, & seq. de vulg. substitut. & l. qui filio, in princip. de hered. instit.* vbi ponitur seruo legato non tantum data libertas directa, sed etiam hereditas filij impuberis, hoc est, ponitur seruus legatus substitutus pupillo à patre post mortem legatarij, vel etiam post mortem impuberis; euanescit legatum existente conditione substitutionis; consistit interim, non est igitur prorsus inutile tale legatum. Et hoc voluit Papin. non consumpsit omnino legatum libertatis datio. Obstat *l. si post mortem, §. pen. de legat. 1.* Lex idem omnino ponit, seruum legatum Titio, & post mortem Titij seruo adscriptam directam libertatem, & ait, inutile esse legatum, quia certum est, inquit, Titium moriturum; ergo competituram libertatem, si modo seruus superuixerit Titio. Igitur certum est, Titiū moriturum, sed non est omnino certum competituram libertatem. Quid enim si præmoriatur seruus? Ergo, vt ait, legatum est inutile, & tamen hic Papin. ait competere, hoc est, deferri adita hereditate, valere statim, atque adita est hereditas. Res non est difficilis, si quod ait *l. post mortem §. pen.* & in hoc §. conferatur modo hic casus cum casu, qui præcedit: nam habita ratione ad casum, qui præcedit, hoc casu legatum est inutile. Duo sunt casus in illo §. *vlt.* Prior est, quem ita demonstrat: legaui Titio seruum pure, & ei dedi libertatem sub conditione: hoc casu ait, legatum non valere adita hereditate, si pendeat conditio, sed esse in suspenso, legatum pendere. non possumus dicere id esse vtile abscise, vel esse inutile, quia pendet: videtur enim legatum relictum sub contraria conditione. Ideoque si existat conditio libertatis, perimitur legatum: si deficiat, pertinet ad legatarium. Ergo legatum est conditionale, ac proinde, si medio tempore moriatur legatarius, non transmittit legatum ad heredem suum. Posterior casus hic est: legaui seruum Titio pure, & post mortem Titij seruo dedi libertatem, quærebatur in *d. l. si post mortem §. penult.* an etiam hoc legatum esset conditionale propter transmissionis causam? Et lex ait, esse inutile, non esse conditionale, sed statim pronuntiari inutile, non quod eo interim non fruatur legatarius, sed quod futurum sit, vt euanescat præmortuo legatario.

Ad l. 5. de seruit. leg.

Etsi maxime testamenti factio cum seruis alienis ex persona dominorum est, ea tamen, quæ seruis relinquuntur, ita valent, si liberis relicta possent valere: sic ad fundum domini via seruo frustra legatur.

PRoponuntur in hac lege duæ regulæ. Vna est vetus regula iuris antiqui, cum seruis alienis esse testamenti factionem ex persona dominorum, *l. 12. §. res, de leg. 1.* Altera regula est noua, introducta à Iuliano Iureconsulto, quæ preceptū dicitur in *l. debetur §. pen. de legat. 2.* Regulæ iuris sūt precepta iuris. Hęc tria illa præcepta, *honeste viuere, alterū non lædere, ius suum cuique tribuere*, sunt summę regulę iuris. Primo prohibemur ab iniuria, quam inferimus nobis ipsis, ne mortem nobis consciscamus, ne dissolute vitam agamus, ne vllo nos contaminemus stupro, ne vllam nobis infamiam contrahamus. Secundo & tertio præcepto, prohibemur ab iniuria, quā inferre possumus alteri. Secundo, ne quid adimamus alteri, ne vitā ac honorem iniecta contumelia. Tertio prohibemur, nę quid retineamus ex alienis, ne depositum non reddamus, ne debitum non soluamus, ne legatum à nobis relictum non prestemus. Verum ad rem. Seruus non habet ius stipulandi, nisi sit seruus eius, qui stipulari possit, *initio tit. de stipulat. seruor.* Et similiter seruus heres institui non potest, nisi & cum domino eius nobis sit testamēti factio, *d. regula.* Et quod dicitur in *l. filiusfamil. qui testam. fac. possunt*, seruum alienum habere testamenti factionem, sic accipiendum est, si & dominus eius habuerit: nam ex persona dn̄i seruus vel capax esse intelligitur, vel incapax: imo nec videtur esse seruus, nec vlla esse persona serui, nisi per personam domini: seruo enim dominus personā imponit suā, alioqui pro nullo habetur: potest seruus esse sine domino, & is plane pro nullo habetur: nam non est, ex cuius persona ipse personā suscipiat, nec vero suscipere ex alio potest quā ex domino, cuius in potestate est. Et hæc est vetus regula iuris ciuilis, quæ proponitur initio huius leg. Ait cum *seruis alienis*. Cū seruis propriis autē non est testamenti factio, quia nec cū nobis ipsis: cū seruo meo non est mihi testamenti factio. At cum libertate, id est, si seruo meo adscripsero libertatem, est testamenti factio. & similiter adscripta libertate fideicommiss. mihi cum seruo eius, cum quo mihi testamenti factio non est, testamenti factio est. Huic veteri regulæ subiicitur in hac lege noua regula, Iuliani esse colligo ex *l. debit. 82. § seruo alieno, de leg. 2.* Regula hęc est: in legatis, serui persona inspicitur. abutimur nomine personæ. Vel sic: ex persona serui legatū, quod ei relinquitur, ita vires accipit, id est, id demū seruo recte legatur, quod & ei libero possit legari; & cōtra, seruo nō legatur recte, quod ei libero nō possit legari. Ex causa igitur ciuili æstimatur, seruo recte legetur necne, sicut dicitur in *l. nō solū §. vlt. de pecul.* ex causa ciuili ęstimari, an seruus dn̄o obligetur. Causa ciuilis est ex qua ciues Romani, vel liberi homines alij secundum ius suæ ciuitatis obligantur. Mutuum facit debitores liberos homines. ergo & seruum. nuda ratio non facit debitorem liberum hominem, puta si quis rationibus suis præscribat, se aliquid debere Titio, cum omnino nec mutuum acceperit à Titio, nec vlla causa debendi præcesserit. nuda illa ratio non facit debitorem, *l. nuda, de donat.* quod & comprehendit *d. l. non solum*, nuda ratio non facit donationem, vt scilicet videatur donasse, cum scripsit se debere, quia donatio traditione perficitur, & nuda illa scriptura non habetur pro traditione: sunt fictæ traditiones quædam, vt retentio vsusfructus pro traditione habetur. Si donauero, & retinuero vsumfructū *l. quisquis, C. de donat.* Precarij conuentio, quę fit hodie frequenter, pro traditione habetur, vt si constituam me precario possidere, me impetratam

possidere abs te rem, quam tibi donatam volo; sed nuda scriptura pro traditione non habetur: denique nuda ratio donatorem non facit liberum hominem; nuda ratio liberum hominem nō facit debitorem; ergo nec seruum, quæ est sententia *d. legis non solum* §. *vlt.* Ac rursus libero homini non potest legari via ad fundum alienum. ergo nec seruo ad fundum domini. certe non ad fundum extraneum, imo nec ad fundum domini, quia fundo alieno per non dominum non potest acquiri seruitus, imo nec communi fundo per vnum socium, *l. proprium*, *com. præd.* Vnde notandum est valde, testamenti factionem esse separandam à rebus singulis, quæ seruo alieno legantur: sunt duæ regulæ separatæ. vna est de testamenti factione, altera de rebus singulis seruo alieno legatis. Separatio hæc est: testamenti factio est cum seruo alieno ex persona domini, si & cum domino sit testamenti factio: legatum autem rerum singularum in seruo alieno consistit ex persona serui, non ex persona domini, non consistit ex persona domini: Nam etsi domino, ea quæ legantur non possint legari, seruo tamen eius legantur vtiliter, si modo liber factus ea capere possit: vt res propria domini certe domino legatur inutiliter, seruo eius legatur vtiliter, & effectum habet legatum, si manumissus fuerit ante diem legati cedentem. Item quod domino pure debetur, frustra legatur. quod debetur sub conditione, recte legatur: quia legato inest commodum repræsentationis, quia ex eo legato capiet statim, quod non caperet, antequam existeret conditio, *d. l. debitor, in princ.* sed quod pure debetur, domino frustra legatur, seruo tamen eius frustra non legatur, & valet legatum, si die legati cedente liber inueniatur. Ergo legatum seruo alieno relictum consistit, si hic liber factus capere possit, licet dominus eius capere non potuerit, vt contra legatum relictum seruo alieno non valet, si liber factus id capere non potuerit: vt si legetur ei via ad fundum domini, quamuis dominus id capere potuerit. Denique vt legem seruo alieno, desidero quidem, vt eius dominus sit capax, id est, vt sit cum eo testamenti factio. non desidero, vt rem quæ legatur, dominus eius iure legati capere possit: satis est, si in vniuersum censeatur esse capax. Diximus seruo alieno frustra legari viam ad fundum domini, & legatum relictum seruo alieno valere ex persona serui, non domini. Obstat *l. si vnus ex dominis, de seru. rust. præd. l.* 7. §. *vlt.* & *l.* 17. *de stipul. seru.* quibus locis ostenditur, seruum alienum recte stipulari viam ad fundum domini. Cur non legatur recte seruo aliena via ad fundum domini? Et est profecto verum, quod ait Accurs. hanc esse differentiam inter stipulationem & legatum: sed enarranda est differentiæ ratio. In stipulationibus siue puræ, siue conditionales sint, & generaliter in contractibus, quos omnes stipulatio circumambit, spectari tempus contractus. Valere igitur eas ex persona domini, qui seruum stipulantem eo tempore habuit in potestate: nam stipulatio, etiamsi sit conditionalis, ex eo tempore censetur: & conditio post existens retrotrahitur ad tempus contractus, & hoc commodum omne stipulationis pertinet ad dominum, etiamsi seruus postea manumissus sit. in legatis autem non spectatur tempus, quo legatur, sed spectatur tempus, quo dies legati cedit. Fieri autem potest, vt qui tempore testamenti erat seruus, cuique adscriptum est legatum, die legati cedente, inueniatur liber, & ob id persona serui inspicitur, nec valet legatum ei relictum, nisi & is liber id capere potuit die legati cedente. Ex quo principio iuris, videlicet, vt in stipulationibus spectetur tempus contractus: in legatis tempus cessionis, sequuntur multæ conclusiones: primum, vt stipulatio conditionalis conferatur, id est, vt frater fratribus suis conferat, quod ei debetur sub conditione, quoties agitur de paterna successione. ergo statim dies cedit, licet petitio suspendatur ex conditione, *l.* 2. §. *id quoque*, *de collat. bon.* Item si filiusfamil. sit stipulatus sub conditione, & pendente

A conditione emancipatus sit, deinde extiterit conditio, competit actio ex stipulatu patri, *l. si filiusfamil. de verb. obligat.* legati petitio competeret filiofam. non patri existente conditione post emancipationem. & eadem ratione filiusfamil. de eo, quod stipulatus est sub conditione, pacisci non potest, *l. & heredi* §. *filiusfam. de pact.* de legato pacisci potest. Præterea stipulatio conditionalis transmittitur in heredem: quia statim valet, & ex præsenti tempore censetur, §. *ex conditio. Instit. de verb. obligat.* legatum conditionale non transmittitur mortuo legatario medio tempore. Et hoc est quod dicitur, stipulatorem conditionalem esse creditorem: legatarium conditionalem non esse creditorem, *l. is cui sub conditione, de obligat. & act.* conditionales stipulationes retrotrahi ad tempus contractus, quod obseruari semper volumus, *l. potior* §. *videamus, qui pot. in pign.* Conditio legati non re-
B trotrahitur ad tempus testamenti vel mortis. Item seruus hereditatis (is autem est seruus hereditatis, quæ iacet, id est, quæ nondum adita est) vsumfructum inutiliter stipulatur & pure, & sub conditione. cur? quia vsusfructus non consistit sine persona, & hic seruus personam non habet, nec etiam est, cuius personam sibi adroget, quia iacet hereditas. Legatur tamen seruo hereditario recte, *l. vsumfr. de stip. seru.* Quæ omnia manant ex illo principio, quod in stipulatione spectetur tempus contractus, in legatis tempus quo dies cedit. Ac postremo, si vnus ex sociis leget communi seruo sine libertate, solidum legatum pertinet ad alterum socium, nec cogitur id communicare cum herede socij. cur? quia die legati cedente (quod hodie, & ante leges caducarias cedit statim à morte) illum solum dominum habuit, ei
C soli solidum acquiretur legatum: sed si vnus socius seruo communi stipulanti promiserit aliquid, pars ex qua promissor dominus fuit, non acquiretur alteri, id est, pro ea parte nulla est stipulatio, reliqua pars acquiritur alteri: ergo non solidum acquiritur alteri, quia scilicet tempore stipulationis non hunc promissorem dominum tantum habuit, sed & alterum, aut contra, *l.* 9. § *si seruus, ff. de stip. seru.* Diximus id demum seruo posse legari, quod ei libero legari posset, quæ est regula Iuliani. Obstat huic regulæ quod obiicit Marcellus Iuliano in notis: Seruo alieno ita legatur recte, *quoad seruiat Titio domino suo, l. seruo alieno* 113. *de leg.* 1. Et tamen is seruus liber factus ad huiusmodi legatum nō admittere-
D tur propter illa verba, *quandiu seruiet.* Ergo seruus alienus capit legatum, quod liber factus non caperet: Sunt quidam serui qui manumitti non possunt, vt qui testamento vel pacto sunt prohibiti manumitti, nunquam ad libertatem peruenire possunt, *tit. qui ad libert. per. non.* his tamen recte legatur & capiunt legatum: non valet igitur legatum ex persona serui. Verum hæc argumenta sunt captiosa. Nam & priore casu seruus liber factus caperet legatum, nisi esset apposita illa conditio, (*quandiu seruiet*) hæc enim oratio *quandiu seruiet*) conditionem facit, *l.* 4. *de seruit.* Et posteriore casu si liber fieret, vtique caperet legatum. Est igitur, vt est in *d. l. debitor* §. *seruo alieno*, calumniosa argumentatio, seu nota Marcelli: est enim ille locus de Marcello intelligendus,
E vt constat ex *d.* §. *seruo alieno.* Et verum est, quod Ioannes ait, esse captionem, secundum quid & qualiter, id est, captionem in accidenti & attributo: nam ita Marcellus captionem formauit: id demum seruo legari potest, quod ei libero posset legari. Libero non posset legari *quandiu seruiet*, cum liber sit, non seruus. ergo nec seruo ita poterit legari: hoc autem est falsum, ergo & illud. Vis breuius: si id demum seruo potest legari quod posset libero, non poterit igitur ei legari hoc modo: *Quandiu seruiet domino suo.* Hoc autem est falsum, ergo & illud. Est captio ex accidente. Nam quod in propositione sumitur simpliciter, ei in assumptione adiungitur conditio: non igitur similis assumptio propositioni, quæ res creat fallaciam, & hic est sensus *d.* §.

seruo alieno, in *l. debitor*, vbi refutatur sophisma Marcelli.

Ad l. 12. de his quæ vt indign.

Cum quidam scripsisset heredes, quos instituere non poterat: quamuis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset, heredibus tamen, vt indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem abstulit iampridem senatus hereditatem. Quod D. Marcus in eius persona iudicauit, cuius nomen peracto testamento testator induxerat: causam enim ad præfectos ærarij misit. Verum ab eo legata relicta salua manserunt, de præceptionibus eidem datis voluntatis erit quæstio, & legatum ei non denegabitur, nisi hoc euidenter testatorem voluisse appareat.

DVo proponuntur casus, quibus heredi instituto vt indigno, fiscus hereditatem aufert. indignus heres est, quem testator vel lex iudicauit male meritum esse de defuncto, ingratum esse, immerentem, vel quem heredem instituit, non illicitum quidem eum, sed quem instituere nefas atque pudendum, vt nefas est instituere eam, quam nos in matrimonium iure non capimus, *l. 2. hoc tit.* His duobus casibus testator ipse, quem heredem fecerat, indignum esse honore isto demonstrat: nam indignis heredibus vel legatariis plerumque fiscus adimit bona, quæ & ereptitia dicuntur ab Vlpiano *infragm.* Et fiscus ea eripere dicitur, *l. pen. de iure fisci. l. 26. ad leg. Cornel. de fals.* Et ereptitia etiam communi nomine dicuntur caduca, *d. l. 2. in fine, si quis aliq. test. prob. l. pen. de his, quæ in testam. delent*: nam generali nomine quæcumque obueniunt fisco ex alieno caduca sunt. Strictiori nomine caduca tantum sunt ea, quæ deficiunt mortuo testatore, vt si post testatorem heres moriatur ante aditam hereditatem, atque ita caduci nomen modo generaliter accipitur, modo specialiter: & generaliter acceptum comprehendit etiam ereptitia, id est, ea quæ vt indignis eripiuntur. Male autem Accursius in hac l. confundit incapacem cum indigno; & non in hac l. tantum sed & alibi, & ait, idem ius statuendum esse incapacis & indigni: & peteti exemplum incapacis, dant facile exemplum indigni doctores perperam, & inde fit, vt etiam male Accursius hoc loco scribat, incapacem mero iure heredem esse, quia obstat lex, quæ incapacem facit: ac præterea aditione hereditatis confundi actiones, quæ inter eum & defunctum fuerunt, & incapaci fiscum auferre hereditatem, legata, fideicommissa, quod scriptum tantum est de indigno: confundit titulum præcedentem de his quæ pro non scriptis habentur, cum hoc tit. nam quæ relinquuntur indignis, indigni possunt capere, sed non retinere, *l. 2. hoc tit.* relictum incapaci remanet apud heredem, vel transmittitur ad heredem legitimum sine onere, quia si est pro non scripto, & onus ei adscriptum, pro non scripto est necessario. Indigno autem relictum fiscus aufert cum onere: ne igitur vnquam confundamus indignos cum incapacibus. Verum videamus, qui sint hi duo casus, qui proponuntur in hac l. Primus casus est. Quidam priore testamento instituit heredes capaces, quos instituere per leges poterat, posteriore scripsit incapaces, an posteriore testamento ruptum est prius? Rumperetur si posterius valeret, id est, si ex eo heres existere posset: non rumpitur, quia ex posteriori nemo heres existere potest: namque proponuntur ex eo esse incapaces heredes, qui neque fieri, neque existere possunt. Quæritur, *an heredes scripti priori testamento hereditatem obtinebunt?* Quod videtur, quia prius valet, nec ruptum est, & quandiu testamento locus est, repelluntur legitimi venientes ab intestato. Et sane verum est, heredem fore eum, qui priore testamento scriptus est heres, sed fiscus eripiet hereditatem quasi indigno. Indignus est bonis, quem defunctus iudicauit esse indignum, & alio testamento confe-

A cto, in quo instituit incapacem, prætulit eum incapacem capaci, neque enim ignorabat leges de incapacibus, nec enim poterat ignorare, nec ergo alio fine testatus esse videtur, quam vt notaret, eum esse indignum hereditate sua, quem priore testamento heredem scripserat, non ignorans non valiturum posterius, nec mero iure ruptum iri superius iudicium defuncti: posterius enim si sit inutile, indignum esse coarguit eum, qui vtili testamento scriptus est, id est, priori. Et ita est proponenda species ad priorem partem h. l. nam ponendum est necessario mouisse Senatum vt ita pronuntiaret, voluntatem testatoris: fuisse certa argumenta, quæ probarent testatorem priore testamento heredem scriptum indignum esse censuisse, alioqui iniustum esset Senatusconsultum. Nam potest fieri, vt qui posterius testamentum

B scripsit, ita demum à priore testamento recedere voluerit, si posterius valiturum esset, *l. 18. de legat. 3.* Finge: posteriori testamento eosdem heredes scripsit, & alia quædam mutauit, quædam non mutauit. non valet posterius testamentum, quia omisit solemnia quædam: heredes primo testamento scripti non sunt indigni, qui & priore & posteriore iudicio defuncti probati sunt, & honorati: Vel finge: posteriore testamento scripsit capaces, nec valet testamentum propter omissam solemnitatem quandam, an statim existimaueris priori testamento scriptos esse indignos? Sane non temere, nec enim mutamus testamentum semper odio priorum heredum, sed maiore affectu posteriorum. Vel etiam finge, quod verius est: posteriore testamento scripsit incapaces, ignorans eorum conditionem, errans in facto, veluti

C cœlibem heredem scripsit, qui lege Iulia & Papia est ex incapacium numero, vel orbum, quem putabat esse patrem. non valet posterius testamentum, quia vitiosa est institutio & illicita. An ideo primo testamento heredes scripti iudicabuntur esse indigni? minime. videntur quidem non habere supremam voluntatem defuncti, cum alios heredes scripserit postea, quamuis inutiliter: sed non est vsquequaque verum, quod ait Papin. hoc loco, indignum esse eum, qui non habet supremam voluntatem defuncti, in cuius institutione non perseuerauit defunctus. Nam finge, eum heredem scripsisse, & prius quam moreretur dixisse, nolle eum sibi heredem esse, non fecisse quidem aliud testamentum, sed hoc tantum pronuntiasse, intestatum se mori malle, an heres

D iudicatur indignus, qui non habet supremam voluntatem? minime, *l. militis §. veter. de milit. test.* neque enim iusto testamento data hereditas nuda voluntate adimi potest, *l. pen. quib. mod. testam. infirm.* Vel finge: qui prius testamentum fecerat, cœpit aliud facere, & alios quosdam heredes scribere, nec perfecit testamentum, sed obmutuit forte in medio, morte præuentus. Priore scripti non videntur habere supremam voluntatem, nec tamen sunt indigni, id est, fisco locus non est, *l. ex parte, de adim. leg.* Hoc modo igitur interpretor, indignus est is, cuius odio testator recessit à priore voluntate, quod liquido constet oportet: & constat liquido, si sciens prudensque instituerit incapacem odio alterius, quasi subindicans, si fieri possit, malle esse in-

E capacem, quam capacem: quod etiam fortiter defendi potest idem procedere, si instituerit capacem, si modo id fecerit odio alterius, & omiserit solemnia quædam in posteriori testamento: nam ponendum est semper posterius non valere. Hoc enim casu, si modo probetur testatorem fecisse odio prioris, licet fuerit capax, pro indigno habetur, & aufertur ei hereditas. Non lex tantum, sed etiam voluntas testatoris indignum heredem facit: odium testatoris indignum facit: sed ponendum est, vt dixi, omissa fuisse solemnia quædam iuris in posteriore testamento. Solemnia enim iuris ignorare quilibet potest, præter Iurisconsultos: leges vero, Senatusconsulta, plebiscita ignorare non licet. Qua de causa in testamentis conficiendis adhibebantur semper Iu-

riſconſulti propter formulas, *l. pen.* §. *vlt. de leg.* 2. & dictabant teſtamenta Iuriſconſulti, *l. dictantib. C. de teſtam. l. moris, de pœnis.* dictabant etiam ſtipulationes. Ouid. in Epiſt. Acontij.

Dictatis ab eo feci ſponſalia verbis:
Conſultoque fui iuris amore vafer.

Et in amoribus:

--- Atque eadem conſulti ante atria mittis,
Vnius vt verbi grandia damna ferat.

Ad hæc Accurſ. non male, ad Senatuſconſultum, quod refertur à Papiniano in priori parte huius l. opponit aliud Senatuſconſultum quod refertur in §. *pen. Inſtit. quibus modis teſt. infirm.* quod indiget explicatione. Diuerſi ſunt caſus huius Senatuſconſulti, & illius, ſed in vtroque caſu videtur eadem ratio valere, & affirmatur in vno valere, negatur tamen in altero valere. In caſu §. *pen.* teſtator aliud teſtamentum facere cœpit, nec peregit, veluti quoſdam heredes inſtituit, non omnes, quos inſtituere decreuerat, *l. ſi quis, cum ſeq. qui teſt. fac. poſſ.* In caſu huius legis teſtamentum peregit, ſcriptis heredibus incapacibus, quos ſcribere non poterat. hoc tamen caſu aufertur hereditas priori heredi vt indigno, quia non habet ſupremam voluntatem. ergo eadem ratione in caſu §. *pen.* videtur ei eſſe auferenda hereditas vt indigno, quia teſtator id teſtamentum mutare voluit, & mutaſſet, niſi mors eum præueniſſet. Et ſimiliter, ſi teſtator non cœperit aliud facere, ſed cum vellet incipere, prohibitus ſit ab herede ſcripto, ei vt indigno auferetur hereditas, *l. ſi ſcripto, hoc tit. & l.* 1. *ſi quis alium teſt.* Et ſimiliter ait, quod plus eſt, ſi neque fecerit aliud teſtamentum, neque cœperit facere, neque facere prohibitus fuerit, ſed induxerit, & cancellauerit nomen heredis, ei vt indigno aufertur hereditas, vt non habenti ſupremam voluntatem. Qui eſt poſterior caſus huius l. Cur ergo in *d.* §. *pen.* ſi aliud teſtamentum facere cœperit, nec perfecerit, non adimitur hereditas priori heredi, vt non habenti ſupremam voluntatem, vt indigno ex tacita voluntate defuncti? Poſſet dici, quod Accurſ. tentat, non negari in eo paragrapho, quin ei ſit auferenda hereditas vt indigno, ſi teſtator poſterius facere cœperit, nec morte præuentus id perfecerit: ſed hoc tantum proponi, prius teſtamentum non rumpi, quod & procedit in caſu huius l. Cæterum fiſco locum eſſe, hoc ego nego, non admitto: nam conſiderandum in *d.* §. *vlt.* eſſe ſcriptum, prius teſtamentum in eo caſu non rumpi, & hoc cautum eſſe oratione D. Pertinacis. ergo & Senatuſconſulto: nam omnem orationem Principis ſequebatur Senatuſconſultum: habebatur enim oratio in Senatu à Principe, vel à quæſtore nomine Principis. Quamobrem in iure ſæpe idem modo dicitur factum oratione Principis, vel libello, vel epiſtola, modo Senatuſconſulto. Superuacuum autem fuit Senatuſconſultum & oratio illa, ſi hoc tantum cauit, poſteriore teſtamento imperfecto non rumpi prius perfectum, quoniam hoc erat certiſſimum & vetuſtiſſimum exceptis caſibus quibuſdam. Itaque non hoc tantum voluit Senatus, prius teſtamentum non rumpi, ſed fiſco locum non eſſe, quaſi herede ſcripto in priori teſtamento indigno, aut non habente ſupremam voluntatem. Idque omnino demonſtrat Iul. Capitol. in *Pertinace. Legem tulit, vt priora teſtamenta non prius irrita eſſent quam alia perfecta eſſent, neue ob hoc fiſcus aliquando ſuccederet.* Et ſane cum in eo §. *pen.* ſimilia faciat hæc duo, ſi mortalitate præuentus non perfecerit teſtamentum, & ſi ob id non perfecerit, quod eum huius rei pœnituerit, & conſtet hoc caſu poſteriore, ſi pœnituerit, fiſcum excludi, quia heres priore ſcriptus habet ſupremam voluntatem, conſequens eſt, & priore caſu fiſcum excludi, ſi poſterius teſtamentum non per-

A fecerit morte præuentus, licet prior heres non habeat ſupremam voluntatem. ſed melius eſt, vt eum habere dicas ſupremam voluntatem, cum alia non ſit perfecta, *l. ex parte, de adim. leg.* At in caſu huius l. poſterius teſtamentum fuit perfectum, id eſt, peractum, nec defuere vlla ſolemnia iuris. Incapacitate tantum heredis inſtituti rumpitur teſtamentum, & perit perfecta voluntas ſuprema, quamuis effectu careat: tacite priorem heredem indignum eſſe pronuntiat, modo coniecturæ voluntatis ſuffragentur, & in alio caſu quem attigimus, *l. ſi ſcripto, hoc tit.* heres, qui volentem mutare teſtamentum prohibuit, quamuis videatur habere ſupremam voluntatem, cum alia non ſit ſubſequuta voluntas, id eſt, aliud teſtamentum: tamen vt indignus repellitur propter dolum malum. Et ſimiliter in caſu *l. hereditas, de
B his, quæ vt indig.* heres teſtamento ſcriptus pro indigno habetur, ſi teſtator dixerit palam, eum eſſe indignum & de ſe male meritum, nec tamen fecerit aliud teſtamentum: nam quid eſt euidentius? Ergo inuitatur fiſcus. Et idem etiam ſtatuemus, ſi non facto teſtamento alio, heredis ſcripti nomen induxerit, deleuerit, & ideo ex decreto D. Marci, quod enarratur plenius in *l. pen. de his, quæ in teſtam. del.* hic heres habetur pro indigno, nec videtur habere ſupremam voluntatem defuncti: & ideo fiſcus ad hereditatem vocatur. Alter caſus, ſi conſulto teſtator nomen heredis induxerit, indignus erit heres. plus eſt inducere nomen heredis, quam dicere, nolle ſibi heredem eſſe: nam ſi aliquanto poſt factum teſtamentum dixerit, nolle ſibi heredem eſſe, heres pro indigno non habetur, niſi addiderit elogium, §. *pen. qui. mod.
C teſt. inf. l.* 1. *C. quib. vt indig.* ſed ſi induxerit nomen heredis, pro indigno habetur. plus eſt facere, quam dicere, & voluntate factum eſt euidentius. Et ita refertur in hac *l.* 12. & *l.* 6. *eod. tit. & l. pen. de his quæ in teſtam. del.* Ita iudicaſſe D. Marcum, ad heredem, cuius nomen teſtator conſulto induxit, hereditatem pertinere non videri, *d. l. pen.* vt veteres pronuntiare ſolebant ita, *eſſe videri*, aut ita, *non eſſe videri*, & Imperator etiam modeſte pronuntiauit in *d. l. pen.* exiſtimans teſtatorem ea ſola irrita eſſe voluiſſe, quæ induxit. Et teſtes olim in teſtimonio dicebant; arbitrari ſe ſcire. Eſt autem valde notanda *d. l. pen.* quia in ea referuntur acta hac de re habita apud D. Anton. Marcum. Ex quo intelligitur acta confici ſolita breuiter, ſimpliciter, monendi cau-
D ſa, non vt ſit hodie longa & ſuperuacua oratione. Referuntur in actis pauciſſimis verbis, quæ aduocati litigatorum dixerunt apud Imperatorem; & his omnibus auditis remouiſſe eos Imperatores omnes, & ea de re deliberaſſe cum aſſeſſoribus, id eſt, Iuriſconſultis, ac rurſus eos admitti iuſſiſſe, ac apud eos hanc ſententiam tuliſſe. Et cum Imperator ita pronuntiaſſet, hereditatem ad heredem ſcriptum peruenire non videri, cuius nomen teſtator induxerat, aduocatus fiſci remiſit ad præfectos ærarij, vt hic proponitur, vt ſcil. aduocati fiſci apud eos hereditatem perſequerentur, & peterent, quaſi addictam fiſco ſententia Imperatoris, qui heredem bonis indignum pronuntiauit ſecutus iudicium defuncti. Præfecti ærarij erant iudices rerum fiſcalium, *l. ait,
E D. Adrianus, D. de iure fiſci.* In prouinciis procuratores Cæſaris, *l. eum hi.* §. *tranſ. de tranſact.* Duos ergo ex hac *l.* 12. habemus caſus, quibus fiſcus heredi ſcripto hereditatem aufert quaſi indigno. Primus hic eſt, quem expoſuimus ſupra; ſi poſt factum prius teſtamentum poſterius fecerit, in quo capacem inſtituerit: quo caſu ſuperius teſtamentum non rumpitur. Alter eſt, ſi nomina heredum induxerit & cancellauerit, & hi iam caſus ſatis ſunt expoſiti. Sed ſupereſt hæc quæſtio: an fiſco eripiente hereditatẽ heredi ſcripto debeantur legata, an debeantur fideicommiſſa, an libertates? an his caſibus caduca ſit hereditas cum onere? an præſtabit fiſcus legata relicta ab herede indigno, cui hereditatem abſtulit? Et poſteriore caſu idem Imper. decreuit fiſcum debere legata, ergo

& fideicommissa, & libertates multo magis. Quod confirmat lex 16. §. *vlt. hoc tit. & l. 2. & 3. de his, quæ in testam. del. & l. cætera, C. de his quib. vt ind.* Hoc igitur posteriore casu ex decreto Marci, legata, quæ non induxit testator, & alia manent, & fiscus à legatariis conueniri potest. Idem statuemus in priore casu, si aliud testamentum fecerit, in quo scripserit heredem incapacem: Nam illo priore casu mutauit testamentum odio heredis. Plectuntur igitur soli heredes, non legatarij. Nam si ei tantum legatarij odio fuissent, id facile potuisset explere, non mutato testamento, vt puta adempto legato in codicil. vel etiam quacumque nuda voluntate, *l. 3. §. vlt. de adim. leg. & l. militis §. pen. de milit. testam.* Ergo vtroque casu huius legis caduca fit hereditas, id est, eripitur indigno cum onere legatorum, aut fideicommissariorum aut libertatum. Et generaliter aduertendum est, hodie quacumque ex causa caduca fieri cum onere, *l. 3. §. cum ex causa, & l. dicitur, de iure fisci, l. Imper. §. pen. de fideicom. l. libert. l. in factum §. pen. de condit. & demonst.* Restat adhuc ea quæstio, an etiam fiscus debeat præstare prælegata, siue præceptiones relictas heredi indigno? Præceptiones sunt, quæ heredi præter portionem hereditatis præcipuo titulo dantur, *l. 2. de instr. vel inst. leg.* Ideoque non relinquitur prælegatum siue præceptio heredi ex asse, sed heredi ex parte scripto, vt scil. legatum illud præcipiat in primis, deinde reliquum diuidat cum coherede. Finge igitur: heredi indigno, cui hereditatem fiscus abstulit, idem testator prælegatum reliquerat; cæteris fiscus præstat legata sua, an & heredi indigno prælegatum? dices igitur, etiam prælegatum cadere in fiscum sicut hereditas. Quin quæro an prælegatum præstet fiscus? Cui quæstioni vt respondeatur, sciendum prius est, quæ sit natura prælegati. Finge: duo sunt heredes, vni prælegauit fundum, an valet legatum? non valet nisi pro parte coheredis: nam pro altera parte, quam ille habet & legatarius habet in fundo, inutile est legatum. Igitur pro sua parte capit fundum iure hereditario, quia est heres, non iure legati: nam heredi semetipso non à potest legari. Ergo pro sua parte fundum capiet iure hereditario, pro parte coheredis, iure legati. Iure ergo duplici, & partem quam capit iure hereditario imputabit in quartam, si interuenerit Falcidia, partem quam habuit iure legati à coherede, non imputabit, *l. in quart. ad l. Falcid. & l. filium quem, C. fam. ercisc.* In summa prælegati pars capitur iure hereditario, pars iure legati. videtur ergo pars ea, quam capit iure hereditario, esse caduca: illa autem altera, quæ capitur iure legati, non videtur esse caduca, quia hereditatis tantum indignus est, non legati; sed tamen etiam integrum fundum fiscus capiet, sicut heres caperet, si non esset indignus, quia fiscus omnino obtinet locum heredis scripti, vt inferius dilucidiùs demonstrabitur. Ergo fisco vt heredi scriptum est præstandus integer fundus. Sed quæro, an fiscus hunc fundum debeat heredi indigno restituere, an vt cæteris præstat legata, præstet etiam prælegatum heredi indigno? Et Papinianus ait, esse voluntatis quæstionem, totam facere voluntatem defuncti, *cela gist en preuue.* videndum est, quid voluerit, quid senserit, sed in dubio etiam prælegatum præstabit heredi indigno, quamquam pars hereditaria videatur esse caduca tantum, & hanc partem & alteram præstabit, id est, integrum legatum, nisi aliud probetur testatorem voluisse. Confertur ergo integrum prælegatum heredi indigno, & præstabitur à fisco omissa hereditate ab herede, cui quid prælegatum est, tunc capit prælegatum integrum, & ius legati omne, quia iam non est heres, sed est ex integro fundo legatarius, quod ostenditur in *l. qui filium §. vlt. & seq. l. quæsitum §. domini, de leg. 1. l. cum resp. C. de leg.* Idem etiam dicemus erepta hereditate heredi quasi indigno, cui quid prælegatum erat: nam capiet integrum legatum, *l. eum qui §. vlt. hoc tit.* Non sane omne iure legati, quia heres manet ipso iure, cui hereditas aufertur ipso iure, vt indigno, *l. ex facto §. vlt. de vulg. subst.* sed interpretatione coercetur, & constringitur ius fiscale, vt scilicet fiscus præstet integrum prælegatum, ac si is, cui præripuit hereditatem, heres esse desiisset. Adnotandum alias indigno etiam eripi prælegatum, in hac causa non eripi: quia præsumitur testator prælegatum præstari voluisse, quod non induxit: At in casu *l. si sequens §. vlt. de Senatus. Syllan.* si heredi auferatur hereditas vt indigno, quod vltus non sit necem defuncti, an præstabitur prælegatum? minime. Et ita extra eam causam heredum indignorum euenit sæpe; vt qui summouetur ab hereditate, submoueatur etiam à prælegato, vt videtur commodissime ob hoc posse huic legi 12. coniungi *l. 70. de cond. & demonst.* quæ est ex eodem libro Papin. in qua ponitur casus, quo qui submouetur ab hereditate, etiam à prælegato submouetur.

Ad l. 70. de condit. & demonst.

Duos mater filios sub conditione emancipationis ex partibus heredes instituit, eisque plurium rerum præceptiones pure dedit. hereditatem adierunt: patrem à legatorum commodo illa quoque ratio debet summouere, quod emancipando filios obsecutus voluntati, supremum iudicium vxoris suæ custodiri voluit.

Casus hic est: mater duos filios heredes scripsit ex partibus sub conditione, *si emanciparentur à patre.* heredes igitur scripsit sub conditione, & eis prælegauit res plures pure. pater filios emancipauit, & ita existente conditione hereditatem adierunt, & eam sibi acquisierũt non patri. Quæritur, *an sibi acquirant prælegatum non patri?* Dubitatur, quia die prælegati cedente erant in potestate patris. ergo legatum pertinet ad patrem, quia in legatis tempus cessionis obseruatur, & dies legati cessit statim à morte matris. filiis nondum emancipatis hereditas non cedit, antequam adeatur, *l. miles, §. vlt. de leg. 2.* Verum placet patrem submoueri etiam à prælegato relicto filiis, quia vt ait Papinianus emancipando filios, vt voluerat mater, obsecutus volũtati matris supremum eius iudiciũ custodire voluit, & qua ratione submouetur ab hereditate, eadem submouendus est etiam à prælegato, ne emãcipando filios partim videretur probasse iudiciũ matris, partim improbasse. Et obseruandum est, male Accursium scribere, patrem submoueri à prælegato, quod in prælegato videatur repetita conditio emancipationis. Hoc enim est falsum: nam pure prælegauit, & non pure videretur prælegasse, si repetiisset conditionem emancipationis, & abutitur *l. auia, hoc tit.* in cuius specie conditio adscripta in institutione, videtur repetita in prælegato: sed hoc ideo, quia ita prælegauit mater: *hoc amplius, quod eum heredem scripsi, ei do, lego.* quæ verba, *hoc amplius,* continent manifestam repetitionem, & ob id repetita conditio intelligitur: sed in specie huius l. eius nulla est nota repetitionis in prælegato. Cur igitur à prælegato submouetur pater? quia supremum iudicium matris omnino constitisse intelligitur. Et male obiicit etiam *l. heres statu liberum, hoc tit.* nam est diuersa species: seruum liberum esse iussi, & ei legaui sub eadem conditione, *si nauis ex Asia venerit tibi do, lego.* heres seruum vltro manumisit antequam existeret conditio, an ei præstabit statim legatum non exspectata conditione? minime. In illa specie non exstitit conditio libertatis, neque legati. in specie legis 70. exstitit conditio institutionis.

Vnum restat. ad *l. 12.* diximus inducto nomine heredis fisco locum esse Obstat valde *l. 2. §. pen. si tab. test. & l. vlt. de his quæ in testam.* quibus locis proponitur apertissime, inducto nomine heredis, ad hereditatem venire legitimos ab intestato: non venire igitur fiscum. Videtur quidem prima species res esse difficilis, sed expedietur adhibita distinctione. Aut testator induxit omnem scripturam testamenti, & confregit tabulas, qui est

est casus superiorum legum, quo casu sane videtur intestatus decedere voluisse. ergo venient legitimi sine onere vllo. Aut induxit tantum nomen heredum, vel vnius tantum. Et hoc casu in locum illius, cuius nomen testator induxit, fiscus vocatur cum onere, quia testator videtur odio heredis nomen eius induxisse. Atque ita in locum heredis illius fiscus veniet, & perinde habebitur, atque si ipse fiscus heres esset scriptus, adeo vt scripto prælegata relicta, & fisco sint præstanda. Denique fiscus est loco heredis scripti, vt videatur defunctus, etiamsi omnium nomina induxerit, testatus esse, fiscum habere pro scripto, alioquin intercciderent legata, quæ omnia fiscus præstat. Ad summam, si totum testamentum deleuerit, intestatus est, si nomina sola heredum induxerit, testatus est. Etiam illud est notatu dignum, legatarios admitti, & à fisco legatum petere actione ex testamento, substitutos vel coheredes non admitti. Finge: induxit nomen vnius heredis, cui dederat substitutum, vel cui adiecerat coheredes. non induxit nomen substituti, neque coheredum. Quæritur, *an summoto eo, cuius nomen induxit, substitutus veniat?* Et placet non venire nec coheredem iure accrescendi; ius fisci est potius hoc casu iure substitutionis, & iure accrescendi: eripitur enim heredibus pœnæ causa. Pœna autem vnius non debet esse præmium alterius; pœna igitur indigni, id est, exceptio hereditatis, non proderit substituto, *l. si sequens, de SC. Syllan.* Et verba substitutionis, si heres non erit, sic intelliguntur, si omiserit hereditatem, neque ei eripiatur, *l. 1. de his, quæ in test. del.* ait: *si instituti nomen induxerit, substituti non induxit, institutus emolumentum hereditatis non consequitur.* oportet pro *institutus*, reponere, *substitutus.* Ea etiam lex vult separari legatarium à substituto, & ex ea causa erepta hereditate heredi, ostendere, legatarium admitti, substitutum vero non admitti. Addendum est aliquid ad *l. duos, de condit. & demonst.* non enim mihi videor satis eam enodasse, & rationem eius quod est maximi momenti explicasse. Mater duos filios heredes instituit sub conditione, *si emanciparentur à patre,* & eis prælegata dedit, non sub conditione, sed pure: prælegatorum ius hoc est, vt heres prælegatum pro sua parte capiat iure hereditario, pro parte coheredis iure legati, (*ce n'est qu'vn demy-legat*) pars prælegati est hereditaria, alia pars legati iure obuenit. Et inde hæc differentia, quod pars hereditaria imputatur in Falcidiam, pars altera, quæ capitur iure legati non imputabitur. Et inde est alia differentia, quod pars hereditaria venit in restitutionem fideicommissi, si heres rogatus sit portionem suam restituere, pars altera non venit, vt si coactus adierit hereditatem, vel si militis testamentum fuerit, *l. in fid. § vlt. ad Treb. l. cum virum, C. de fideicomm.* Duplex igitur est in prælegato ius, hoc meminisse oportet. Redeamus ad speciem. Mater duos filios heredes instituit sub conditione emancipationis, & eis quædam pure prælegauit. post mortem matris, pater filios emancipauit, atque ita filij adierunt hereditatem iniussu patris, eam igitur sibi acquisierunt: quia iam exierant potestate patris. Et hoc est certissimum, sed legata, an acquirentur patri? Videtur prælegatum pertinere ad patrem, quia dies prælegati cessit ante emancipationem, cum erant in potestate patris, hoc est, statim à morte matris, *l. miles §. vlt. de leg. 2.* & in legatis spectamus tempus cessionis. Verum Papinianus ait patrem repelli non tantum hereditate, sed etiam à prælegatis, vna eademque ratione, quia emancipando supremum iudicium vxoris sequi voluit. Quomodo? nam dies prælegati dicitur statim cedere, ex *d. l. miles.* sed non cedit ante aditionem hereditatis, nisi pro parte coheredis, id est, fratris, & ex parte coheredis, qui & ipse est filius, pater nihil capere potest. ergo vt ab hereditate, ita & à prælegato summouetur pater. nam non potest capere ex legato vnius filij, quin capiat ex hereditate alterius. Nihil autem ex hereditate capere potest, qui emancipauit, & obsequutus est volun-

A tati vxoris. ergo nec vllum prælegatum capere potest, & ipsos emancipando exclusit se ab vtroque. Qua ergo ratione repellitur ab hereditate, eadem repellitur à legato. Nec est quærenda alia ratio. nihil autem opus est adminiculo Accursij, quod addit: in *l. auia,* qua vtitur Accursius, adscripsit notam repetitionis: nam herede scripto sub conditione adiecit, *hoc amplius, quod heredem scripsi eum, do, lego,* quæ nota repetitionis non est in hac lege: Sed quærere quis posset, cur conditio emancipationis non intelligatur repetita in prælegato, cum ex *l. cum proponebatur, de legat. 2.* mutuam substitutionem factam diceremus inter plures heredes videri repetitam in fideicommisso. Et rursus in *l. quoties, ad Treb.* partes adscriptas in institutione videri repetitas in fideicommisso. Quod obtinet etiam in directa institutione. Argumen-
B tum, quod ex his locis ducitur, laborat vitio reciproci: nam ita respondere licet, in prælegato non videtur repetita conditio. igitur relictum est pure, vt ponit, hoc est, præsenti die, & similiter substitutio mutuo facta in institutione, non intelligetur repetita, si ostendat se nolle in eo fideicommisso, vt inuicem substituti essent. Denique partes adscriptæ in institutione, non videntur repetitæ in fideicõmisso, nisi in fideicommisso sint adscriptæ aliæ partes. Par ergo ius est in omnibus his casibus, si pares eos feceris: nam impares nunquam coæquaueris. Et hoc est, quod addere volui.

Ad l. 4. ad l. Falcid.

Fundo legato mihi sub conditione, pendente legati conditio-
C *ne, heres me heredem instituit, ac postea legati conditio exstitit. in Falcidia ratione fundus non iure hereditario, sed legati, meus esse intelligitur.*

SCiendum est, in quartam Falcidiam, quæ detrahitur ex legatis vel fideicommissis singularum rerum, imputari tantum ea, quæ capiuntur iure hereditario, non ea, quæ capiuntur iure legati, vel fideicommissi, vel mortis causa capionis, vel quo alio iure, *l. in quartam, hoc tit.* Quod obtinet etiam in ea Falcidia, quæ detrahitur ex fideicommissaria hereditate ex Senatusc. Pegasiano vel Trebell. *l. filium, C. fam. ercisc. l. in ratione 30. §. tametsi, h. tit.* Species legis hæc est: testator fundum mihi legauit sub conditione. pendente conditione fundus est heredis,
D sicut statuliber, hoc est, cui sub conditione est data libertas, interim est seruus heredis, *l. 12. famil. ercisc.* Ideoq; si pendente conditione is heres me instituerit heredem, fundus ad me pertinet iure hereditario, quia tum heredis fuit. At finge: postea exstitit conditio legati, nunc videtur esse meus iure legati; quia etsi ad me peruenerit primum iure hereditario, tamen ea causa non perseuerauit, & antiquior causa fuit legati. Denique nunc est meus ex causa legati, ergo non imputabo eum in Falcidiam, quia ei imputantur tãtum, quæ iure hereditario capiuntur. non potest fundus esse meus ex vtraque causa, sed ex vna tantum esse potest, & potius ex iure legati; atque ita quodammodo mutatur causa possessionis & dominij. non possum mihi causam dominij mutare. res ipsa
E mihi potest mutare, *l. non solum §. quod vulgo, de vsucap.* Et similis ratio refertur ex eodem libro Papin. ab Vlpiano in *l. 1. §. sed si mater, ad Tertull.* Species est: filij succedũt matri ad intestato, & preferuntur agnatis matris ex Senatusconsul. Orfit. Ex testamento autem, id est, si mater fecerit testamentum præteriti filij agunt querela. Finge: mater duos habet filios, vnum pretermittit, alterum instituit. prætermissus queretur de inofficioso. Nunc rursus finge: mater, quæ habebat plures filios, vnum tantum heredem instituit sub conditione, filios cæteros prætermisit. institutus petiit bonorum possessionem secundum tabulas: nam datur pendente conditione, *l. 2. de bon. possess. secun. tab.* Postea defecit conditio. mutabitur causa possessionis, & qui erat institutus cum cæteris fratribus

præteritis, succedet matri, & bonorum possessio secundum tabulas conuertetur in bonorum possessionem contra tabulas. Restat quod obiicit Accursius, *l. cui res, de act. empt.*. Res mihi legata est sub conditione, ego interim illam emi ab herede imprudens & accepi, & pretium solui: colligit Accurs. eam rem esse meam ex causa emptionis, non legati. Verum non hoc vult *l. cui res*, rem meam esse ex causa emptionis, si postea exstiterit conditio legati, sed hoc tantum ait, me actione ex empto, vt pretium, quod solui, recipiam, agere aduersus heredem posse, quia quandiu mihi pretium abest, non habeo ex causa legati, quæ est lucratiua, & ex qua legati causa ea res ad me pertinet. Nam & rem meam non traditam possum petere ex testamento, *l. huiusmodi §. qui seruum, de legat.* 1. Et quæ tradita mihi est res ex causa emptionis, videtur mihi euinci existente conditione legati, ac proinde sicut re euicta ago ex empto, ita existente conditione legati ago ex empto, ad pretium recipiendum, vt res apud me resideat iure legati.

Ad l. Diuus Adrianus. 13. de cast. peculio.

D. Adrianus rescripsit in eo, quem militantem vxor heredem instituerat, filium exstitisse heredem, & ab eo seruos hereditarios manumissos, proprios eius libertos fieri.

Quæstio legis est de quibusdam rebus, an sint hę adnumerandæ castrensi peculio. In eo numeratur quod filio agenti in militia datur, *l. 11. hoc tit.* Quod à commilitonibus quoque datum est, vel ab his, quos filius cognouit propter malitiam, *l. 5. hoc tit.* quod inquam, ei attulit malitia; Quæro, *an in castrensi peculio computetur, quod vxor donauit filiofamilias in castris, vel legati, vel institutionis iure.* Et in hac *l. & in l. dote, eod.* proponitur rescriptum, quo Adrianus ait, filiumfamilias militantem heredem institutum ab vxore, hereditatem imputaturum in castrense peculium, & seruos hereditarios manumissos, castrenses libertos fore, pleno iure. quod pugnat cum *l. 6. & 8. hoc tit.* quibus ostenditur, seruum, quem vxor filiofamilias marito suo militanti donauit, vt eum manumitteret, si manumittatur, non fieri libertum filiifamilias: ergo non computari in castrensi peculio, & *l. 8.* id quod donatur vel legatur ab vxore, vel cognatis filiofamilias militanti, non est in peculio castrensi, etiamsi id adiectum sit nominatim, vt esset in peculio: non potest quis facere, vt sit quid in peculio castrensi, quod esse alioqui non potest. Agenti in militia, aut eunti in militiam, quodcunque donatur à quocunque, id omne est in peculio castrensi, vt arma, equi, mancipia, *l. 6. §. vlt. hoc tit. l. 1. C. de castr. pecul. milit. Paulus 3. sent. tit. de testam.* Castrense peculium est, quod in militia acquiritur, vel proficiscenti ad militiam datur, sed si iam agenti in militia donet parens, vel vxor, vel cognatus, sine dubio non est in peculio castrensi, quia id extorsit ratio sanguinis potius, quam militiæ, *l. dotem §. vlt. hoc tit.* Donasset etiam pagano: sed si donauit aliquid, vt eo se tueatur in militia, vt aptior esset ad militiam, vel ornatior, alioqui non donaturus, sane imputatur in peculium, & ita accipienda est lex. Dos data filiof. militanti nunquam imputatur in peculium, quia dos nunquam datur ratione militiæ, sed propter onera matrimonij, & communes liberos. Itaque dos ab vxore data filiofa. militanti, nunquam est in castrensi peculio: hereditas ei data esse potest in peculio, quam non erat datura pagano.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XVII. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 33. de vsufr.

Si Titio fructus, Mæuio proprietas legata sit, & viuo testatore Titius decedat, nihil apud scriptum heredem relinquetur. Et id Neratius quoque respondit.

Ex lib. 17. quæstionum Papiniani prima quæstio quæ datur, aut potius duæ, quę datur, sunt in *l. si Titio 33. de vsufr.* Et ad primam quæstionem fac speciem hoc modo: testator ab herede scripto, Titio vsumf. fundi legauit, Mæuio proprietatem eiusdem fundi, ita vt plane declararet, nihil velle se ex eo fundo quicquam apud heredem residere, quandoquidem vni vsumfructum, alteri proprietatem legauit. Titius, cui legauerat vsumfructuum, mortuus est viuo testatore, antequam inciperet fructuarius esse; post mortuus est testator, videtur legatum vsufructus esse in causa caduci. nam in causa caduci sunt legata, quæ deficiunt viuo testatore, pura præmortuo legatario, *l. vn. §. & cum triplici, C. de cad. toll.* Denique legatum vsusfruct. Titio relicti, videtur esse in causa caduci, quia præmortuus est Titius, & proinde videtur peruenire ad fiscum ex *l.* Iulia & Papia, sed eo nos absoluemus confestim. Hæ leges caducariæ non habent locum in vsufructu legato, quod demonstrat hæc lex nostra, & lex *9. de vsuf. leg.* Cur non habent locum leges caducariæ, leges fisci in legato vsufructu? quia scil. si ex causa caduci vsusfructus caderet in fiscum, nunquam rediret ad proprietatem, nunquam consolidaretur, inanis esset proprietas, quia fiscus nunquam moritur, nunquam capite minuitur, quibus potissimum modis vsuf. finitur, & vt habent Institutiones iuris, ne in vniuersum proprietas inutilis esset semper abscedente vsufructu, placuit certis modis vsumfructum exstingui, & ad proprietatem reuerti. Præcipui modi hi sunt, mors & capitis deminutio. Et hac ratione leges caducariæ fisco vindicabant bona, hoc est, proprietatem, non vsumfructum, alioqui cum vsufr. sensim sibi fiscus bona vindicaret quasi vacantia, quę nemo vellet. Quid enim est proprietas sine fructu, vel spe fructus? Ergo in specie proposita sicut constat fisco locum non esse, quamuis is casus exstiterit, quo legata fiunt in causa caduci, puta, quia legatarius decesserit viuo testatore, & sic etiam non quæritur hoc loco, au vsusfr. pertineat ad fiscum, sed lis est inter Mæuium, cui eiusdem fundi legata est proprietas, & heredem scriptum. vterque sibi vindicat vsumfructum. Sed hac ratione, quia legata, quæ deficiunt, vel viuo testatore, vel post mortem testatoris, si non cadant in fiscum, vel si non adcrescant legatario, vel si non obueniant substituto, ea sola debent remanere apud heredem, *l. id autem, infr. ad l. Falcid.* Legatum hic vsusfructus vacat, aut vacare videtur: nam deest fiscus, vel collegatarius, vel substitutus, qui in id succedat. Mæuius, cui legata est proprietas, non est collegatarius, non est substitutus in vsufr. Ergo vsusfructus apud heredem remanere debet. Contra Mæuius ait, ad se pertinere, quia vsusfructus deficiens solet ad proprietatem reuerti, suam autem esse proprietatem sibi legatam. Et sane, si vsusf. cœpisset in persona Titij, post mortuo Titio recurreret ad proprietarium, id est, pertineret ad Mæuium, & hoc est

certissimum: sed in hac lege est ius singulare, quod in hac specie, etiamsi vsusfructus non cœperit in persona Titij, qui mortuus est viuo testatore, tamen pertineat ad proprietarium, hoc est, Mæuium. Et hæc est ratio, quia euidens est, testatorem noluisse vsumfructum venire ad heredem scriptum, quæ ratio proponitur in *l.4.infr.si vsusfr.pet.* Nam hoc iudicio, vt initio dixi, quid egit aliud, quam vt ex eo fundo nihil quicquam perueniret ad heredem scriptum? & voluntati defuncti consequens est, vt vsusfructus is qui deficit viuo testatore, vt legatum vsusfr. pertineat ad Mæuium, cui proprietas legata est, non ad heredem scriptum.

Ad §. vsumfructum.

Vsumfructum in quibusdam casibus non partis effectum obtinere conuenit. Vnde si fundi vel fructus portio petatur, & absolutione secuta, postea pars altera, quæ accreuit, vindicetur, in lite quidem proprietatis iudicatæ rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare scribit Iulianus: quoniam portio secundi, velut alluuio portioni, personæ fructus adcresceret.

Secunda quæstio *l.si Titio, de vsufr.* non est principalis quæstio, sed vt mihi quidem videtur, appendicula eius quæstionis, quæ ex eodem Papin. libro exponitur in *l. Mæuius § fundo, de legat.2.* Quod apparebit, si constituamus primum id, quod est in *l.4.h.t.* vsumfructum multis casib. partem dominij esse; deinde id, quod est hoc loco, vsumfr. in quibusdam casib. partem dominij non esse. In his duobus explicandis consumemus omnem operam. Mirum est quod ait *l.4.* vsumf. in multis casibus partem dominij esse. Nihil refert dixeris, partem dominij esse, an partem fundi, partem hominis, partem rei cuiuscunque. Nam & fundi vel hominis, vel rei cuiuslibet nomine dominium significatur, vt qui exempli gratia, fūdum legat, aut promittit. Quis vero non videt, vsumfructum non esse partem hominis, non partem rei, non partem fundi? Est enim potius pars vel species seruitutis, vt ait *l.recte, de verb.signif.* est seruitus potius, quam fundus, vel quælibet alia res, per quā fundus seruit homini, vt ex ea omne emolumentum capere possit. Seruitus est qualitas; qualitas autem nō est pars rei, ergo vsusf. nō est pars rei. Pars fūdi est locus, *l.locus, de verb.sign.* vsusfr. nō est locus fundi, ergo non est pars fundi. Dominium perficit sola proprietas. *l.si procurator, de acq.rer. dom.* Vsusfr. igitur non est pars dominij vel fundi. Et hoc est, quod ait Pap. *d.l. Mæuius §. fundo.* vsumf. in iure cōsistere, nō in parte, id est, vsūf. esse ius, quod homo habet in fundo, non partē fundi. Et hoc nihil est certius. Ergo quod ait *l.4.* vsusf. in multis casib. pars dominij est: vsumfr. partem dominij esse, id est, similem esse parti dominij, & *l.qui vsumfr. de verb. obl.* instar habere partis, vt ait *l.cum suis §.dominus, de leg.2.* effectum habere partis dominij, vt ē contra hoc loco Papin. ait, in quibusdam casibus, eum non habere effectum partis. idē est instar & effectus. Instar enim ex solo effectu dignoscitur; denique vsumf. partem esse dominij seu fundi, non pro seruitute in multis casibus, quanquam reuera sit seruitus, non pars rei. in multis casibus, inquit, ex his casibus aliquos enumeremus. Primus casus: reo in fundum obligato, recte accipitur fideiussor in vsumf. *l.si reo, de fideiuss. inf.* quia fideiussor recte accipitur in partem, *l.10.eod.tit.* & vsusfr. obtinet instar partis, & vsusf. pro parte habetur. ergo recte in vsumfructum fideiussor accipitur, nec videtur accipi in aliam rem, sed in partem, quam debet reus. Cur vero vsusfr. habetur pro parte? quia vt est in *d. §.* ius est fundi. ea verba non ita sunt accipienda. ergo est seruitus fundi, quia reuera vsufr. non est seruitus fundi, sed hominis vel personæ, *l.1.l. quoties, de seruit.* est ius in fundo, non seruitus fundi. Ac præterea reo obligato in fundum, non recte acciperetur fideiussor in seruitutem fundi, puta in iter, vel actum, quia in aliam rem accipere-

A tur, quam in eam, quæ in principalem obligationem deducta est. Non potest autem in aliam rem accipi vtiliter, & est seruitus fundi, nec est fundus, id est, neque est totum, neque pars fundi. alia res igitur. Quid est ergo, quod ait, *quia vsusfr. est ius fundi?* Id nimirum, quod ait Papin. in *d.§.* quia omne emolumentum fundi continet, *omne ius*, id est, omne emolumentum. non immerito igitur pro parte habetur fundi, id cui inest emolumentum fundi totum. Idemque de eo non immerito censetur, quod de parte fundi. Ius fundi est bonitas, salubritas, amplitudo, *l.quid aliud, de verb sign.* Et multo magis emolumentum fundi, quod est fructus, quem fert. & ita sæpe in iure emolumentum accipitur pro fructibus, frugibus, annonis, *l.dominus, h tit. & d.§.eius.l.cum filius §.dominus, de legat.2.l.cum Imperator, in fi.ad Trebell.l.vlt.in fin.si cui plus quam per l.Fal.*

B Sequitur alius casus, quo etiam vsusfruct. pars rei est, hoc est, partis instar obtinet: si stipuler totum, deinde partem non nouandi causa, posteriori stipulatione nihil ago, quia sufficit prior, vt si stipuler decem, deinde quinque, vel si stipuler actum, qui non potest esse sine itinere, *l.in fine, de adim. leg.* deinde stipuler iter, frustra stipulor; vel si stipuler vsumfructum, deinde vsum, nihil ago, nihil proficio; sed contra si stipuler partem, deinde totum, posterior stipulatio vtilis est, quia & pinguior est, & plenior, vt si stipuler quinque, deinde decem: si iter, deinde actum; si vsum, deinde vsumfr. *l. qui vsumf. de verb. obl. l. si pupillus §. vlt. de nouat.* Secundum hæc, si prius stipuler fundum, deinde vsumfr. posterior stipulatio inutilis est, quia vsusfr. pars est fundi, quæ est in toto, quod primum stipulatus sum. Et ē contrario propter eandem rationem, si stipuler vsumfr. dein-

C de fundum, vtilis stipulatio est, quæ est sententia *d. l. qui vsumfr.* Nec seruitutis prædij eadem ratio est, quia etsi stipuler fundum, deinde iter ad eum fundum, vtilis stipulatio est, quia aliud quiddam proprium stipulor, non partem fundi. nunquam iter, via, actus, vel quæ alia seruitus fundi, habetur pro parte fundi. Itemque vtilis esset stipulatio, si stipularer iter ad fundum, qui nondum erat meus, deinde fundum: nam & fundo meo futuro seruitus constitui potest, *l.Labeo, de seruit. rust. præd.* Sed transeamus ad alium casum, quo etiam vsusfr. habeatur pro portione dominij: si petiero fundum, & non obtinuero, deinde non possum petere partem, quia in toto pars est. qui toto cecidit, & parte cecidit, aut mihi

D petenti partem, obstabit exceptio rei iudicatæ, *l.7. in pr. de except. rei iud.* Ergo non possum petere deinde vsumfr. quia vsusfr. pro parte est, *l. si cum argentum §. si fundum, eod.* Et similiter, si pactus sum de non petendo fundo, qui mihi debebatur, me non petiturum fundum, si cauero, nec vsumfr. petere possum, aut petenti obstabit mihi exceptio pacti conuenti, *l. si vnus §. item si, de pact.* Sed etsi petiero fundum, nec obtinuero, deinde fundo pars accreuerit quædam, nec partem adcrescentem petere possum, quæ adcreuit post rem iudicatam, quia eius eum non esse fundum iudicatum est, & partem adcrescentem eius non esse, iudicatū est.. Ergo nec vsusf. ei acquiretur, qui proprietati accrescit mortuo vsufructuario, aut capite minuto. Sed addamus alium casum: fundo legato, si is fun-

E dus debuerit seruitutem heredi scripto, heres eum ea seruitute liberum præstare non debet, præstabit fundum, & sibi retinebit seruitutem: sed si eius fundi vsusfr. sit heredis scripti, vsumfr. sibi retinere non potest, quia partis instar obtinet, cum continet omne emolumentum rei, *l.26.l.cum filius §.dominus, de leg.2.* Idemq; erit, si fundus legatus alij debuerit seruitutem, non heredi scripto: Nam heres fundū præstabit, qualis est, nec cogetur liberare seruitute. sed si fundi vsusf. alienus sit, debet eū liberare vsufr. atque ita vsumfr. præstare, non proprietatem nudam. Et hoc ita Papin. hoc ipso libro docuit, *d.l.nullus §.2. & l.2.* Atque ita ostendit, hoc casu esse partem fundi vsumf. & non præstare fundum totum eum, qui detrahit vsumfructum. Et hoc cum docuisset in *d.§.fun-*

do, puto eum subiecisse, quod est hoc loco, non tamen in omnibus casib. vsumfructum partis effectum obtinere, in quibusdam non obtinere, vt hoc loco ait, partis sc. fundi, vel partis dominij, quod idem est, hoc loco *& d.* §. dum ait simpliciter *partis*, Basil. habēt, *partis dominij*, ὡς ἐοικεν ἡ χρῆσις μέρει τῆς δεσποτείας, *non est similis vsusfructus parti dominij*. Vnum vero hoc loco Papin. casum affert, quo vsusf. non imitatur partem dominij, seu fundi, seu rei, de qua agitur. Sententia hæc est: si petiero partem fundi, nec obtinuero, deinde repudiatione coniuncti vel collegatari pars altera accreuit fundo, an eam partem repetere possum, quæ adcreuit? minime. amittenti partem suam pars altera, quæ post vacat, non adcrescit. Aliud est dicendum, si petiero partem vsusfr. nec obtinuero: Nam si post repudiationem collegatarij defecerit pars altera vsusfr. ego eam petere possum: atque ita non habenti partem suam pars vsusf. accrescit, quia hoc casu vsusfr. non habetur pro parte rei. Nam si haberetur pro parte rei, rem sequeretur, non personam, quæ eam amisit, quæ eius rei partem nullam habet. Et vt eleganter docet, ratio diuersitatis hæc est, quia fundi portio accrescit fundo, non personæ, sicut alluuio; & vtitur comparatione alluionis, quia & ius alluuionis, est ius accrescendi. Et hoc tamen interest, quod ius accrescendi competens ratione coniunctionis, est à iure ciuili, alluuio à iure gentium. Cæterum vt alluuio adcrescit fundo, non personæ, ita & portio, quam fundus habuit adcrescit fundo, nō personæ, vsusf. accrescit personæ, non fundo, quia ei personæ, quæ amisit partem suam, nihilominus pars altera vsusf. adcrescit, quod confirmat *l. & an eadem* §. *qui cum partem, de except. rei iud. & l. interdum, de vsufr. adcresc.* Denique quāuis iudicatum sit, partem vsusfr. meam nō esse, quia tamen iudicatum non est me fructuarium non esse, pars altera vsusfructus mihi non habenti partem meam, sed amittenti, accrescit. Et ita apparet hoc casu vsumfructum non esse pro parte rei: nam si esset pro parte rei, sequeretur rem seu fundum, non personam: quia ita licet argumentari recte. partem rei meam amisi, ergo & eam, quæ postea accreuit, quia pars parti accrescit, quia habēti partem accrescit, non amittenti. at non ita licet argumentari. partem vsusf. meam amisi, ergo & eam, quæ postea accrescit, quia non parti pars vsusf. adcrescit, sed personę: vsusfr. est ius personale, quod cohęret personæ, *l. pen. C. de vsuf.* vsumfr. exspirare cum anima, id est, cum vita. Et hic est casus, quem voluit proponere in hoc loco Papinianus, quo aliud statuimus de parte rei, aliud de vsuf. seu parte vsusf. Sed propositio est talis hoc loco. vsumf. in quibusdam casib. non esse partem rei, & vnum tātum adfert casum. cedo alterum. Addam *ex l. & per iusiurandum* §. *illud, de accept.* si is, cui debetur fundus, creditor sc. acceptum ferat vsumf. an valet acceptilatio? minime: quia vel totum est accepto ferendum, vel pars eius, quod debetur. Pars obligationis accepto ferri potest *l. pars, & seq. eod. tit.* Vsusf. autem non est pars fundi, ergo acceptilatio in vsufructu non valet, & perinde est, ac si is, cui debetur domus, accepto ferat fenestras vel lapides eius, quę non sunt partes domus. duæ sunt partes domus, solum & superficies tātum. Si mihi debes domum, & tibi accepto feram fenestras, nihil consequeris: & ita etiam vsusfr. non est pars fundi vel rei. Sed cur nō habetur pro parte in hac specie, vt & in multis aliis casibus? nam inuenio, fundo legato recte adimi vsumf. quasi partem, *l. 2. de adim. leg* Cur & fundo debito nō recte accepto feram vsumfr. vt proprietas sola maneat in obligatione? Puto etiam fundo in obligationem deducto, nec recte pacisci de vsuf. non petendo. Cur ergo fundo debito vsusfructus non recte accepto fertur? Ratio est, quia vt stipulatio, ita & acceptilatio sunt ex iure solemni, quod nihil aliud est, quam stipulationis corruptio. vterq; est actus legitimus, hoc est solemnis, *l. actus, de reg. iur.* vtraque fit verbis solemnibus, non quibuscunque verbis, & consentire altera cum altero debet, & congruere in verbis. si stipulatio sit

A de fundo, etiam acceptilatio debet esse de fundo, vel parte fundi. nisi consentiat, & cōgruat acceptilatio cum stipulatione, imperfecta est stipulatio, *l. nisi D. de acceptilat.* At ademptio legati fit nuda voluntate, fit coniectura, *l. 3. §. vlt. de adim. leg.* Pactum quoque fit nudo tacitoque consensu, *l. 2. de pactis.* Hi actus non sunt solemnes, nec exigunt verborum vllam scrupulositatem.

Ad l. 2. quib. mod. vsufr. amit.

Si duobus separatim alternis annis vsusfructus relinquatur, cōtinuis annis proprietas nuda est, cum si legatarium vnū substituas, cui alternis annis legatus sit vsusfructus, plena sit apud heredem proprietas, eo tempore quo ius fruendi legatario non est. B *Quod si ex duobus illis alter decedat, per vices temporū plena proprietas erit. Neq; enim accrescere alteri quicquam potest, quoniam propria quisque tempora non concurrente altero, fructus integri habet.*

QVæstio *l. 2. quib. mod. vsusfr. amit.* de qua tractatur *in princ. l. & in* §. *vlt.* est de vsuf. vni vel pluribus legato alternis annis, & de iure adcrescendi, qua de re est lex *quoties duob. de vsufr.* quæ sequitur legem *si Titio*, & in eam necessario videndum est prius, inter quos sit ius accrescendi. Vulgo dicitur ius adcrescendi esse *inter coniunctos, vel inter eos, qui pro coniunctis habentur.* quæ definitio in plerisque falsa est, & certior est definitio Celsi, quam paulo post tradit: sed interim, quæ sint genera cōiūctorum perstringamus. Alij sunt coniuncti re & verbis, C qui scil. coniuncta scriptura in eandem rem vocantur, puta hoc modo: *Primo & Secūdo illum fundum lego, l. triplici, de verb. signific.* Alij sunt coniuncti re tantum, quibus separata scriptura eadem res legatur, hoc modo: *Primum illum fundum lego. Secundo eundem lego, l. re coniuncti, de leg. 1.* quia separata scriptura eis eadem res legatur, non coniuncta. Ideo in iure dicuntur separati & disiuncti, in §. *coniuncti, de leg. Instit.* Coniunctio scripturę coniunctos facit: disiunctio disiunctos. His vero, qui re & verbis cōiuncti sunt, vel re tantum, relinquitur solidum ab initio singulis, maxime si per vindicationem legatū datum sit, concursu autem partes faciunt. Alij sunt coniuncti verbis tantum, quibus coniuncta scriptura eiusdem rei diuersæ partes legantur, hoc modo, *Primo & Secundo illum* D *fundum æquis partibus lego*: aut *Primo & Secundo fundum lego, ita vt vnus habeat bessem, alter trientem.* si ab initio partes habent, non concursum facient, *d. l. re cōiuncti.* An inter hos omnes sit ius accrescendi, vel inter quos sit ius accrescendi quæritur. Hac de re certior est definitio Celsi in *l. 3. de vs. accresc.* quæ non tantum pertinet ad vsumfr. sed etiam ad proprietatem. Quoties dicitur inter aliquos ius esse accrescendi, toties singuli solidum habebunt ab initio: concursu autem partes facient, id est, quoties hoc egit testator, vt concurrant, & non concurrente vno, vt alter totum haberet. Ius accrescendi nihil aliud est, *quā ius retinendæ partis eius, qui non cōcurrit, vel ius legati integrū, nec imminutum concursu socij.* Denique ius accrescendi non dicitur, nisi inter eos, qui per concursum E partes habent, faciuntque. Et notandum, aliquando ius accrescendi esse inter nō collegatarios, veluti inter legatarium & alium non legatarium, si modo sint coniuncti, & concursu partes faciant, vt *l. si mulieri, de vsufr. accresc.* Testator legauit vsumfr. mulieri cum liberis suis: sunt coniuncti re & verbis, & concursu faciunt partes: Ideoque non concurrentibus liberis, puta amissis, mater habet vsumfr. integrum iure accrescendi, vel liberi mortua matre. Et in hac sane specie mater & liberi collegatarij fuerunt. Sed idem etiam statuendum est de iure accrescendi, quod inter eos versatur, si liberi legatarij non fuerint, quod procedit in hac specie. Finge: solos liberos heredes scripsi, & legaui matri. Cum matre liberi non sunt legatarij, quia heredibus à semetipsis inutiliter legatur, *l. plane* §. *si duobus, de leg 1.* Et sane videtur etiam

nominaſſe liberos teſtator, non vt legatarios, ſed vt oſtenderet ſe malle ita frui matrem, vt & liberos ſecum haberet fruentes. Ergo legataria eſt mater, ſed liberi non ſunt legatarij, & tamen inter eos erit ius accreſcendi: mortuis liberis eorum pars accreſcet matri, & contra, *d. l. ſi mulieri.* Et ad hæc eſt notandum, ius quoque accreſcendi nõ ſemper eſſe inter collegatarios, vel coniunctos: non eſt inter collegatarios, qui partes habẽt ab initio adſcriptas, vel habere intelliguntur, non cõcurſum faciunt, licet ſint coniuncti verbis. vt ſi ita legaui: Primo & Secundo illũ fundum æquis partibus lego. inter Primum & Secundum non eſt ius accreſcendi, *l. pen. de vſufr. accreſc.* Item inter coniunctos re & verbis, vel inter coniunctos re tantum, in legato damnationis non eſt ius accreſcendi, quia ab initio heres ſingulas partes dare damnatus intelligitur, & hoc ſecundũ ius antiquum: Nam ex conſtitutione Iuſtin. *de caduc. toll.* inter eos eſt ius accreſcendi. Non eſt etiam ius accreſcendi inter collegatarios, qui prorſus ſeparati ſunt, qui neq; coniuncti ſunt re neque verbis: vt ſi vni ſit legatus fundus, alteri domus, vni fructus vnius anni, alteri fructus alterius anni. Ergo hi ſane nihil habent inter ſe commune. Credo vos iam intelligere definitionẽ illam, generalem Celſi de iure accreſcendi. Alia vt puto fuit definitio Sabini, quam exiſtimo proponi in *princ. l. 1. de vſufr. accreſc.* Lex eſt Vlp. ad Sabinum, quæ leges ſolent ſemper incipere à propoſitione Sabini aliqua. Initio ergo d. legis ita de iure accreſcendi definit Sabinus: ſi cõiunctim relictus ſit vſusfr. inter fructuarios eſſe ius accreſcendi: ſi ſeparatim vnicuique partis rei, ſine dubio inter eos ceſſare ius accreſcendi. Videamus, quæ ſit ſententia huius definitionis. Sicut ſcripta eſt, eadem videtur eſſe hæc definitio Sabini, quæ eſt Celſi: nam hoc ſtatuitur, inter coniunctos re & verbis, vel re tantũ, eſſe ius accreſcendi: inter coniunctos verbis tantum, aut ſane nec coniunctos vllo modo, ceſſare ius accreſcendi: nam his ſolis dici poteſt vſusfr. legari ſeparatim, vnicuique partis ſuæ, vt ait, qui ſunt coniuncti verbis tantum, vel qui nullo modo coniuncti ſunt. Ergo inter eos ſtatuit Sabinus ceſſare ius accreſcendi, quod congruit cum definitione Celſi. Sed vt ego iamdiu oſtẽdi, verba illa *l. 1. vnicuique partis ſuæ,* ſunt ſubditicia, & ſpuria erũt quę ex ora tranſierũt in textum; verba eius, qui ſeparatim voluit interpretari, & vero etiã interpretatus peſſime eſt. Nam Sabinus hoc tantum definire voluit ſimpliciter; inter cõiunctos eſſe ius accreſcendi, inter ſeparatos non eſſe ius accreſcendi. Quod aperte demonſtrat Vlpian. in *l. 1. §. idem,* dum definitionem Sabini interpretatur, & temperat conuenienter definitionẽ Celſi, vt interdum etiam inter ſeparatos ſit ius accreſcendi, ſi modo ſint re coniuncti. Et ſimiliter dices contra Sabinum, interdum inter cõiunctos non eſſe ius accreſcendi, niſi & re coniuncti ſint, aut eſſe intelligantur, quæ interpretatio neceſſario addenda eſt ad ſententiam Sabini, ſi vt in iure ſemper coniunctim ſignificat, coniunctum ſcriptura, & ſeparatum, ſeparatum ſcriptura. Atque ita ſi tollas illa verba, *vnicuique partis ſuæ,* opus eſt illa interpretatione. Alioqui ſi non tollas, nihil opus eſt iſta interpretatione, nihil illo §. *idem.* Et ita etiam in Baſil. non ſunt illa verba. *vnicuique partis ſuæ,* verba eorum hæc ſunt: *ὅτε ἡνωμένως ληγατευθῇ ἡ χρῆσις τῶν καρπῶν, οὐ μὴν ὅτε διῃρημένως, ἁρμόζει τὸ δίκαιον τῆς προσαυξήσεως: quotiens coniunctim legatus eſt vſusfr. non quoties ſeparatim, competit ius accreſcendi.* Quæ definitio ſimpliciter accepta falſa eſt, vt poſt indicat Vlpian. §. *idem nunc videamus,* qua de re tractatur in principio *l. 2. & 8. §. vlt.* Finge. vni tantum legatus eſt vſusf. alternis annis, quid fiet? alternis fruetur ipſe, & heres ſcriptus, & ſingulis annis intermittetur aut vacabit vſusfr. & plena proprietas erit apud heredem ſcriptum, ſingulis annis vſusfruct. erit apud legatarium, & nuda proprietas apud heredem ſcriptum, atque ita viciſſim, modo fruetur legatarius, modo heres ſcriptus per vices annuas. Et hoc loco alternis annis Græci interpretantur rectiſſime *ἐνιαυτὸν παρ' ἐνιαυτόν.* Et quidem res eſt expeditiſſima, ſi vſusf. vni tantũ legetur alternis annis. Sed quid ſi legetur duobus ſeparatim alternis annis, Primo & Secundo? Reſpondetur, quandiu hi duo viuent, aut integri ſtatus erunt, continuis annis apud heredem erit nuda proprietas, ſine vſufr. Et eleganter, alternis annis opponit continuos. Altero autem ex eis mortuo, quæro, an accreſcat alteri, ita vt continuis annis vti & frui poſſit, & ſemper ſit nuda proprietas apud heredem ſcriptum? Et placet non accreſcere, non eſſe inter eos ius accreſcendi. Ergo teſtator inter eos diuiſit vſumf. ab initio per vices annorum, nec voluit alterum cum altero concurrere eodem tempore, vel eos inter ſe partes facere concurſu, ſed ipſorum partes fecit per interualla temporis. Ergo deficiente iure accreſcendi, locũ habebit ius conſolidationis, hoc eſt, quę apud heredem continuis annis erat nuda proprietas, nunc erit nuda alternis tantum annis, plena alternis annis: nam ſi ſimul duobus legauerit vſumf. alternis annis, vt ſc. in eum annum concurrerent ambo, hi duo pro vno habentur, & alternis annis apud heredem ſcriptum eſt plena proprietas: quod oſtenditur §. *vlt.* & conſequenter inter eos eſt ius accreſcendi, puta vno mortuo pars eius accreſcit alteri. Nam quod obſeruandum eſt, & in quo notiſſimum eſt diſtare proprietatẽ ab vſufructu, vſusfructus pars accreſcit alteri, non tantum, quæ nunquam acquiſita eſt, ſed repudiata, verum & quæ acquiſita eſt, poſt vero amiſſa, puta morte aut capitis deminutione. At pars rei acquiſita ſemel non accreſcit alteri, omiſſa accreſcit, amiſſa non, *l. 1. §. pen. de vſuf. accreſc.* Quæro, quoties vſusf. ſeparatim duobus relinquitur alternis annis, quis fruetur prior, vult quiſque frui prior, nec ea in re inter ſe conſentiunt? Primum quidem lis dirimitur ex ordine ſcripturæ: nam ſi ita dixerit, *Titio & Mænio lego, vſumfr. alternis annis.* Titius prior fruitur, qui prior nuncupatus eſt, *l. quotiens duob. de vſuris,* qui ordo ſcripturæ in ſimili cauſa ſeruatur in l. Fuſia Canin. & l. Ælia Sentia. L. Fuſia teſtatori non licebat manumittere, niſi certum numerum hominum. Finge: manumiſſi ſunt plures, qui ex his peruenient ad libertatem? quibus prioribus erit adſcripta intra numerum legitimum: cæteri non conſequentur libertatem. L. Ælia Sentia in fraudẽ creditorum non licet, niſi vnum ſeruum manumittere, & heredem ſcribere. Finge, eum ſcripſiſſe duos vel tres, quis erit liber & heres? & ſequemur ordinem ſcripturæ. Is igitur erit liber, qui priore loco fuerit ſcriptus, *l. qui ſoluendo 2. & l. ſi non lex §. 1. de hered. inſt.* Verum quid fiet, ſi is ordo ſcripturæ non appareat? Finge, in propoſita ſpecie, eum legaſſe vſumfruct. duobus, qui erant eiuſdem nominis ſeparatim, ea ſcilicet mente, vt alternis annis fruerentur, non ſimul vterque, & dicitur ſcripſiſſe hoc modo: *Titiis vſumfruct. do lego alternis annis.* Vel finge, eum legatariorum nomina ſcripſiſſe in orbe tereti. Et hoc ſane caſu, quia non apparet, quis ſit prior, quid iuris? Neceſſe eſt, vt inter ſe conueniant ea de re, vel ſi nolint conuenire, ſe inuicem impedient, ſibi inuicem obſtabunt; quia ſane occurrere non poſſunt in idem tempus contra voluntatem defuncti. Et ita etiam ad *l. Æliam Sent.* in ſuperiore caſu reſpondet *l. qui ſoluendo. 1. & ſeq. de hered. inſtit.* Item etiam Caius 1. Inſtitut. reſpondit ad *l. Fuſiam Caniniam.* Ergo neuter perueniet ad legatum, quia ſunt refractarij nimis. Verum placet, quod annotat Accurſ. in *l. quoties duobus,* eos poſſe cogi, vt conueniant inter ſe interuentu prætoris, vel etiam rem hanc poſſe ſorte diiudicari, vt in duplicibus iudiciis quotiens quæritur, quis prior cauſam dicere debeat, ſorte dirimitur, *l. ſed cum ambo, de iudic.* Quintil. 7. *Scio ſæpe quæſitum, quis prior diceret cauſam, quod atrocitate formularum, vel nouiſſime ſorte diiudicatur: nam vult præferri atrociorem actionem, & eum cuius numerus eſt amplior; in qua de maiori quantitate vel auro agitur, vel ſi pares ſint actiones, neceſſe rem dirimi ſorte.* At quid rurſus fiet, ſi vni tantum legatus ſit vſusfr. alternis annis, quis prior fruetur, ipſe,

an heres? Hoc vero facile expediri poteſt, & ſine ſorte. nam ius eſt certiſſimũ,fruiturum prioré eum, cui fructus legatus eſt,quandoquidem legatũ eſt purum. Cedet ergo ſtatim ab adita hereditate. Et hoc etiam ſignificat Papin. §.*vlt.* his verbis, *quod ſane vltra primum fac.* Sed & de legato vſuf. alternis annis,notandum eſt in *l.28.h.tit.* ſi vſusf.legetur alternis annis, non poſſe eum non vtendo amitti,regulariter autem amittetur non vtendo vſusfruct. anno rei mobilis ſecundum ius antiquum, hodie triennio: vel rei immobilis non vtendo biennio olim, hodie decennio.ſed ſi relictus ſit vſusfr. alternis annis, non poteſt perire vno anno,quia plura legata ſunt: quot ſunt alterni anni,tot ſunt legata vſusf.*l.cum vſusfruct.de vſufr. leg.* Quo loco addit,aliud tamen eſſe in via,itinere,aquęductu, vel aquæ hauſtu, vel actu, aliud eſſe in ſeruitute ruſtici prædij: nam etiamſi via ſit relicta alternis annis vel aqua alternis annis,vna eſt via, vnum legatum,quod etiam oſtendit *l.ſi ſic,quemad.ſeruit.amitt.* Cur plura ſunt legata vſusfr.ſi ſit relictus alternis annis,& vna eſt via, ſi ſit relicta alternis annis? Difficile eſt reddere rationem. redditur ratio, ſed obſcure in *d. l. cum vſusfr.* his verbis: *quia via vel aqua ſui natura habet intermiſſionem,*quia non ſemper poſſum ire,nõ ſemper aquam haurire, id eſt,ſemper hæc ſeruitus habet intermiſſionem. Ergo ſi intermiſſio ſpectaretur, ratione intermiſſionis nunquam haberetur pro vna,ſed habenda pro pluribus: non vna eſſet via, ſed plures, quod eſt abſurdum. At vſusf. ſui natura non habet intermiſſionem, ſed facto noſtro, puta iudicio defuncti: atque ideo hanc intermiſſioné, quam finiuit defunctus annis alternis, non accipimus in annum, ſed exiſtimamus tot legata teſtatorem facere voluiſſe, quot fecit annos. Igitur ſi vſufr.mihi relicto alternis annis, non vtar hoc anno vel ſequenti,annis alternis,an ideo amitto vſumfructum reliquorum annorum? minime. Sed via mihi relicta alternis annis,ſi non vtar hoc anno,non vtar ſequenti,alternatim,& reliquorum annorum ſeruitutem amitto, quia vna eſt ſeruitus. *ſubſtituas*, id eſt, ſupponas poſſe, *ſingulorum annorum fructus vacabit*, id eſt, eorum annorum qui non concurrent.

Ad §. ſi non mors.

Si non mors, ſed capitis deminutio interceſſerit, quia plura legata ſunt illius anni tantum, ſi modo ius fruendi habuit, fructus amiſſus erit, quod & in vno legatario, qui fructum in ſingulos annos accepit, defendendum eſt, vt commemoratio temporum, repetitionis poteſtatem habeat.

§. 2. *Cum ſingulis fructus alternis annis legatur, ſi conſentiant in eundem annum, impediuntur: quod non id actum videtur, vt concurrerent. multum enim refert, duobus ſimul alternis annis legetur, quod ſane vltra primum annum procedere non poteſt, non magis quam ſi vni legatus ita fuiſſet: an ſingulis alternis annis. nam ſi concurrere volent, aut ſe impedient inuicem propter voluntatem, aut ſi ea non refragabitur, ſingulorum annorum fructus vacabit.*

QVæ proponuntur in §. *ſi non mors*, valde ſunt coniuncta, & proxima iis, quæ diximus. vſumfr. legatum alternis annis diximus non poſſe non vtendo amitti,anno vel biennio,vel triennio,aut longiore tempore,quia plura ſunt legata, quandoquidem teſtator plura legata facere voluit,quia vſumfr.ſui natura intermiſſionem non habentem,intermitti voluit.at ſi legetur via, vel iter,vel actus,vel aqua alternis annis, vnum eſt legatum, vna ſeruitus,quamuis intermiſſionem habeat ex iudicio teſtatoris. Nam ſi intermiſſio faceret plures ex eo genere ſeruitutes, quia nunquam eſſet vna, nunquam vna aqua, vel quæ alia ſeruitus, ſed eſſet omnis ſeruitus ruſtica multiplex,quia omnis ſeruitus ruſtica ſui natura intermiſſioné habet. non poſſum vti via ſemper, vel itinere, vel aqua.

A nam non ſemper fundus meus indiget aqua, & fundi tamen gratia ſeruitus aquæ conſtituitur. Et hoc diſtant potiſſimũ ruſticæ ſeruitutes ab vrbanis: nam vrbanæ habét continuum vſum,*l.ſeruitutes quæ, infra de ſeru.ruſt.præd.* Exempli gratia,ædes altius elatas,aut ſuppreſſas cõtinuo habeo. Igitur habeo continuo in ædes vicini ſeruitutem, nec habet vllam intermiſſioné. Vſusf. quoque ſui natura non habet intermiſſionem, quia etſi non fructus capio ſemper, tamen vtor ſemper, dum habito ſemper in fundo, vel in ædibus, vel in villa. Nam fructuario habitare licet,& morari perpetuo in re fructuaria;ſed quod eſt notandum,proprietario licet in prędio,cuius vſusfr.eſt alienus, habere cuſtodem prædij inuito fructuario, habere ſaltuarium vel inſularium. Quia intereſt proprietarij fi-
B nes prædij tueri,*l.ſi ita legatus* §.1.*de vſufruct.& hab.* Ergo vſusfr.non habet intermiſſioné ſui natura;conſequenter,ſi aliud voluerit teſtator, id eſt, ſi intermitti voluerit, vt ſi eum legauerit alternis annis, plura legata conſtituere voluiſſe videtur,plures vſusfr.Et ita,per vices temporis renouabitur vſusfr. nec erit idem ſingulis annis, ſed alius. Notandum eadem ratione vſumf. legatum alternis annis vni vel duobus ſeparatim,non amitti capitis deminutione,quia plura tempora ſunt. Regulariter vſusfruct. amittitur morte naturali,quod eſt certiſſimum,ſed & capitis deminutione fructuarij amittitur;qualicunq;ſecundum ius vetus, id eſt, maxima, media, minima. Maxima facit te ſeruum: media facit te peregrinum: minima facit te extorrem domo,penatibus, familia tua, ſalua ciuitate.
C Hodie amittitur vſusfr. maxima & media, non minima: non amittitur emancipatione fructuarij, non adrogatione,quibus familia commutatur. Sed notandum eſt etiam, vſumf. amitti morte eius,in quo eſt vſusf.vt ſi ſit legatus vſusfr. ſerui. Adiicio etiam capitis deminutione ſerui vſumfruct.amitti: quaſi verò ſeruus poſſit capite minui. Certe non poteſt, quia caput non habet,id eſt,neque ciuitatem vllam habet,neque libertatem, nec familiam, §. *ſeruus,de capit. minut.* Sed ſi manumittitur ſeruus,etiã capite non minuitur, quandoquidem manumiſſio aliud facit, quam capitis minutio. Capitis minutio ſeruum facit, & peregrinum,manumiſſio facit liberũ, & ciuem & patremfr. Ergo manumiſſio nõ eſt capitis deminutio,ſed in vſufr. amittendo manumiſſio habetur pro capitis deminutione. nam vſusfr. amittitur manumiſſione ſerui, in
D quo erat, quia nec poteſt in libero homine vſusfr. eſſe alteri, *l. vlt. C. de vſufr.* Sed relinquamus eum hominem, in quo eſt vſusf. Redeamus ad eum hominem, qui habet vſumfr. Regulariter, morte eius & capitis minutione amittitur vſusf.excepta minima capitis minutione ex Cõſtit. Iuſtin. *l. pen. C. de vſufr.* Verum eſt hoc,ſi vſusfr.ſit legatus ſingulis.ſed ſi alternis annis, non amittitur capitis deminutione,hoc eſt,illius tantum anni vſusfr.amittitur,quo legatarius capite minuitur, non ſequentium annorum: illius, inquam, tantum anni vſusf. amittitur, & perit,ſi non ſit ei collegatarius cõiunctus, cui adcreſcat. Ideo poſuit, ſi animaduertiſtis ſupra, ſpeciem in vſuf.alternis annis duob.legato ſeparatim,non coniunctim. Cur vero illius tantum anni vſusf.perimitur,quo fructuarius
E capite minuitur? Quia plura ſunt legata,& vt Pap.ait in hoc §.*commemoratio temporis vim repetitionis habet.* Repetitio eſt relegatum:ait repetitio legati,ergo repetitio plura conſtituit legata. vnum legatũ, ſi amitto capitis deminutione, ſequens non amittam, niſi accedat noua capitis deminutio. Qui ergo legat vſumfr. alternis annis, plura. vſusfr.legata conſtituit,& interueniente capitis deminutione,ille tantum vſusfr.perimitur,qui eam præceſſit,*l.1. §. vſque, hoc tit.* non qui ſubſequitur. Idem omnino erit dicendum, ſi vſusfr.legetur in annos ſingulos,vel in méſes, vel in dies. namque quot ſunt menſes, quot dies, anni, tot etiam legata, & commemoratio temporum facit plura legata. qui ita legat, non legat tantum, ſed & relegat; iterum ac iterum *d.l.* 1. §. *vlt. hoc tit.* & *l.1. de ſeruit. præd.* Idem etiam erit,ſi quis legauerit vſumfr. ad certum

tempus, puta ad decennium: nam perinde est, ac si legasset in annos singulos vsque ad decennium. hæc definitio temporis pro repetitione habetur, & plura sunt legata, quæ non amittuntur simul omnia contingente vna capitis minutione. Idem erit omnino, etiamsi quis legauerit vsumfr. quamdiu vixerit legatarius, quod tacite intelligatur id quod voluit exprimere, & dixit, *lego tibi vsumfr. quamdiu viues*. Hoc non videtur quod tacite inerat, expressisse frustra: hęc finitio vitę pro repetitione habebitur, *l. 3. hoc tit. & l. si quem rem §. vlt. de euict.* Ac ita hoc casu non eadem est vis taciti, quæ expressi: nam si exprimat quamdiu viues, plura sunt legata, si id retineat, vnum est legatum vsusfr. quod euenit sæpe in iure. expressa pupillaris excludit vulgarem, tacita quę inest vulgari, non excludit vulgarem, *l. precibus, C. de impub. & aliis subst.* Idem est, si non legetur vsusf. adscripto tempore certo, sed legetur aliud certū quid in annos singulos, vel in menses singulos, & vsque ad certū tempus, veluti certa pensio, certa quantitas alimentorum nomine: nam plura intelliguntur esse legata, quæ omnia mors vna exstinguet, sed non capitis minutio vna, *l. 4. l. cum in annos singulos, de ann. leg. l. si duas, l. si cum præfinitione, quand. dies leg. ced. l. rem, de vsufr. leg.* Idem est, quod est notandum, si legetur perpetuus rei euentus ad certum tempus, vel in annos singulos, quod ipso iure non valet. Euentus non potest finiri tempore solo, euentus non potest acquiri ad tempus, *l. nemo potest, de leg.* 1. *l. obligationum fere, §. placet, de oblig. & act.* Sed si ita constituatur dominium ad tempus, ratum erit legatum. Rata conuentio remedio cautionis: nam legatarius cauebit de restituenda re post tempus, vel etiam remedio exceptionis: Nam si eam nanciscatur heres, heres retinebit rem opę exceptionis doli mali, quæ est sententia *l. vlt. C. de leg.*

Vsusfr. repetitus & relegatus esse videtur, qui legatus est alternis annis, mensibus, diebus, quo genere perspicuum est, testatorem intermitti vsumf. voluisse. Et hęc voluntas satis idoneum argumentum præstat repetitionis. Sed etsi testator noluerit vsumfr. intermitti, verum legauerit in annos singulos, vel si ad certum tempus, puta vsque ad decennium, vel ad tempus vitæ, quamdiu viuat legatarius: his quoque modis non videtur repetitus vsusfr. Et his quidem omnibus modis repetitur palam, sed repetitus intelligitur. Igitur commemoratio illa fine definitione temporis vicem repetitionis habet, vt hic ait Papin. Videamus an nunc repeti nominatim vsusfruct. possit, vt proponetur in *l. 3. in princ. hoc tit.* Titio lego vsumfr. illius fundi, quotiensque Titius capite minutus fuerit, alij eundem vsumfr. do, lego, vel quotiens amissus erit vsusf. ei eundem do lego, & recte Florentiæ scriptum, *quotiensque*, pro *quotiescunque*. Et ita est scribendum in *l. in singulos, de ann. leg. & l. 2. §. merito, ne quid in loco publico, quotiensq; in publico aliquid fieri permittitur, oportet promitti, vt sine iniuria cuiusque fiat.* Ergo ex principio *l. 3.* intelligimus, non tantum tacite, sed etiam expressim vsumf. in eum casum, quo amittatur, repeti, & iterari, id est, relegari posse atque restitui. Repetitio vsusfr. est relegatum vel relegatio, quæ fit in casum capitis minutione, vt sc. & post capitis deminutionem, alius eiusdem personæ, quæ capite minuta est, eiusdem rei vsusf. competat, & debeatur, & non tantum post capitis deminutionem, sed postquam amissus erit qualicunque ratione, dummodo non morte, *l. 5. hoc tit.* nam post mortem frustra repetitur, nisi heredibus legatarij legetur quasi nouæ personæ, quo tantum casu heredum appellatio pertinebit tantum ad proximos, non ad quoscunque in infinitum, argumento *l. antiquitas, C. de vsufr.* Alioquin si vsusf. pertineret ad omnes heredes in infinitum, inutilis fieret proprietas, semper abscedente vsufruct. Qui legat igitur vsumfr. heredibus, primis tantū heredibus legat. Sed notandū valde quod ait *d. l. 5.* repeti posse vsumfr. amissum qualicunque ratione, dummodo non morte. qui excipit amissum morte, qualicunque alia ratione amissum concedit repe-

A ti posse. Et ob id in *l. 7. h. t.* non hæc tantum datur formula repetendi vsusf. quę est specialis, *quotiescunque capite minutus fuerit*. Septem sunt rationes amittendi vsusf. morte, capitis minutione, tempore, si ad certum tempus sit legatum, non vtendo legitimo tempore, & rei mutatione siue peremptione, itemque cessione in iure, id est, si fructuarius ad prætoris sellam vsumf. cedat proprietario. Ac postremo dominij seu proprietatis acquisitione, quod est confusione, siue consolidatione. Excepta morte, his omnibus modis, postquā amissus est, vsusfr. repeti potest. Post capitis minutionem certum est: postquam intermisit vti, *l. si vsusfr. alternis, h. t.* Post tempus, cur non etiam repetetur? Item restituta re, quæ debuit vsumfr. puta restituta domo, cuius vsusfr. fuerat legatus, & quę post fuit

B exusta. cur etiam non repetetur vsusfr. hoc modo, *quotiens res perimetur, eidem vsumfr. do, lego*, si restituatur. Itē posteaquam fructuarius cessit proprietario, cur in hunc casum etiam nō repetetur? Ac postremo proprietate acquisita fructuario, & ea reuersa ad heredem, cur etiam in hunc casum non repetetur? ergo verum est, quod ait *d. l. 5.* qualicunque ratione amissum repeti posse vsumfr. Videamus, an etiam qualicunque capitis minutione amissus vsusfr. repeti possit. Accurs. existimat, non posse repeti nisi amissum minima capitis deminutione, quandoquidem existimat, non posse his legari, qui passi sunt maximam & mediam capitis deminutionem, quod falsum est: nam *l. 5.* ait *qualicunque ratione*. ergo & qualicunquē minutione. aut si hoc restringatur ad minimam, inutile est quidquid scriptum est in *l. 3. h. t.* & in *l. in singulos,*

C *de ann. leg.* Nam hodie ex Const. Iustin. vsusfr. non amittitur minima capitis minutione, *l. pen. C. de vsufr.* Quod non amittitur, inutiliter repetitur. Tribonian. ex Constit. Iustin. *l. 1. de vsufr. leg.* dum ibi dicitur, vsumfr. amitti, si legatarius minutus fuerit, adiecit ex magna causa, hoc est, si subierit maximam & mediam capitis minutionem, quia sc. hodie non amittitur minima deminutione: & fortiter defendi potest; hodie nullam esse minimam capitis deminutionem. Emancipatio & adoptio est minima capitis deminutio, redigitur enim his modis quis in imaginariā seruitutis formam, antequam adoptetur, vel emancipetur, *l. vlt. de capit. minut. l. vlt. C. de adopt.* Hodie eæ imaginariæ venditiones non sunt in vsu. qui emancipatur, apud acta emancipatur. Ergo qui adoptatur, fit

D alieni iuris sine capitis minutione Et qui emancipatur, fit sui iuris sine capitis deminutione. Sicut qui morte patris, vel adoptione fit sui iuris sine capitis deminutione; Nec quod ex filiof. paterf. fio, ideo capite minuor, *l. 3. §. vlt. ad Maced. l. 1. §. sed etsi morte, quando de pecul. act. annalis est.* Et similiter dignitatib. quibusdam certis mei iuris fio sine capitis minutione, *Nou.* 81. & iure veteri Sacerdotio & Flaminio Diali mei iuris efficior. Ac similiter hodie mei iuris fio sine capitis minutione per emancipationē. Merito igitur hodie emancipatione non amittitur vsusfr. Tribonian. igitur, qui ex Constit. Iustin. in *d. l. 3.* adiecit hęc verba, *ex magna causa*, non reliquisset tot locos de vsuf. relicto post capitis minutionem, si non possent accommodari ad maximam & mediam capitis deminutionem. Ergo profliganda hæc opinio Accurs.

E quin potius affirmandum nobis est, aptari posse ad quālibet capitis deminutionem. Non est præterea omnino verum, non posse legari his, qui passi sunt maximam & mediam minutionem: maxima facit seruos pœnæ, media facit peregrinos. Constat autem primum seruis alienis posse legari ex persona dominorum, *l. non minus, de hered. instit.* Ergo & relegari. Et consequenter, legatum libero relictum, post seruitutem repeti constat etiam damnatis in metallum, quamuis nullius sint serui: ex cuius persona possint designari, & habere testamēti factionem. non seruis Cęsaris, non fisci, sed seruis pœnę metallicis, quamuis nullius sint serui quam pœnæ, cui obnoxij sunt, tamē eis recte legatur ex causa alimentorum, *l. is cuius, de alim. leg. l. 1. de his, quæ pro non script. hab.* Et similiter deportatis, id

est, peregrinis recte legatur ex causa alimentorum, *l. 16. de interd. & releg.* Et vsusfr. nonnunquam legatur alimentorum causa, *l. cum hi §. si annos, de transact.* Ergo vsusfr. relegatur recte maximam & mediam passis capitis deminutionem. Obstat *l. licet, de vsufr. leg.* quæ vt scripta est, videtur velle, vno tantum casu repeti vsumfr. legatū: videl. si relegatur in annos singulos, quod pugnat cum his, quę diximus: nam & repeti diximus, si legetur ad certum tempus, vel alternis annis ad certum tempus, vel si legetur, quamdiu viuat legatarius, & etiam nominatim recte repeti. Videamus quæ sint verba legis. *licet,* inquit, *testatori repetere legatum vsusfructus, vt & post capitis deminutionem debeatur.* Quod autem licet, lege licet aut constitutione aliqua: & ideo quia dixit, licet, subiicit, *& hoc nuper Imperator Antoninus ad libellum rescripsit.* Ergo ex ea Constitutione licet testatori repetere legatum vsusfr. & subiicit, *tunc tantum huic Constit. locum esse, cum in annos singulos relegaretur.* male Accurs. legit, *res legaretur,* melius *relegaretur,* vt in *l. 3. h. tit.* Etiam male Accurs. legem intellexit de tacita repetitione: nam maior erat quæstio, an posset repeti expressim. facilius quid fit tacite, quam expresse, *l. nonnunquam, de condit. & demonstr. l. si quis Sempronium, de hered. instit.* Est varia lectio illius loci. alij habent, *tunc tantum,* alij, *tunc tamen.* vtraque falsa est. legēdum est; *nec tantum.* Lex enim ait, *licet testatori repetere legatum vsusfr.* Et hoc ius ait esse ex rescripto Antonini, *nec tantum huic Const. locum esse, cum in annos singulos relegaretur:* sed cum relegaretur nominatim. nam ita omnino scriptum est, in princ. *l. 3. hoc tit.* id est, non tantum legari posse in annos singulos, atque ita tacite repeti, sed etiam palam posse repeti. Et de eo dubitabatur magis, quod repetito vsufr. post capitis deminutionem, videtur fieri fraus iuri publico, quo cautum est, vt vsusfr. finiatur capitis minutione. Verum fraus non fit in totum, aut naturali ratione: nam is vsusfr. amittitur capitis minutione, qui iam præcessit, non qui insequitur: & qui insequitur secundum ius publicum extinguetur contingente alia capitis minutione. Ergo ex Const. Antonini, non tantum tacite, sed & palam repetitur vsusfr.

Ad §. hæc autem repetitio l. 3. quibus. mod. vsusfruct. amitt.

Hæc autem repetitio, quæ fit post amissum capitis minutione vsumfructum, quæritur, an & ius accrescendi saluum secum habeat; vt puta Titio & Mæuio vsusfructus legatus est: & si Titius capite minutus esset, eidem vsumfructum legauit: quæsitum est, si Titius ex repetitione vsumfructum haberet, an inter eos ius accrescendi saluum esset? Et Papin. lib. 17. quæst. scribit, saluum esse, perinde ac si alius esset Titio in vsufructu substitutus. Hos enim tametsi non verbis, re tamen coniunctos videri.

HIs quę retulimus ex *l. 2. h. t.* necessario addendę sunt quæstiones duæ, quæ referuntur ab Vlpiano in *l. 3. h. t.* Prior hæc est, *an repetitio vsusfr. quæ fit post amissum vsumfr. capitis deminutione, etiam ius accrescendi saluum secum habeat,* quæ proponitur in *§. hæc autem repetitio.* Eadē est quæstio posterior proposita in *§. idem Pap.* eiusdem legis. Et hoc tantum interest, quod vna est de vsuf. toto, altera de parte, & hæc subtilior illa. Ad priorem quæstionem fac speciem hoc modo: legatus est fundi vsusfr. Titio & Mæuio iisdem verbis: *lego vsumfr. Titio & Mæuio.* sunt coniuncti re & verbis, & inter eos locum habet ius accrescendi, id est, repudiante, vel moriente, vel capite minuto alter retinet totum vsumf. Quid est ius accrescendi? est retentio totius legati. Quid est ius accrescendi? nullius in legato concursus. Sed rursus finge: idem vsusfr. separatim repetitus est in persona Titij, hoc modo: *quotiensque Titius capite minutus erit, ei vsumfr. lego.* Quæritur, *Titio capite minuto, & nunc habente vsumfr. ex repeti-*

A *tione, an Titius & Mæuius coniuncti sint? atque ita, an sit inter eos ius adcrescendi? An Titio mortuo, vel capite minuto adcrescet Mæuio, vel contra, Mæuio mortuo, aut capite minuto, an adcrescat Titio?* Et certissimum est, quod Papin. ait, inter eos saluum esse ius accrescendi: nam initio quidem fuerunt Titius & Mæuius re & verbis coniuncti, post capitis minutionem Titij, Titio habente vsumfr. ex relegato, non sunt coniuncti quidem verbis, quia separatim, id est, separata oratione in persona Titij repetitus est vsusfr. sed sunt re coniuncti, quia vnicuique in solidum legatus aut relegatus est vsusfr. Ergo inter eos est ius accrescendi: nam ius accrescendi locum habet non tantum inter re & verbis coniunctos, sed etiam inter re tantum coniunctos, secundum regulam Celsi, quæ est in *l. 3.* B *de vsufr. accresc.* quia singulis ab initio solidum relinquitur, nec nisi concursu partes faciunt. Inter verbis tantum coniunctos, quibus ab initio ascribunt partes, atque ita qui quasi in diuersas res vocantur, puta hoc modo: *Titio & Mæuio vsumfr. ex æquis partibus.* Inter hos non est ius accrescendi, quia concursu non faciunt partes, sed eas habent ab initio factas testamento. Et inter verbis tantum coniunctos non esse ius accrescendi, quod & ex veteribus animaduerti, ostendit aperte lex *pen. de vsufr. accresc. & l. 66. de her. inst.* Coniunctio orationis nihil facit, quia plerumq; affectatur celeritatis & breuitatis studio. Coniunctio rei hæc est, quæ momentum habet, & pondus, quæque gignit ius accrescendi. Et idem etiam ostendit *§. si eadem, Instit. de leg.* qui statuit ius accrescendi C inter re & verbis coniunctos, & inter re tantum coniunctos, & nihil adiicit de verbis tantum coniunctis, quia inter verbis tantum coniunctos non est ius accrescendi: nisi testator ascripsit partes ab initio ea mente, non vt eos separaret, & in diuersas res vocaret, sed vt fieri adsolet, vt ostenderet, quas partes facturi essent concursu: quo casu verbis sunt coniuncti palam, non re, sed etiam re intelliguntur esse coniuncti ex mente defuncti. Et ita est casus ad *l. re coniuncti, de leg. 3.* dum ea lex non tantum re & verbis coniunctum præfert re coniuncto, sed etiam verbis tantum coniunctū, qui ex mente defuncti & re cōiunctus est. Alioqui frustra quæris, an verbis coniunctus tantum præferatur cæteris, qui detracta voluntate defuncti, nullum ius accrescendi habet. In hac specie, quia & Titio habente vsumfr. ex repetitione, Titius & Mæuius D iudicantur esse re coniuncti, licet non sint coniuncti verbis inter eos versatur ius accrescendi: & idem eueniet vsufr. legato Titio & Mæuio, si non repetierit vsumf. post capitis minutionem Titij, sed in eum casum Titio Sempronium substituerit: nam substitutio fit etiam recte in legatis, *l. vt in heredib. de leg. 1.* Ergo non ita dixit, *si capite minutus erit, tibi vsumfr. lego,* sed ita: *si capite minutus eris, Sempronius tibi substitutus esto.* Hoc casu inter Mæuium & Sempronium erit ius accrescendi, quia sunt re coniuncti, quamuis non eodem gradu. Gradus non mutat coniunctionem rei inter me & te. si fit ius accrescendi, erit inter me & substitutum tuum. Et similiter in causa proprietatis, quæ potest transmitti ad heredem, erit ius accresc. inter me & heredem tuum, *l. hac scriptura §. vlt. de cond. & demonst. l. cum ex filio §. vlt. de vulg. subst.* Et hæc E sufficiant de priori quæstione.

Ad §. idem, eodem.

Idem Papin. quærit, si Titio & Mæuio vsufructu legato, in repetitione vsusfructus non totum, sed partem Titio relegasset, an viderentur coniuncti? Et ait, si quidem Titius amiserit, totum socio adcrescere. Quod si Mæuius amisisset, non totum accrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire. Quæ sententia habet rationem. neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit vsumf. & resumit, etiam ipsi quicquam ex vsufr. accrescere: Placet enim nobis, ei qui amittit vsumf. ex eo, quod amittit, nihil accrescere.

Sequitur

SEquitur poſterior quæſtio. Finge: legaui vſumfr. Titio & Mæuio: ſunt coniuncti re & verbis. & ſi Titius capite minueretur, eidem relegaui non totum vſumf. ſicut in priori ſpecie, ſed partem vſusfr. tantum. Sed hoc caſu, an etiam Titius poſt capitis minutionem quam ſubiecit, & Mæuius coniuncti ſint? Et dicam eſſe etiam cõiunctos re, non verbis: nam cum vni legatur totum, alteri pars, ſunt inuicem coniuncti re, quia pars eſt in toto: & cui legatur totum, ei etiam legatur pars, quæ legatur alteri, *l. Mæuio, de leg.2.l.3.§.non ſolum, de vſuf.accreſc.* Mæuio legatus eſt totus vſusfr. Titio pars. Ergo inter Mæuium & Titium habentem partem vſusfr. ex repetitione erit ius accreſcendi mutuum. Omne enim ius accreſcendi eſt mutuum & reciprocum. Sed tantum hæc eſt differentia huius caſus poſterioris à priore, quia Titio amittente vſumf. quẽ habet ex relegato, totus accreſcit ſocio, *§.idem Papin.* id eſt, Mæuio, collegatarium vocat ſocium, vt *l.8.vſufr. quemadm. cau.* Nam & collegatarios omnes coniungit ad ſocietatem, *l.heredes §.non tantum, famil. erciſc.* Et omnes re coniuncti, ſocij ſunt. Hoc ergo dicas, Titio amittente partem vſusf. quam habet ex relegato, quũ ex legato habebat totum, totum illud parti accreſcere Mæuio. contra, Mæuio amittente vſumf. qui totus ei fuerat legatus, totus is, quem habuit Mæuius, non accreſcit Titio ex repetitione habenti partem vſusfr. ſed pars tantum: pars altera redit ad heredem ſcriptum, id eſt, ad proprietatem, atque ita vſusfruct. fiunt tres partes. vnam habebit Titius iure repetitionis, alteram iure accreſcendi, tertiam autem habebit proprietarius, ſicut heres ſcriptus iure cõſolidationis. Et ratio hęc eſt valde elegans & ſubtilis Papiniani noſtri, quia Titius initio totum amiſit capitis minutione, & mox partem tantum reſumpſit, ſiue recepit ex repetitione. Ac conſequenter partem alteram omnino amiſit, nec reſumpſit: quia accreſcere ea pars ei nullo modo poteſt. quæ non reſumitur, nec accreſcit: ne fiat cõtra voluntatem teſtatoris, ſi legatarius plus habeat parte legati prioris, quæ ſi non accreſcit, ergo recurrit ad proprietarium, id eſt, heredem ſcriptum. Pars vſusf. quẽ amittit collegatarius, mihi accreſcit ſane, etiamſi amiſerim meã partẽ, lite cum alio conteſtata, *l. idem, de vſuf. accreſc. l. ſi Titio fructus §. vſuf. de vſuf.* Pars autẽ mea, quam amiſi, mihi nunquã accreſcit. igitur ex repetitione partẽ tantũ vſusf. reſumo: pars altera, quam non reſumo, mihi nõ accreſcit contra voluntatẽ defuncti, argum. legis, *cum tale, in fin. de cond. & dem.* ſed accreſcit collegatario, veluti Mæuio, in hac ſpecie, ac deinde deficiente collegatario, etiam pars illa, quam amiſi ſemel, nec reſumpſi, mihi non accreſcit, ſed recurrit ad proprietarium, pars altera mihi adcreſcit. Itaque peritiſſime dixit in ſpecie propoſita Papin. vſumf. quem habuit Męuius, qui defecit capitis minutione, partim ad Titiũ redire, partim ad proprietariũ: nec totum poſſe redire ad Titiũ collegatarium. quę in vſuf. Mæuij fuit pars, quam amiſerat ante Titius, nec receperat iure repetitionis, nec recipiet etiam iure accreſcendi. Hic eſt certiſſimus ſenſus, in quo multum laborat Accurſ. Notandum ex eo præterea, hanc eſſe vim repetitionis, ſi intermiſſionẽ non habeat, vt ſi non legetur vſusfr. alternis annis, vel non ſingulis, quo genere repetitur quidẽ, ſed cum interuallo temporis. Si igitur repetitio intermiſſionem non habeat, vt ſi legetur in annos ſingulos, vel dies, vel ſi legetur ad certũ tempus, vel ad tẽpus vitæ, vel manifeſta repetitione, quotiẽs capite minutus erit, vel amiſſus erit, vis eius repetitionis hæc eſt, vt eodem prorſus momento legatarius amittat vſumfr. & reſumat, vt eodem momento amittat & reſumat legatũ, vel partem, ſi pars tantum relegata fuerit. Partem autem amiſſam, nec reſumptã, nec poſſis dicere accreſcere parti reſumptę eodem ipſo momento, & nec poſtea ex interuallo, puta collegatario amittente vſumf. Et omnino ita ſe res habet: ei, qui amittit vſumfr. ex eo, quod amittit, neque mox, neque poſtea quicquã accreſcere poſſe, etiamſi ex eo, quod amiſit portionẽ aliquã reſumſerit poteſtate repetitionis.

Quæſt. Papin.

A

Ad l. 8. de vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum.

Tribus heredibus inſtitutis, vſumfr. quindecim millium Titio legauit, & duos ex heredibus iuſſit pro legatario ſatiſdare. Placebat, vtile eſſe cautionis quoque legatum: nec refragari Senatuſconſultum, quia cautio non impediretur, & eſſe alterum legatum velut certi, alterum incerti. Vſusfructus itaque nomine partem pecuniæ petendam ab eo, qui ſatis accepit à coherede, incertique cum eodem agendum, ſi ſatis non dediſſet. Eum vero, qui ſatis præſtitit, ac propter moram coheredis ſatis non accepit, neque fructus nomine interim teneri, propter SCtum: neque actione certi, B *quia coheredi ſatiſdedit. Illud etiam nobis placet, legatarium cogendum promittere. Finito autem vſufr. ſi coheredes ex cauſa fideiuſſoria conuenirentur, eos mandati non acturos: non enim ſuſcepiſſe mandatum, ſed voluntati paruiſſe: denique cautionis legato liberatos. De illo nec diu tractandum fuit, ſecundum legatum, id eſt, cautionis, non heredum videri, ſed eius, cui pecuniæ vſusfr. relictus eſt, cuique teſtator proſpicere voluit, & cuius intereſſe credidit, fideiuſſores non ſuo periculo quærere.*

TOtus hic tit. Senatuſc. eſt, quo cautum fuit, vt earum rerum, quę in bonis eſſent, legari vſus & fructus poſſent, *l.1.h.t.l.1.de vſufr. leg.l.vſufr. ad l. Falcid.* Igitur ante SC. omnium rerum vſus, vt fructus legari non potuit, quoniam nec omnium rerum eſt vſus, id eſt, non omnes res in vſu conſiſtunt. C ſunt quas perdis, ſi incipias vti. perdis oleum, frumentum, eſculenta, ſi vtaris, ſed ſenatus decreuit, vt & harum rerum, & generaliter omnium, quæ in bonis noſtris eſſent, vſus & fructus legari poſſent, ad quod SC. totus hic titulus pertinet. Pecunia numerata, id eſt, nummi, vinũ, oleũ, frumentũ, lana, odores, aromata, veſtimenta, ſunt in bonis noſtris. ergo earum rerũ vſum, vel vſumf. legare poſſumus. Quod tamen cũ dixeris, cum natura ipſa pugnare videbere, quia vi & natura harum rerum non eſt vſus, ſed abuſus eſt, vt eſt in *l.5. §.1. h.t.* hæ res non ſunt in vſu, ſed in abuſu vno loco, & alio loco ait, in abſumptione. Abuſus eſt abſumptio rei, priuatio vel peremptio vſu. abuti, quod & deuti dixit. Æm. D Probus, eſt abſumere, & vt legendũ videtur in *l.7.h.t.ſupr. hæ res abuſu continentur,* vulgo legitur, *vſu conſumuntur.* Sed & Pandectæ Flor. habent, *continentur,* & Baſ. ἐν ἀποχρήσει, *id eſt,* in abuſu. *& vſusfr. eſt ius vtendi, fruendi ſalua rerum ſubſtantia, l. 1. de vſufr.* ea verba, *ſalua rerum ſubſtantia,* cur maxime in definitione adiicit? An, vt vulgo exiſtimant omnes, quia exempli gratia domo exuſta, aut fundo perempto terræ fragore ſiue chaſmate, vel vt ait *l.pen. C. de vſufr.* perempta rei ſubſtantia finitur vſusfr. eius rei? An ob id igitur adiecit, *ſalua rerum ſubſtãtia?* quod vix crediderim: nam cur hanc rationem amittendi vſusf. comprehenderet in definitione potius quam alias? Aut quid attineret in definitione exprimi rationem ex ſeptem vnam amittendi vſusf. Dixit ergo, *ſalua rerum ſubſtantia,* E quia ſi vtendo pereat ſtatim rei ſubſtantia, non eſt vſus, ſed abuſus. ſi vtendo rem perdas & conſumas, ſi interimas rei ſubſtantiam, ſi vino aut pane abutaris, non vtaris. Quid eſt igitur vſus? quo ſcilicet vtimur re ſalua, alioqui eſt abuſus, vſus non perimit rem. Abuſus perimit. Eadem eſt ratio pecuniæ vel nummorum: nam pecunia qua vtimur, quodammodo diſperit. Et vt ait *§. conſtituitur, Inſtit. de vſuf.* pecunia ipſo vſu aſſidua permutatione, compluriũ manuum attrectatione, quodammodo extinguitur. Eadem eſt etiam ratio veſtimentorũ: nam & hæc vſu deteruntur. nec igitur eis vtimur, quin aliquatenus abutamur. Supra dixi, nec feci gradus harum rerum: nam vſus ſum exemplo vini, pecuniæ & veſtis; tollis & abſumis vinum quo vteris, nummos, quibus vteris, non tollis, manent, ſed quodammodo tollis cum permutas, & in alias manus peruenire ſinis: veſtimenta, quibus vteris,

Ff

minuis, dum vsu atteris, vt in *l. 1. h. t. tolluntur aut minuũtur.* contra agrũ, qui proprie in vsu consistit, quo vteris, neque minuis, neque tollis, possis defrugare, veluti ligno, segete aut satione continua, non tollere aut minuere: quemque etiam nec ita defrugare possis, vt non possit ad fruges, ad vires redire noua cultura. Igitur nullo SC. fieri potest, vt earum rerum, quæ sunt in abusu, sit vsus vel vsusfruct. natura rerum mutari non potest iure ciuili. Verum Senatusconsultum, de quo agit in hoc tit. efficit, vt etiam earũ rerum, quæ sunt in abusu, quasi vsusfr. esset, introducto remedio cautionis: nã ita res procedit. Si legatus sit vsusf. pecuniæ, siue nummorum, legatarius numeratione eius pecuniæ dominus fit pleno iure, sed cauet heredi de reddenda tanta pecunia, si morietur aut capite minuetur. Hi duo tantum casus excipiuntur: nec enim non vtendo, nec aliis modis pecuniæ vsus amitti potest, *l. 9. & 10. hoc tit. l. 7. §. vlt. vsufr. quemadm. caueat.* Eodéque modo, si legatus sit vsusfruct. vini aut cellæ vinariæ, legatarius traditione dominus fiet, sed cauebit heredi de reddenda tanta pecunia, cum morietur aut capite minuetur, quanti vinum æstimatum fuerit: traditur enim illi æstimatum, vel etiam cauebit de reddenda eadem mensura, bonitate vini, *si vini 7. h. t.* Et ex his etiam apparebit horum trium generum differentia. is, cui legatus est vsusfruct. vestis, cauet de reddenda eadem veste, in omnem casum amissi vsusf. nec tenetur, si vsu attritã reddat, *l. 9. §. pen. vsufru. quemad. cau. inf.* vel etiam, quod est melius, vt superioribus casibus vestis ei tradatur æstimata, & cauebit de reddenda æstimatione tempore mortis suæ, aut capitis minutione, *d. §. constituitur, Instit. de vsufr.* Videtur ita per cautioné hanc rei, cuius nõ est proprie vsus, quodammodo vsus constitui, & in accipientem legatarium transferri sane dominium, sed propter cautionem, hoc dominium effectum tantum habere vsus, namque finitur morte, aut capitis minutione. Remedio cautionis multa fiunt, quæ alias fieri non possent. Remedio cautionis dominium constituitur ad tempus nominatim, vt, *lego tibi rem ad decennium.* Et remedio cautionis ita dominium finitur tempore quodammodo, quod alias non finiretur tempore, *l. vlt. C. de leg.* Remedio cautionis quasi vsusf. constituitur earum rerum, quarum sua natura nõ est vsus, sed abusus, vt sane hodie locus non sit argumento *Cic. in Top.* eam, cui maritus legauit fructus omnium bonorum, cellis vinariis & oleariis plenis relictis non posse vti, quia vsus sit legatus, non abusus: nam id quidem ita est detracto remedio cautionis. verum adhibito remedio cautionis, longe aliud est: ac proinde oblata cautione, mulier etiam vtetur cellis vinariis & oleariis, cum legatus est vsusfructus omnium bonorum. nam ex SCto nihil est, quod non cedat in vsusfr. legatum, *l. vsufr. ad l. Falcid.* Quin & cautio forte omissa tacite intelligitur, *l. 5. §. pen. hoc tit.* Plus efficit remedium cautionis, vt scilicet constituatur quasi vsusf. vel vsus itineris, viæ, actus, aquæductus, vel aquæ haustus, quod neque etiam natura fit, neque ex SC. videtur fieri: nam natura non fert vt sit vsus, vel vsusf. itineris, id est, seruitus seruitutis. seruitus, est qualitas: qualitatis qualitas nõ est. ergo est valde absurdũ, si dixeris, vsus vsũ esse. itineris est vsus, sed huius vsus nõ potest esse abusus: neque enim vtile est legatum propter Senatusconsultũ, quod loquitur tantum de his, quæ sunt in bonis nostris. seruitutes non sunt in bonis nostris, ob id quia nec sunt, sed intelliguntur: sunt enim res intellectuales, quæ sensibus non percipiuntur, sed intellectu solo separantur & abstrahuntur. non potest esse in bonis nostris, quod non est, sed neque etiam eæ sunt extra bona: nam latissima est bonorum significatio. etiam iura, actiones, obligationes, seruitutes, & quælibet res omnes incorporales patrimonio nostro accencentur. Ergo videbatur esse inutile legatũ, si quis legaret vsumfructum itineris, id est, seruitutis illius: sustinetur tamen legatum remedio cautionis: nam heres persoluit legatum, si legatarius ei caueat

A de restituenda ea seruitute, quoties mortuus, aut capite minutus erit, *l. 1. D. de vsu & vsuf. leg.* Et eadem ratione dubitabatur etiã postSC. an posset legari vsusf. nominũ. nomina sunt iura, obligationes, &c. Dubitabatur propterea, quod nõ sunt proprie, quæ corpore prædita non sunt, quæ iuris tantũ intellectũ habent, iuris fundamentũ. sed placuit etiã vsumf. nominis recte legari, & vsuras videri legatas, *l. 3. h. t.* Vsura est quasi vsusf. nominis. & ita quod notandum maxime, in hoc proposito remedio cautionis: nam vsura nominis non debetur nisi ex cautione, id est, stipulatione, *l. 3. C. de vsur. l. Titius, sup. de præscript. verb.* Remedium, inquam, cautionis seu stipulationis efficit, vt pecunia quodammodo pariat pecuniam. nec mirum, si pariat, quod sæpe abortum facit. Hæc autem cautio SC. vt indicat hæc l. 8. est satisdatio fideiussoris, id est, cauere hanc cautionem legatarius debet datis fideiussoribus, nec satis est, si ipse promittat solus, promissore ipso opus est, & adpromissore. denique hæc cautio est satisdatio, nec potest remitti à testatore, *l. 1. C. de vsufr.* alioquin nullus esset effectus legati, & secum ipse testator pugnaret, si legaret vsumfr. nummorum, & detraheret istam cautionem, non potest impediri hæc cautio à testatore. nam & SC. nominatim iniungitur, *l. pen. hoc tit.* & cautio legib. vsitata non posset etiam remitti à testatore, nisi id D. Marcus permisisset, *l. 2. vt in poss. leg.* Nam testator non potest facere, ne leges locum habeant in suo testamento, nisi alia lex hanc ei potestatem dederit, *l. nemo potest, de legat. 1.* Et verum est, non posse testatorem auferre satisdationem, & si velit ea exonerare legatarios, potest, id est, si nolit eos fideiussores quærere, suo periculo posse onus fideiussoris trãsferre in heredes suos, vt scil. ipsi fideiubeant pro legatario sibi inuicem, & aliis coheredibus, vt in specie huius l. quæ est talis. Quidam tres heredes scripsit, & legauit ab omnibus Titio vsumfr. quindecim millium, & duos heredes iussit pro Titio fideiubere de reddenda ea pecunia mortuo, aut capite minuto legatario. Duplex est legatũ relictum Titio, vnum est legatum vsusfru. quod quidem petet actione certi ex testamento, quæ est certa summa, cuius traditione fiet dominus, & petet ab omnibus heredibus pro portione hereditaria. Alterum legatum, est legatum cautionis siue fideiussionis, quod petet à duobus illis heredibus actione incerti ex testamento: nam cautio, obligatio, liberatio iura omnia incorporalia sunt, res incertę, petuntur actione incerti, cautio petitur actione incerti, *l. 5. §. 1. h. tit.* eas cautiones petet actione incerti, id est, vt fideiubeant pro eo de reddendo vsufr. pecuniæ tempore mortis suæ, aut capitis minutionis, & vt de ea re caueant inuicem sibi & tertio coheredi, Igitur Titius ea de re promittet prius, post pro eo fideiubebunt illi duo heredes inuicem sibi, & tertio coheredi. Et quod notandum, quod est subtilius, in hac l. poterit conueniri ex illis duobus heredibus actione certi, vt præstet partem pecuniæ hereditariæ is, cui coheres satisdederit. poterit etiam conueniri actione incerti, vt satisdet, si nondum satisdederit. Is autem, cui coheres non satisdederit, non poterit conueniri actione certi, vt petat partem summæ, nec actione incerti, si iam satisdederit. Et notanda ad hæc sunt duo singularia, vsumfr. quindecim millium peti actione certi, cũ tamen dicatur in *l. vbi autem, ff. de verb. obl.* vsumf. peti actione incerti. Nã & vsusf. ius est, ergo incertum est; quam legem Accursius opposuit huic nostrę. Sed breuiter respondendũ: hic non tam videri legatum vsumfr. quam dominium & pecuniam certam, cuius sane fit dominus adnumeratione. Petit igitur certum, quia petit sibi dari oportere, id est, se dominum fieri oportere oblata cautione, quæ dominum perducet ad effectum quasi vsusf. Vltimo notandum, heredes, qui fideiusserunt, si soluerint, non habituros regressum actione mandati aduersus reum principalem, hoc est, legatarium vel heredem eius, quia scil. non mandauit is, non mandatu eius fideiusserunt, sed iussu testato-

ris, & non propter alienam obligationem, sed propter suam, vt se liberarent legato cautionis sibi à testatore iniuncto propter quã fideiussores non habent regressum, vt si donandi animo, vel in rem suam. Et hoc casu agnoscimus summa ratione hos fideiussores non habere regressum aduersus legatarium.

Ad l. 77. de hered. instit.

Asse toto non distributo, ita scriptum est: quem heredem codicillis fecero, heres esto. *Titium codicillis heredem instituit: eius quidem institutio valet ideo, quod licet codicillis dari hereditas non possit, tamen hæc ex testamento data videtur. Sed hoc tantum ex hereditate habebit, quantum ex asse residuum mansit.*

EST perbreuis & facilis quæstio huius l. Sciendum est hereditatem verbis ciuilibus testamento dari: codicillis dari non posse, quod per manus esse traditum, id est, veterem regulam iuris esse didicimus supra *lib. 15. Pap. & l. quod per manus, de iure codicill.* lex 10. *de cond. inst.* ait, interdictum esse hereditatem verbis directis codicillis dari vel adimi. Inde quæritur hoc loco, an valeat institutio heredis testamento facta, hoc modo, *quem codicillis heredem fecero, ille heres esto*, si postea codicillis heredem fecerit Titium? Et ait, quod erat non admodum difficile, institutionem valere: quia non videtur data hereditas codicillis, sed testamento potius. codicilli declarant testamentum, non heredem faciunt, & vero codicilli possunt declarare testamentum, non idem etiam efficere, quod testamentum: & eo quoque modo codicilli declarant testamentum, non testamentum condunt, hoc est, non institutionem heredis faciunt. Et idem etiam erit multo magis, si in testamento scripserit hoc modo: *cuius nomen codicillis scripsero, ille heres esto*, & postea codicillis scripserit nomen Titij, quia palam hoc modo, nomen tantum heredis refertur in codicillos, institutio scribitur testamento, *d. l. 10. de condit. inst.* Et ita superiore casu, cum dixit, *quem codicillis heredem fecero, heres esto*, videtur tantum contulisse nomen heredis instituti in codicillos, & quem heredem codicillis fecero, hoc est, quem nominauero codicillis, ille heres esto. Codicillis ergo recte scribitur nomen heredis, sed non recte instituitur heres. Et similiter codicillis quoque recte adscribitur pars heredis instituti, hoc est, partis hereditariæ definitio recte confertur in codicillos, hoc modo: *ex qua parte codicillis Titium heredem scripsero, heres esto.* Qua oratione videtur tantum conferre partem in codicillum, non institutionem ipsam. Et cum ita dixit vt proponit, si postea forte codicillis nullam adscribat Titio partem, an nihilominus Titius erit heres? sic sane, vt aperte demonstratur in *l. 36. hoc tit.* quæ est coniungenda cum *d. l. 10.* nam vt valeat heredis institutio, non est necesse adscribi partem, etiamsi adiiciatur coheres. recte quis heres instituitur sine parte, quandoquidem satis potest intelligi, quam partem eum habere voluerit. Erit igitur Titius heres, etiamsi postea codicillis nullam ei partẽ adscripserit, quasi sine parte institutus, & erit heres ex eo, quod assi deerit, hoc est, ex residuo assis, si testator totũ assem non distribuerit, vt in specie *h. l. & l. item quod, h. t. in pr. & §. sed etsi asse.* Vel erit heres in alterum assem, id est, in dimidiam hereditatis partem, si testator totum assem expleuerit, distribuerit, *d. l. item quod §. sed et si ex asse. h. t.* His consequẽs est, vt etiam valeat hæc institutio: *si Titiũ codicillis heredẽ fecero, heres esto.* Nã & hoc casu Titio codicillis scripto, nõ codicillis, sed testamento dari videtur hereditas. Deniq; idẽ erit, si ita dixerit: *ille Titius, quẽ codicillis heredẽ scripsi, heres esto, d. l. 10.* Et vsus sum nuper his omnibus legibus in hac specie. Quidam instrumento donationis donauerat inter viuos primo & secundo, & eius liberis masculis bona quædam, & si hi omnes decederent sine liberis masculis, dixerat, se in ea bona substituere, quos postea substitueret in testamento, quod facere meditabatur postea facto testamento substituit in ea bona, in hunc casum: *si primus & secundus morerentur sine liberis masculis*, neque adiecit quicquam, *de liberis masculis primi & secundi*, id est, non dixit plene, vt dixerat in donatione, *si primus & secundus & eorum liberi masculi moriantur sine liberis masculis, illi substituti sunto*, sed mentionem tantum fecit primi & secundi; quæritur, *qua scriptura, quis casus substitutionis spectandus potius sit, an qui scriptus est in donatione, aut qui scriptus est testamento?* Dixeram, donationem potius spectandam esse, quoniam substitutio ea non videtur facta testamento, sed instrumento donationis.

Ad l. Mæuius 66. de leg. 2.

Mæuius fundum mihi ac Titio sub conditione legauit, heres autem eius eundem sub eadem conditione mihi legauit. verendum esse Iulianus ait, ne extante conditione pars eadem ex vtroque testamento mihi debeatur. Voluntatis tantum quæstio erit: nam incredibile videtur id egisse heredem, vt eadem portio bis eidem debeatur. Sed verisimile est de altera parte eum cogitasse. Sane constitutio principis, qua placuit eidem sæpe legatum corpus non onerare heredem, ad vnum testamentum pertinet. Debitor autem non semper, quod debet, iure legat, sed ita si plus sit in specie legati. Si enim idem sub eadem conditione relinquitur, quod emolumentum legati futurum est?

HIc versatur mentio Constitut. D. Pij, aut sane pendet omnis ea quæstio ex constit. principis, quem sic vocat, hoc est, D. Pij, vt apparet ex *l. plane §. 1. & 2. de legat. 1.* id est, ex ea constitutione sic statuo, *si eadem res eidem ab eodem herede, eodem testamento bis, aut sæpius legetur, semel tantum debetur, & re soluta, vel æstimatione rei, heres omnino liberatur.* Hæc est constitutio D. Pij, quæ locum obtinuit generaliter sine vlla distinctione legatorum. Nam in ea re nulla est differentia inter genera legatorum, id est, nullum est genus legati, siue sit per damnationem, seu per vindicationem, quod mutet regulam, aut vitiet. Et idem etiam iuris est in stipulatione, *l. 18. de verb. oblig.* qui bis promittit eandem rem, semel tantum eam debet, quod obseruant etiam hodie negotiatores. Nam millies promittent eandem rem, scientes semel tantum debitam iri. Dixi in superiore conclusione, *eidem.* Quæro, quid si diuersis separatim ea res legetur Primo & Secundo. Primo lego fundum & Secundo? Et hac in re erat olim differentia inter genera legatorum: Nec enim eodem iure erat legatum damnationis, quo legatum vindicationis. Sed hodie sublata differentia legatorum ex Constit. Iusti. semel tantum eis præstabitur ea res, concursu partes facient, nisi appareat, testatorem euidenter voluisse vtrique eam dari solidam, vni rem scil. alteri æstimationem, *l. vn. C. de cad. toll. l. si pluribus, de leg. 2.* Item dixi, *ab eodem:* quid si à diuersis heredibus? vt à primo herede mihi legauit fundum, & idem quoque fundum à secundo herede scripto mihi legauit. & erat etiam differentia hac in re olim, quæ hodie sublata est Constit. Iustiniani, & res simpliciter procedit, vt scilicet heredes semel tantum præstent eam rem collatis partibus, *par moitié*, quod demonstratur plenius §. *eum, h. l.* Præterea dixi, *eadem res*, id est, idem corpus, vt ait hoc loco constitutio principis, ad differentiam quantitatis. si idem corpus legetur, semel tantum debetur. Quid si eadem quantitas sæpe legetur? Legaui Titio 100. prima parte testamenti, eidem ima parte legaui etiam 100. an debentur 200. quantitas facile duplicari potest, aut multiplicari. Et sane volente testatore quantitas sæpius debebitur eadem, & quidem legatarius id probare debet, alioqui videtur testator repe-

tiisse legatum, inculcasse idem legatum heredibus, vel id fecisse videbitur obliuione prioris legati, vt est in *l. quingenta, de probat.* Quod in multis negotiis obseruari nonnunquam oportet, obliuione quid factum sit, nec ne, *l. A tisto, qua res pig. l. vlt.* §. 1. *de liber. leg.* Vno tantum casu præsumptio facit pro legatario: & ideo non tenetur probare testatorem voluisse duplicare legatum quantitatis, quia à quo præsumptio stat, ei non incumbit facile probare. Igitur hoc casu onus probationis incumbit heredi, vt probet testatorem noluisse duplicare summã, vt casus est *d. l. quingenta.* si testamento 100. legaui eidem, & codicillis æque centum eidem: nam cum diuersæ sint scripturæ, testamentum & codicillus, facilius præsumitur multiplicatio, & heres probare debet posteriorem scripturam esse inanem & superuacuam ex mente defuncti, alioqui præstabit legatario ducenta. Et vt ostenditur in *d. l. plane* §. 1. *&* 2. *&* 3. *de leg.* 1. ratio differentiæ inter rem & quantitatem est euidens, quæ notanda est plurimum, quia res sæpius dari non potest, ne volente quidem testatore, hoc est res eadem sæpius mea fieri non potest, *l. si seruus* 108. §. *Stichum, de leg.* 1. at eadem quantitas sæpius præstari potest volente testatore, quia etsi sit eadẽ quantitas, non est tamen eadem res: est idem genus, sed non eadem species. Ergo res sæpius dari non potest. Dices, legaui rem eandem sæpius, puta fundum legaui bis eidem, cur non erit præstatio duplex: puta vna rei, altera æstimationis? Fateor rem ipsam bis non posse dari, sed æstimatio potest. Hoc enim ius non patitur, quia non legauit æstimationem, nec legare voluit, sed rem eandem bis legauit: & ideo nec æstimatio peti potest ex secundo legato, quia obstat hæc regula iuris, duas causas lucratiuas in eandem rem, & eandem personam concurrere non posse, *l. omnes* §. 1. *de obl. & act.* §. *si res aliena, Inst. de leg.* Ergo si rem sum consecutus ex causa legati semel, quę est lucratiua, non possum eius rei nomine nec æstimationem petere, nisi hoc voluerit testator. Et summa hæc sit: nec volente testatore eadem res bis dari potest: quia hoc nec naturalis, nec ciuilis ratio patitur, vt eiusdem rei fiat dominus sæpe. At volente testatore potest mihi dari res, atque etiam æstimatio eiusdem rei, *l. si alij, de vsufr. l. nutu* §. 1. *de leg.* 3. Postremo dixi, *eodem testam.* id est, testamento vnius hominis, vel testamento & codicillis eiusdem hominis: nam codicilli sunt pars testamenti. Quid ergo, si duorum testamentis eadem res mihi legetur? Et placet hoc casu eam rem bis deberi, ex vno testamento deberi rem, ex altero æstimationem. Sed multum interest, quid legatarius primum consecutus fuerit, vt explicatur *d. l. plane* §. *si res al.* Nam si ex vno testamento sit consecutus æstimationem, ex altero petet rem, atque ita consequetur bis. Sed si vno ex testamento prius sit consecutus rem, postea non petet ex alio æstimationem, propter illam regulam, ne concurrant duæ causæ lucratiuæ. Sed quid rursus, si eadem res mihi legetur testamento Titij & testamento heredis Titij? testator mihi legauit rem, eandem mihi legauit heres, an bis debebitur? non hoc casu, quamuis sint duo testamenta, quia heres legauit rem, quam debuit iam ex testamento. Inutile autem est legatum, si debitor leget quod debet, nisi plus sit in legato, quam in debito, *l. si debitor, l. legaui, de lib. leg.* Et huc pertinet species huius l. proprie, quæ talis est: Mæuius legat mihi & Titio fundum sub conditione, quo casu singulis partes debentur, aut cõcursu partes facturi sumus. deinde pendente conditione heres Mæuij eundem fundum, vel partem fundi, nil refert, vt probat §. *duobus, in h. l.* mihi legauit sub eadem conditione ita, vt non sit amplius in legato heredis, quam in legato Mæuij. extitit cõditio vniuscuiusque testamenti, an bis mihi eadem pars debeatur ex vtroque testamento quęritur? Et placet mihi eandem partem deberi ex testamento Mæuij tantum. Inutiliter esse legatam eandem partem testamento heredis Mæuij, quia fuit debitor eius partis, & incredibile est, heredem duplicare legatum voluisse, vt scil. haberem

A partem ex testamento Mæuij, & æstimationem ex testamento heredis, & potius est credibile, eum de alia parte cogitasse, id est, de æstimatione alterius partis debitæ Titio, hoc est, non legasse heredem mihi meam partem, sed partem adscriptam Titio collegatario meo, hoc est, æstimationem huius. Hac ratione ergo consequar partem ex testamento Mæuij, & alterius partis æstimationẽ ex testamento heredis: non eadem pars mihi debebitur ex vtroque testamento, sed vna ex vno testamento, altera ex altero, id est, æstimatio alterius. Pars autem ipsa altera debetur collegatario ex testamento Mæuij. Et in summa ita ratiocinatur Papin. in specie proposita: Videtur eadem pars bis legari mihi, & deberi pars ex testamento Mæuij, & eiusdem partis æstimatio ex testamento heredis. Sed incredibile est, inquit, nisi aliud probe-
B tur, heredem duplicare legatum voluisse eiusdem partis. quod si voluisset, vtique valeret, & ex vno deberetur pars, ex altero æstimatio eiusdem partis. nam nihil obstaret D. Pij constitutio, quæ vult semel tantum deberi eandem rem sæpius legatam, quia loquitur de eodem testamento. Hic sunt duo testamenta, id est, duorum. ergo si hoc voluit heres, sane valebit vtrumq; legatum, quamuis vtrumque sit eiusdem partis. Sed incredibile est, voluisse heredem duplicare, id est, minus verisimile. Incredibile est, quod credi non potest: sed & non verisimile. incredibile nõ est ἀπίστευτον, sed κακοπίστευτον, *qui malaisément peut estre, qui ne peut estre.* Ergo an dices inutile esse legatum relictum testamento heredis, quasi à debitore relictum? quia heres legauit id quod debuit, hoc est, eandem
C partem. Hoc cauere maxime debemus semper, ne inutilia faciamus legata vel inania: eam debemus semper accipere interpretationem quæ non faciat inutile legatum, *l. Titia* §. 1. *de leg.* 2. *l. quotiens* 2. *de reb. dub.* quoniam nemo intelligitur legare frustra & inutiliter. Ideoque ne legatum relictum ab herede sit inutile, melius erit, & est verisimilius, heredem sensisse de altera parte, Mæuium puta legasse mihi partem fundi, & heredem eius alterius partis adscriptæ Titio æstimationem. Ac ita concludit eleganter Papinian. verisimilius esse, nisi aliud probetur, heredem legasse alteram partem, hoc est, æstimationem, ne videatur frustra legasse, aut partem alteram ipsam, si collegatarius sit contentus æstimatione.

D

Ad §. 1. 2. 3. 4. eod.

Duorum testamentis pars fundi, quæ Mæuij est, Titio legata est. non ineleganter probatum est, ab vno herede soluta parte fundi, quæ Mæuij fuit, ex alio testamento liberationem obtingere: neque postea parte alienata reuocari actionem semel extinctam.

§. 2. ¶ *Sed si pars fundi simpliciter, non quæ Mæuij fuit, legetur, solutio prior non perimit alteram actionem, atque etiam hanc eandem partem aliquo modo suam factam poterit alter heres soluere, (neque) plures in vno fundo dominium iuris intellectu, non diuisione corporis obtinent.*

E §. 3. ¶ *Non idem respondetur, cum duobus testamentis generatim homo legatur: nam qui soluente altero legatarij factus est, quamuis postea sit alienatus ab altero herede, idem solui non poterit. eademque ratio stipulationis est: hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet, atque ab initio non consistit in his, qui legatarij fuerunt: ita frustra soluitur, cuius dominium postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desinit.*

GRauior fuit transitus legis facilis, ad legem difficilem hanc de leg. 2. Et licet, quod ad eam pertineat, nihil omiserim, tamen quo res leuior, & facilior, quod cognitu dignissimum est, & quod valde pertinet ad §. seq. hodie interpretari debeo. Ex his, quæ dixi paulo ante, repetam duo vel tria, & si possim ratione faciliore quadam. Et hæc duo vel tria comprehenduntur vno verš

bo. Sane subtilis adeo est quæstio prima huius legis, & secunda, quæ est §. seq. vt opus sit ista repetitione. Cæteræ quæstiones erunt facillimæ. Primum repetam differentiam inter corpus & quantitatem. Constitutio Diui Pij hæc est: *si eadem res eidem ab eodem herede vno testamento eodemque legetur, semel tantum debetur. si eadem res*, dixit, quia si diuersæ res sint legatæ, quis nescit omnes deberi? & *res*, id est, corpus: nam quantitas eadem sæpius legata, sæpius debetur volente testatore, quod eum voluisse legatarius probare debet, alioquin testator præsumitur potius repetiisse legatum eius pecuniæ, quã duplicasse, vel id fecisse forte ima parte testamenti obliuione prioris legati. Et ratio differentiæ inter corpus & quantitatem, est euidens: res eadem, nec volente quidem testatore, sæpe dari aut præstari potest, quia res, quæ semel facta est mea, amplius non potest fieri mea: res, quæ mihi data est semel, iterum mihi dari non potest. At nec æstimatio quidem debetur ex repetitione, quia res legata est, non æstimatio, & secundum regulam iuris, duæ causæ lucratiuæ in eadem re concurrere non possunt, nisi appareat hoc voluisse testatorem, vt & res, & æstimatio præstaretur, quod legatarium probare conuenit, *l. si alij §. rerum, sup. de vsufr. l. nutu §. 1. de leg. 3.* At quantitas eadem volente testatore sæpius præstari potest, quia etsi sit quantitas eadem, non est tamen eadem species, non sunt eadem corpora. denique quantitas eadem facile multiplicatur. quingentis addam quingenta, quidni? Corpus quidem non recipit multiplicationem, ac proinde duæ causæ lucratiuæ in eandem rem, id est, in idem corpus concurrere non possunt. Duæ causæ lucratiuæ in eandem quantitatem concurrere possunt. Hæc est species, & summa breuis totius quæstionis propositæ initio huius legis. Mæuius mihi & Titio legauit fundum sub conditione: heres Mæuij eundem mihi legauit sub eadem conditione. Existente conditione videtur eiusdem fundi pars mihi deberi, id est, ex vtroque testamento, ex testamento Mæuij, & heredis eius. Nec enim obstat quicquam constitutio Diui Pij, quæ vult semel tantum deberi eandem rem sæpius legatam, quia de re loquitur vnius testamento sæpius legata. Hoc casu, duorum testamentis proponitur eadem res mihi fuisse legata. Et sane si voluit heres eandem partem mihi deberi bis, bis debebitur, & ex vno testamento consequar rem, ex altero æstimationem, *l. plane §. 1. de leg. 1.* Sed vix credibile est, vt ait, heredem eandem partem bis deberi voluisse, nisi hoc eum voluisse legatarius probet euidentissimis probationibus. In dubio hoc non præsumemus. Quid ergo? an in dubio dicemus, inutile esse legatum relictum testamento heredis, quasi à debitore relictum? Præsertim, si non plus sit in legato, quam in debito, vt hic non fuit plus in legato relicto testamento heredis Mæuij, quam Mæuij: Fuit namque portio eadem in vtroque testamento: nam relicta duplicandi animo ab herede Męuij, nec pure relicta: alioquin plus esset in posteriore legato, & valeret, sed sub eadem conditione. si, inquit Papinian. heres Mæuij non animo duplicandi legatum idem sub eadem conditione legauit, quod emolumentum legati futurum est? Ex qua disputatione sequitur, eiusdem rei, seu partis legatum mihi relictum testamento heredis Mæuij esse inutile, quia in eo non plus est, quam in legato relicto testamento Mæuij: cum & testamento heredis eius sit relictum sub eadem conditione. Sed tandem concludamus post illam disputationem, verisimilius esse, heredem noluisse legare inutiliter, ac proinde, vt legatum magis valeat, quam pereat, heredem legasse videri, non eandem partem fundi, quæ mihi erat relicta testamento Mæuij sub conditione, alioquin inutile esset legatum, sed alteram partem sub eadẽ conditione, non mihi relictam testamento Mæuij. Et secundum hanc conclusionem, existente conditione petam partem fundi ex testamento Mæuij ab herede eius, & alteram partem ex testamento heredis, ab herede eius,

A heredis scil. Et nihil præterea continet initium huius legis, sed difficile erat rem ita digerere. Et tamen illud iterum repetam. Si res eadem eidem legetur duorum testamentis, bis eam deberi, *l. plane §. 1.* Et addamus nihil referre, res propria legata sit, an aliena: nam vtraq; potest venire in speciem legati. Sed id sane refert, quia si rem consecutus fuero ex vno testamento, perimitur altera actio, quia duæ causæ lucratiuæ in eandẽ rem concurrere non possunt, vt nec ex altero testamento æstimationem petere possim. Contra vero, si prius æstimationem abstulerim, superest mihi rei repetitio, & hoc solum modo bis petere possum. Denique si bis idem consequi velim ex vtroque testamento, prius debeo ex vno nancisci æstimationem, vt ex altero nanciscar rem, quia si prius rem B nactus sim, iam rei, quę mea est, non possum æstimationem petere: sed si æstimationem prius nactus sim, non prohibebor postea rem petere, quamuis ea res tanti sit, quanti summa, quam percepi, *§. si res aliena, Inst. de leg.* His cognitis finge, quæ est species *§. duorum.*

Duo testatores eiusdem fundi, qui alienus erat, partem mihi legauerunt. fundus ille alienus non erat vnius proprius, sed erat duorum communis pro indiuiso; Męuij partem aut Titij. testatores in eo fundo nihil habuerunt iuris, & legauerunt mihi, vt dixi, non totum eũ fundum: nam si totum legassent, nullus esset labor, sed legauerunt mihi huius fundi partem. Videndum est, qua forma eam partem legauerint mihi. Ita enim distinguit Papinianus: aut eam partem mihi legauerunt cum fini- C tione certa, *vne portion certaine*, hoc modo, *partem qua Mæuij est*, aut mihi legauerunt partem simpliciter, vt ait, *lego tibi partem illius fundi.* Ita ergo distinguit: aut sic legauerunt partem huius fundi, *partem qua Mæuij est*, cum illa finitione, aut partem simpliciter. Priore casu, si mihi legauerunt partem, quę Męuij est, & ex vnius testamento eam partem percepero per heredem redemptã à Mæuio, nihil petam ex altero testamento, quia duę causę lucratiuę in eandem rem, & in eandem personã concurrere non possunt, atque ita ex vnius legati causa, perimitur actio alterius legati, *l. non quacunque, de leg. 1.* Sed obiter quæram, an perempta actio alterius legati restituatur, si forte rem acceptam ex causa vnius legati postea alteri alienauero, an alij re alienata, nunc mihi liceat agere ex altero testamento? minime. actio semel extincta D non restituitur, *l. 10. §. pen. de in rem verso, l. qui res §. arca, de solut.* A priuatione ad habitum nõ est regressus, alioquin subinde renascerentur lites, nec vllus esset litiũ finis. Et vt si res mea mihi legetur, quę testamenti tempore fuit mea, inutile est legatum, licet postea alienauerim, *l. cætera §. 1. de leg. 1.* Ita si mihi legetur res non mea, quæ post fiat mea, inutile redditur legatum, nec restituitur eadem re abalienta. Ergo in hoc casu priore, si partem, quę Mæuij fuit, nactus fuero ex vno testamento, omnimodo amitto actionẽ ex altero testamento. Quid autem altero casu, si duo illi testatores partẽ illius fundi mihi legauerint simpliciter? Priore casu singuli videntur mihi legasse eandẽ rem, quia vterque mihi legauit partem, quæ Mæuij fuit. Ergo non possum eam rem consequi ex vtroque testamento. Sed hoc casu posteriore singuli mihi non lega- E uerunt eandem rem, quia partem simpliciter, & quam quisque partem legauerit, incerta est: Fundus enim erat communis pro indiuiso. legauerunt igitur partem pro indiuiso, quæ incerta est. qui partem pro indiuiso dicit, partem incertam dicit: quia pars pro indiuiso non est, sed intelligitur, id est, intellectu solo concipitur: pars pro diuiso sensu corporis percipitur, & digito demonstratur: pars pro indiuiso, nec oculis cõcipitur, nec cerni potest, intelligi tantum potest. Et facere quidem possis partem pro indiuiso certam, si dixeris, partem quæ Mæuij est, partem quæ Titij est, quæ finitio certã eam quodammodo efficit, *l. vnus, infra, de acq. poss.* Cęterũ eam demonstrare, eam cernere aut tangere, aut per omnia certam efficere non possis sine diuisione. Et hoc est, quod ait Papin.

hoc §. plures in vno fundo communi pro indiuiso habere dominium iuris intellectu, non diuisione corporis. Et legendum omnino in hoc §. *namque plures in vno fundo dominium iuris intellectu, non diuisione corporis obtinent*, id est, in fundo communi pro indiuiso dominij partes intelliguntur secundum ius quod cuique competit, nondum autem sunt ante diuisionem, nondum sub sensum cadunt propter incertum, *l. 5. de stip. seru.* Ex quo efficitur, vt si duo testatores fundi alieni, qui erat communis pro indiuiso inter Mæuium & Titium, partem mihi legauerint simpliciter, & ex vnius testamento partem consecutus fuero, liceat mihi etiam partem persequi ex alterius testamento, quasi non eadem re legata vtroque testamento. Et hoc etiam, vt si partem acceptam ab vnius herede forte aliquo casu alter heres acquisierit, mihi ab eo petenti partem possit eandem soluere, quam ego acceperam, & ipse postea acquisiuit aliquo casu, vt possit illius partis solutione defungi, quia certa non est pars eadem, eadem est intellectu, non eadem sensu, eadem non est corpore. Denique aut legauerunt testatores in proposita specie mihi partem cum finitione personæ domini, puta partem, quæ Mæuij est, & vtroque testamento mihi videtur legari eadem res, nec possum eam ex vtroque petere: aut mihi legauerunt simpliciter partem, & non videntur legare eandem rem singuli. Itaque ex vtroque testamento mihi portio partis competit efficax. & proposita ista distinctione Papinian. ostendit deinde, quod dixit de parte fundi legata indistincte, simpliciter, idem non obtinere in homine indistincte & generaliter legato duobus testamentis. qua in parte Papinian. ostendit magis ingenij sui acumen. habuimus in priore parte §. *duorum*, de parte fundi pro indiuiso legata simpliciter, vt etiamsi partem ex vno testamento ceperim, supersit actio ex altero testamento, qua conuentus heres altero testamento scriptus, etiam illam eandem partem, quam prius ex alio testamento cepi, ac post alienaui, aliquo modo suam factam mihi soluere possit, & liberari, quod non sit omnino idem, neque eadem pars, etiamsi dicatur eadem. Nunc ex posteriori parte intelligimus, aliud seruari, si duorum testamentis homo mihi legatus sit generaliter, id est simpliciter. Idem enim omnino est, *l. si domus, de leg. 1.* Ostendamus, aliud esse, si homo legetur simpliciter duorum testamentis, ac primum, si Stichum consecutus fuero ex vno testamento, superest mihi quidem actio ex altero. Verum heres ex altero testamento, eundem Stichum mihi soluendo non liberatur. eadem pars, quæ ex vno testamento soluta est, soluitur recte ex altero. Idem Stichus, qui solutus est ex vno, non recte soluitur ex altero. Qui homo meus factus est soluente vno herede, quamuis postea sit alienatus à me, non potest idem solui altero herede. Et vt legato hominis non continetur homo, qui ab initio meus fuit; ita etiam non continetur Stichus, puta, qui postea factus est meus, licet dominus esse desierim. In quo non consistit legatum, vel obligatio legati, nec in eo solutio, nec liberatio consistit, *l. qui decem §. Stichus, de solut.* Et notat Papin. idem iuris esse in stipulationibus: Nā si à duobus stipuler homines separatim generaliter, & ab vno accepero Stichum, ab altero promissore is Stichus aliquo casu eius factus, mihi soluitur frustra, queādmodum etsi ab initio is Stichus fuisset meus, frustra solueretur, licet postea desiisset esse meus. Et vt dixi, in quo non consistit obligatio, nec solutio: nec refert ab initio Stichus fuerit meus, an postea factus sit: non refert inutile quid sit, an postea deueniat in eam causam, à qua incipere non potuisset, §. *item contra, Inst. de inutil. stipul.* nihil refert, an quid sit initio vitiosum, an postea in vitium prolabatur. Ergo legato hominis relicto generaliter, neque continetur Stichus, qui tunc meus fuit, nec is, qui postea factus est meus, licet desierit esse meus. Et ratio differentiæ inter par-

A tem simpliciter legatam, & hominem simpliciter legatum redditur à Papiniano hoc in loco per quam obscure: *hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet. hominis legatum orationis compendio*, id est, sub illo nomine generis, *continet singulos homines*. vnius quidem præstatione heres liberatur, sed tamen quodammodo, vt ait *l. 3. qui & à quib. man.* singuli videntur legati sub conditione, *si legatarius elegerit*. singuli, qui in familia fuerunt testatoris, etiamsi quinque millia fuerint, vel in aliena, si ex ea præstari seruum voluit, adeo vt interim heres testatoris seruum nullum manumittere possit, *d. l. 3.* Denique legatum hominis singulos homines continet, quia hominis proprietates eædem sunt in singulis, & hominis est finitio & notio certa. Ergo legatum hominis continet Stichum, qui defuncti erat vel alterius: non continet Stichum, qui tunc meus erat, ergo nec eum, qui postea factus est meus soluente vno herede, quia obligatio perimitur re deducta in eam causam, qua incipere non potuisset. Et in quo non consistit obligatio, nec solutio, non poterit igitur idem Stichus ab altero herede solui. Ac partis legatum non continet singulas partes, quia nec partium proprietates sunt eædem, nec partis pro indiuiso est notio certa. ergo legatum partis non continet partem, quæ defuncti fuit, vel alterius fuit, nec eam, quæ socij, nec eam, quæ mea fuit, aut quæ post mea facta est, desinit nunc esse mea, quia eadem ipsi pars non videtur legata, sed incerta, & opponitur pars pro indiuiso parti certæ, *l. placuit, quib. mod. vsufr. amit. l. 1. §. hoc interdicto, vti poss.* Quod voluit significare Papinian. sed breuiter adstringit, vt solent Iurisconsulti persæpe dicere rationes suas, propositiones & conclusiones omittentes. Habuimus etiam ita concisam rationem differentiæ inter iter & viam in *l. eum vsumfr. de vsufr. leg.* Conclusio igitur hæc sit: parte simpliciter legata duorum testamentis, si ex vno cepero partem, ac post alienauero, & peruenerit in dominium alterius heredis, hic heres eandem partē soluendo se liberare potest: quia nec plane eandē soluere videtur, & vt legato non intelligitur contineri, ita quæ nunc posterius soluitur, non intelligitur contineri posse priore solutione, vel quæ posterius soluitur, non eadem esse intelligitur, quæ est soluta prius. At homine generaliter legato duorum testamentis, si Stichum ex vno testamento accepero, & alienauero, ex altero testamento eum non accipiam, quia idem est, & res eadem sæpius dari non potest. Duo concludamus in hoc §. Primum est, stipulatione hominis concepta generaliter, non contineri hominem, qui tunc fuit stipulatoris. Obstat huic sententiæ *l. qui decem §. Stichum, de solut.* In illo §. tres ponuntur species, & in omnibus idem ius est. Prima est. Stipulatus sum Stichum & Pamphilum, & tamen meus erat Phamphilus: si is desierit esse meus, promissor soluendo Pamphilum, non liberabitur, quia in Pamphilo nec obligatio, nec solutio consistit. Idemque erit, si Pamphilus postea fiat meus, *l. 16. de verb. oblig.* quia res recidit in eam causam, à qua incipere non potuit. Secunda species hæc est: Stipulatus sum hominem generaliter, eadem est ratio stipulationis & legati. Ergo stipulatione non continetur is homo, qui tunc meus fuit. Et ita tamen est scriptum in *d. §. Stichum*. vnum ex his, qui tunc stipulatoris serui erant dando promissor liberabitur, quod rationem nullam habet: nam hac stipulatione non continetur is homo, qui tunc fuit stipulatoris, sed de alio, non de suo sensit. Et vt legato homine relicto generaliter non continetur, qui fuit legatarij: ita nec is, qui fuit stipulatoris. Et eadem est ratio stipulatoris & legatarij. Et legendum in illo §. *num ex his, qui stipulatori tunc seruiebant, promissor dando liberabitur*? vt & in specie tertia eiusdem §. *num mortuis duobus, qui alterius erant, &c.* Si igitur quis hominem stipulatus sit generaliter, num ex his, qui tunc stipulatoris erant, postea serui esse desierant, postea

dando liberabitur? Et respondet, *vi quidem ipsa, & hic* A *& his dari stipulatus est, qui eius non erant:* ac si diceret, non tantum prior ille, qui stipulatus est Stichum & Pamphilum, intelligitur stipulatus eos, qui eius non erat, sed etiam hic, qui homines est stipulatus generaliter, intelligitur vi ipsa stipulatus ex his, qui tunc non erant eius, & *vi ipsa*, id est tacite, etiamsi non expresserit. Atque ita nihil obstat. Tertia species hæc est: stipulatus sum homines ex his, quos Sempronius reliquerit. moriens tres seruos reliquerat Sempronius: vnus erat stipulatoris, post esse desiit, mortui sunt duo, qui alterius erant, non stipulatoris: Quæritur, *an debeatur, an soluatur recte reliquus seruus, qui erat stipulatoris, & post esse desierat?* Et ait, eum nec deberi, nec solui posse. Sed addit exceptionem, nisi ante mortem duorum reliquus seruus desierit esse stipulatoris. Et ita distinguit: aut ille superstes seruus post mortem duorum desiit esse stipulatoris: Et hoc casu morte duorum omnino extinguitur stipulatio, in mortuis extinguitur: in superstite etiam nulla est, quia eo tempore, quo alij sunt mortui, is erat in dominio stipulatoris. Aut ille superstes seruus alienatus est ante mortem duorum: Et hoc casu morte duorum non omnino tollitur obligatio, quia in obligatione superest seruus superstes, quia non omnino intelligitur stipulatoris esse is, qui eius non erat tunc, quandoquidem aliam adiecit finitionem, alium modum, scil ex his quos Sempronius reliquit. Si stipulatus esset hominem simpliciter, subintelligeretur is modus, ex eis, qui mei non sunt, sed alio adiuncto, puta, ex his, quos Sẽpronius reliquit, non subintelligendo, hic modus, & ante mortem duorum, si superstes desierit esse stipulatoris, debebitur, nec soluetur frustra, quia eum soluendo liberabitur promissor. Notandum postremo stipulatione hominis generaliter concepta, sicut legato hominis, non contineri eum, qui post factus est stipulatoris. Obstat huic sententiæ *l. si quis duos, de solut.* cuidam promisit duos homines generaliter, & Stichum soluit, & ita factus est stipulatoris post stipulationem. antequam solueretur alter homo, iterum is Stichus, qui solutus fuit, casu aliquo rediit in dominium promissoris, an liberabitur obligatione omni, soluendo rursus eundem Stichum, dicendo se homines duos dedisse? Ait esse omnino liberatum. Ergo homine generaliter promisso, seruus, qui post factus est stipulatoris, & alienatus, recte soluitur. Sed respondendum nos loqui de seruo, quem stipulator post stipulationem ab extraneo acquisiuit. Promissor huius solutione fungi non potest, obligatione per acquisitionem dominij in ipso seruo extincta. Et res recidit in eam causam, à qua non potest incipere. *At d. l. qui duos*, loquitur de seruo, quem post stipulationem stipulator ab ipso promissore acquisierit, id est, facto & solutione promissoris. hic facilius ab eodem ad eundem recurrit. Et vt in §. *item contra, de inutil. stipul.* inutilis est stipulatio, si in eam causam deuenerit, in eum casum, à quo incipere non possit: modo deuenerit sine facto promissoris: Nam si eius facto, non prohibebitur promissor eiusdem hominis solutione fungi, eodem homine ad se reuerso: & id magis apparere in nummis: Nam si quis velit paucos nũmos accipere, & liberare debitorem in solidum, poterit accipere certos nummos, & retrodare, ac rursus accipere: puta, est debitor centum: nolo eum liberare acceptilatione, sed solutione, nec totum volo mihi solui, sed decem tantum, quid faciam? accipiam decem, & retro ei reddam, quæ mox mihi referet, & vltima tantum retinebo, cum plures, hoc est, decies mihi soluerit, videbitur debitor soluisse centum. qua de re dubitari tamen poterat, quia, qui accipit, & retrodat, & deinde accipit, *non potest videri soluisse potius quam decessisse*, vt scriptum est Floren. sed legendum, vt est rectius in aliis libris, videri accepisse potius, quam *dedisse*, *l. qui soluit, eod. tit.*

Ad §. in fundo. eod.

In fundo legato, si heres sepelierit, æstimatio referenda erit ad totum pretium fundi, quo potuit ante sepulturam æstimari: quare si fuerit solutus, actionem adhuc ex testamento propter locum alienatum durare rationis est.

EXplicabo quæstionem §. *in fundo*, quæ non est difficilis. Sed prius debeo rationem differentiæ, quam supra tractaui inter partem & hominem, inter partem fundi simpliciter legati, & hominem æque simpliciter legatum, facilius & melius explicare. Hesterna explicatio non satisfacit vobis, nec certe mihi, & intempe-
B stiua hora mihi fuit impedimento, in cogitando & dicendo. Cur parte fundi pro indiuiso mihi legata duorum testamentis simpliciter, & generatim pars, quæ soluente vno herede mea facta est, quamuis postea sit alienata ab altero herede, idem mihi solui non possit? Cedo rationem differentiæ inter partem simpliciter legatam, & hominem simpliciter legatum. nulla est fere ratio, quæ me torserit vnquam magis. Eam Papinian. breuiter præcidit his verbis: *hominis enim legato compendio orationis singulos homines contineri.* Aperit rationem, tamen non patefacit, non absoluit, cætera nobis cogitanda relinquit. vix vlla ratio alia in iure inuenietur explicatũ difficilior, id est, quæ ita possit explicari, vt illa ratio plane intelligatur ab omnibus. *legato*, ait, *hominis contineri singulos homines*, hoc est verissimum: nam homo,
C vt Seneca loquitur, est genus speciale, quod in se continet singulos, puta Stichum, Pamphilum, Damam, & alios. Singulos dicimus, quos vulgo vocant indiuidua. species vel genus speciale continet singula indiuidua, & genus generale continet singulas species. Ergo nihil est verius, quam quod proponit, hominis legato contineri singulos homines, & aliud est contineri, aliud consistere: nam Papinian. *in §. duorum*, his verbis contineri, & consistere etiam distincte vtitur. Continetur legato, quod legatum est, quod in legato esse intelligitur, hoc est clarum. Consistit autem legatum in ea re, quæ solui potest recte, & qua soluta se heres liberare potest. Qua autem in re consistit legatum, non continuo, & ea res continetur legato. Ex quo apparet differentia
D inter consistere & contineri: & retro etiam, quæ res continetur legato, non continuo etiam in ea consistit legatum. Hoc si planum facio exemplis, teneo rationem Papiniani. Exempla sunt rationis obsides seu sponsores, vt ait Plato. Exempla hæc sint: Si res mea mihi legetur, res mea continetur legato, in ea tamen non consistit legatum: item legato decem nummorum mihi relicto, sane non continentur legati decem, qui sunt in arca mea, in eis tamen consistit legatum: Nam si ii decem, qui in arca mea erant, fortasse ad heredem peruenerint, eos mihi soluendo non liberatur heres: Nam in eis consistit legatum recte, id est eorum solutione legato liberatur heres, licet legato non continerentur primitus. Et ita legato partis fundi mihi relicto, non continentur par-
E tes singulæ fundi. Ergo nec continetur ea pars, quæ tunc mea fuit in eo fundo, nec quæ post facta est mea: Quod si contineretur, sane in ea non consisteret legatum, sed quia non continetur, etiam in ea consistit legatum, vt possit heres eandem partem aliquo modo suam factam mihi soluere & liberari. Contra, homine mihi generaliter & simpliciter legato, continentur singuli homines, singuli scil. homines serui. Ergo & is continetur, qui fuit meus, vel qui postea factus est meus, ac consequenter in eo non consistit legatum, & eundem hominem mihi dando heres non liberatur, quia fuit meus tempore testamenti, vel post cœpit esse meus. Restat, vt breuiter ostendam, cur legatum hominis continet singulos homines, legatum partis non contineat singulas partes. Ratio est naturalis, & in promptu. Quis nescit diffe-

rentiam esse inter totum & genus, & similiter inter partem & speciem. Homo est species, vel quod ante dixi genus speciale, quod habet in se singulos. Pars non est genus vel generale, vel speciale, nec continet singulas partes eius rei, cuius est pars, vt pars fundi non continet cæteras partes fundi, pars hominis non continet omnes partes hominis, in nomine partis nullum est compendium orationis. In nomine hominis est compendium orationis. compendium & veluti genus, quod multa continet, homo multos continet, pars multas non continet. Compendio fit substitutio, sic est legendum in *l. quamuis, C. de imp. & alijs*, id est, compendio orationis, quod plura tempora pluresve continet ætates, hoc modo: *si heres erit, & post vita decesserit, non expressa ætate, ille heres esto*, quæ substitutio facta impuberi, ne iure quidem fideicommissi consistit post pubertatem, nisi ex priuilegio militiæ. moriente herede instituto intra pubertatem, consistit iure directo, *l. centurio, de vulg. substitut.*

B Breuis erit quæstio §. *in fundo.* Heres in fundo legato forte sub conditione, interim sepeliuit. is locus, quo sepeliuit, factus est religiosus mortui illatione. Eum ergo locum alienauit, quem tamen testator legauerat ante cum fundo toto. qui locum sacrum fecit, alienat, *l. ab agnato, D. de curat. fur.* Ergo & qui locum religiosum facit, alienat: nam vterque locus fit diuini iuris, ex humano iure transit in diuinum ius. non potuit heres minuere ius legati. Ergo etiamsi eum fundum soluerit legatario, post solutionem poterit à legatario conueniri actione ex testamento, vt prçstet æstimationem loci facti religiosi per heredem, pro rata videlicet habita ratione totius fundi, quanti fuit, antequam illum locum religio occuparet, quia legatum fuit fundi puri, non mixti religione: ergo aut fundum purum ex integro præstare debet, aut supplere eius loci, quem fecit religiosum, æstimationem. Ex quo colligitur generalis definitio: etiam post solutionem legatæ rei, post solutam rem legatam durare actionem ex testamento, quandiu aliquid interest, aliquid deest rei legatæ. quæ definitio etiam comprobatur *l. huiusmodi §. ædes, de leg.* I. *l. etiam, de solut. l. dolum, ad Trebel. & in l. si imaginem, de auro & arg. leg.* Quæ lex est ex eodem lib. Papin. & omnino est coniungenda cum hoc §. Verba autem legis hæc sunt.

Ad l. si imaginem, de aur. arg. legato.

Si imaginem legatam heres derasit, & tabulam soluit, potest dici actionem ex testamento durare: quia legatum imaginis non tabulæ fuit.

Species est talis. Legauit testator imaginem, quæ erat depicta in tabula quadam. heres derasit imaginem, & tabulam soluit derasa imagine. Durat, inquit, actio ex testamento etiam post præstitam tabulam, videlicet, vt ait hoc loco, *æstimatione relata ad totum pretium tabulæ, quo potuit æstimari, antequam deraderetur.* Ergo durat actio ex testamento, etiamsi soluta sit res legata, si non sit soluta integra. denique solutione tali non tollitur obligatio legati, id est, actio ex testamento. Et ita notandum *d. l.* omnino esse coniungendam cum hoc §. Sed aduersus hunc §. opponitur, quod legitur aliis locis, heredem in fundo legato non posse locum religiosum facere, inferendo mortuum, *l. si locus, de relig. l. si fundum, de cond. & demonstr.* vt seruum legatum aut seruos, qui legato continentur, heres non potest ad libertatem perducere, *l. 3. qui & à quib. l. si erit, de opt. leg.* Et tamen res ita tractatur in hoc §. quasi heres fecerit locum religiosum, in quo sepeliuit mortuum, eius scil. fundi, qui legatus erat alteri. Et vero ita est, fecit locum religiosum. videamus quomodo leges hæ sint adducendæ in concordiam. Heres in fundo legato non potest locum religiosum facere, hoc est verum generaliter: specialiter est

A falsum. Valde est elegans quod ait *l. moris est, §. sunt autem, infr. de pœn.* pleraque esse generaliter vera, quæ sumpta specialiter falsa sunt: & contra. pleraque specialiter, &c. In hoc §. ait, in fundo legato si heres sepelierit, non dicit, si quemcumque sepelierit generaliter: nam cuiusque sepultura non faceret locum religiosum. Et hoc tantum est intelligendum de herede, qui in fundo legato testatorem sepeliuit, quem alio loco opportune sepelire non potuit, quo casu fit sane locus religiosus, *l. 4. de religios.* & tamen tenetur legatario, vt eum indemnem præstet, quia testator, qui eum fundum legauit, vel alio voluit inferri, vel loci æstimationem legatario offerri: maxime si ipse eum locum sepulturæ suæ destinauit. Nam si iussu suo in eo fundo sepeliatur, heres nullo modo tenetur, *l. quid ergo §. sed si, de leg.* I. Sed si suo arbitrio, non testatoris iussu testatorem sepelierit in fundo legato, quem alio opportune sepelire non poterat, locus fit religiosus, & nihilominus tenetur legatario de indemnitate. Et quod ait hoc loco, *in fundo legato si heres sepelierit testatorem*, scilicet suo arbitrio, non ex testatoris iussu. Obiicitur etiam aduersus hanc *l. ab Accurs. l. si heres rem leg. hoc tit.* In hoc §. Papin. ait, heredem teneri actione ex testamento, si in fundo legato testatorem sepelierit, atque ita eum locum religiosum effecerit. *L. si heres*, loquitur de herede, qui rem legatam, puta vestem dedicauit in funus testatoris, & ait, teneri non actione ex testamento, sed actione in factum, vt indemnitatem præstet legatario. Hic §. dat actionem ex testamento: illa in casu simili, actionem in factum. Hæc vero non sunt pugnantia: nam in *d. l.* actio vtilis appel-

C latur in factum. Actio in factum est actio ex testamento vtilis. Omnis actio vtilis appellatur in factum, & in hoc actio ex testamento, est actio ex testamento vtilis, siue in factum, non directa. Directa datur ad rem ipsam, vtilis ad æstimationem. Igitur nulla est repugnantia.

Ad §. eum qui ab vno.

Eum qui ab vno ex heredibus, qui solus oneratus fuerat, litis æstimationem legatæ rei abstulit: postea codicillis apertis, ab omnibus heredibus eiusdem rei relictæ, dixi dominium non quærere. Eum enim, qui pluribus speciebus iu-

D *ris vteretur, non sæpius eandem rem eidem legare, sed loqui sæpius.*

Restant in *l. Mæuius* quæstiones tres. Prima quæstio, quæ est in §. *eum qui*, vertitur circa speciem huiusmodi. Testator eidem bis, puta testamento & codicillis legauit eandem rem, non eandem quantitatem, alioqui cum hoc §. pugnaret lex *quingenta, de probat.* Eidum respondit Accurs. hoc loco, rectissime separauit quantitatem à re. ergo non quantitatem eandem, sed rem eandem, corpus idem testator eidem legauit tam testamento, quam codicillis, & non ab eodem herede, sed testamento eam legauit ab vno ex heredibus, codicillis ab omnibus heredibus. Quæritur, an bis debeatur, ita vt si ex testamento acciperet æstimationem, possit ex co-

E dicillis consequi rem? Et ita ponit Papinian. legatarium accepisse prius æstimationem ex testamento ab vno ex heredibus, qui in testamento solus oneratus fuerat. neque abs re ita ponit speciem, quoniam etsi bis deberetur legatum, & legatarius prius accepisset rem ex testamento, postea non posset æstimationem consequi ex codicillis, quia duæ causæ lucratiuæ, &c. nisi apparuerit perquam euidenter, & rem, & æstimationem rei testatorem legatario præstari voluisse, *l. si alij, in fin. de vsufr.* Sed si vt ponit, prius æstimationem legatarius acceperit ex testamento priusquam codicilli aperirentur, an postea codicillis apertis poterit ex codicillis rem petere & consequi? Et breuiter ita se res habet. legauit idem corpus testamento & codicillis: testamento, ab vno ex heredibus,

heredibus, codicillis, ab omnibus. testamento onerauit vnum heredem, codicillis omnes, & legatarius ex testamento consecutus est æstimationem, an postea ex codicillis petet rem? Et ait ex codicillis nullam petitionem competere, quia rem semel legatam ad eum peruenire voluit: nec enim sæpius legando testator ampliat legatum eiusdem corporis, *d. l. si alij* §. *vlt.* repetit potius, quam ampliat, vt eleganter ait Papinian. hoc loco, *qui pluribus speciebus iuris vtitur*, id est, qui & testamento & codicillis eandem rem legat, vt legatarius eam habeat duplici iure, ex testamento & ex codicillis, id non tam sæpius legat, quam sæpius loquitur. Et hoc tantum ponit in arbitrio legatarij, vt vel ab vno herede petat legatum, vel ab omnibus, vel iure testamenti, vel iure codicillorum, sicut qui idem eidem legat iure legati, & iure fideicommissi. Hoc ponit in arbitrio legatarij, vt vel legatum persequatur iure directo, vel fideicommissi, quo genere plerumque ita legatur, *do, lego, darique volo.* Nam *do, lego*, sunt verba legati, proprie: *dari volo*, sunt verba precaria, & fideicommissi: & ita eidem idem & per legatum, & per fideicommissum relinquitur, *l. Publius, l. non ad ea, de cond. & demonstr. l. quisquis, de leg. 3. l. si quis seruo, de manum. testam. l. Aurelius* §. *testamento, de lib. leg.* Et simili modo, vt dixi, cum quis idem corpus eidem legat testamento & codicillis, duplex tantum ius confert in legatarium persequendi legati, vel ex testamento ab vno ex heredibus, vel ex codicillis ab omnibus, non etiam ampliat legatum, id est, non vult ex testamento æstimationem præstari, ex codicillis rem. Et hoc est, quod ait eleganter in hoc §. Et omnino, quod hic scribit Papin. est etiam relatum ex Iul. in *l. si tibi homo, de legat.* 1. nec posset dari locus quisquam alteri similior, neque aqua aquæ vsquam magis similis est, quam ille huic locus. miror dumtaxat Accurs. qui hos locos inter se pugnantes facit, qui huic §. opponit §. 1. *d. l.* & laborat etiam in his conciliandis. Et ex *d. l. si tibi homo* §. 1. etiam in hoc §. est notanda ταυτολογία quædam: Nam ait in *d. l. si tibi homo* §. 1. legatum ex testamento litis æstimationem abstulisse. hic ait, eum ex testamento abstulisse litis æstimationem legatæ rei. Sane illa verba abūdant, *legatæ rei*: nam litis nomen satis significat rem legatam. Quid est abstulisse litis æstimationem? legatæ rei æstimationem. non possit alia lex alij esse magis similis per omnia, tantum abest, vt sit vel minima inter eas pugnantia. Sed quia vsus sum iam sæpius testimonio legis *si alij* §. *vlt. de vsufr.* ad quam Accurs. male ponit speciem, præstat, vt eam apponamus. ait §. *vlt. d. l.* multum interesse, rerum tibi an æstimationis vsusf. legetur: nam si rerum vsusf. legetur tibi, deducto eo, quod tibi præterea legatum est ex reliquis bonis, vsumf. feres. Finge; legauit tibi fundum Titianum, deinde legauit tibi vsumf. eiusdem fundi Titiani, & aliorum fundorum. posteriore legato non continetur vsusf. fundi Titiani, qui satis continetur priori. Qui prius legat totum, deinde partem, partem inutiliter legat. *l. qui vsumf. de verb. oblig.* nec ampliat legatum: qui idem corpus sæpius legat, non ampliat legatum, quia nihil agit: deducto igitur fundo Titiano ex reliquis bonis, feret vsumf. nam quod ad fundum Titianū attinet, qui iam ante legatus erat, nihil consequitur amplius: sed si legarit vsumf. æstimationis fundi Titiani, & aliorum fundorum, non deducetur fundus Titianus, qui ante ei legatus est, & præstanda ei erit non tantum reliquorum fundorum, sed etiam fundi Titiani æstimatio: Nam legata re etiam legando æstimationem eius rei, legatum ampliare possis manifesto, sed legando eandem sæpius, ampliare legatum non possis, quia eadem res non potest mea fieri sæpius. Intellexistis responsum Papin. quod in pauca comprehendit hanc sententiam: semel tantum deberi rem eidem legatam testamento ab vno herede, codicillis ab omnibus. Obstat huic sententiæ lex *si pluribus heredibus* §. *vlt. h. t.* Hoc lex breuiter ait. si testator legauit quinque ab vno herede, & totidem ab al-

Quæst. Papin.

A tero herede, bis deberi legatum, id est, quina ab vtroque herede deberi, vt habeat decem. Quod ne quis dixerit in quantitatis legato facile procedere: Idem enim in re legata separatim à duobus heredibus est proditum in *l. quid ergo* §. 1. *de leg.* 1. quæ eadem ratione obiici potest responso Papiniani: nam ait, bis deberi rem, quæ mihi legata est ab vno herede, ac deinde, eadem ab altero separatim. vtrumque legatum mihi solidum deberi: vnum rem, alterum æstimationem debere, perinde atque si eadem res esset legata duorum testamentis. Nesciuit hæc explicare Accurs. Sed obseruandū est nominatim *d. l. si plurib.* §. *vl.* & *d. l. quid ergo* §. 1 loqui de legato damnationis, quando testator ita dixit: *damnas esto Titio dare quinq;, vel fundū illum.* & idem etiam dixit alteri heredi, *damnas & tu esto illi dare quinque, vel fundum illum.* vterque locus est de legato damnationis, quo casu vterque debet solidum. Sed

B quod scribit Papin. in *hoc* §. pertinet ad legatum vindicationis quod ita relinquitur, *illam rem tibi do, lego.* & hunc §. pertinere ad legatum vindicationis, illa verba demonstrant, *dominium non quærere:* nam de dominio quærendo rei legatæ, ipso iure scil. & recta via non tractatur, nisi in legato vindicationis, quod acquiritur ipso iure. legatum dānationis acquiritur traditione heredis, non ipso iure, *l. à Titio, de solut. l. seruo legato, de leg.* 1. *l. legatum, de leg.* 2. *l.* 3. §. *si rem, de leg.* 3. Et ita Papin. quia legatum dixit relictum per vindicationem, scribit hoc loco: *legatarium qui consecutus est restitutionem rei ex testamento, non posse ex codicillis dominium quærere ipso iure secundum conditionem legati*, quorum verborum loco, lex *l. si tibi* §. 1. *de leg.* 1. quā dixi huic esse persimilem, ait, *eum non posse ipso iure vindi-*

C *care rem ex codicillis, qui iam ex testamento tulit æstimationem.* Erat igitur hac in re differentia inter legatum damnationis & vindicationis, vt & re legata duobus separatim erat differentia inter legatum damnationis & vindicationis, vt Vlp. scribit in fragm. Paulus in Sētent. Caius in Inst. nam si erat legata per damnationem, singulis debebatur solidum: si per vindicationē, singulis partes: quæ tamen differentia sublata est à Iustiniano: & quod ius erat in legato vindicationis, ex Const. Iust. idem est in legato damnationis, *l. vn. C. de cad. toll.* Verum ad hæc notandum est, in specie huius §. legatarium ex testamento accepisse æstimationem rei solidam ab vno herede qui non solus tenebatur. Proponitur in specie huius §. legatarium ex testamento accepisse æstimationem rei soli-

D dam ab vno ex heredib. qui solus ex testamento oneratus erat legato. Recte: nam solus tenebatur legati nomine in solidum. Et falsum est, quod Accurs. tentauit: si quis vnū ex heredib. onerauit legato, eum tantum teneri pro parte sua, coheredes in reliquum: alioquin nihil interesset, ab vno res legetur, an ab omnibus. Et verissimum est, eum, qui solus oneratus est legato, teneri in solidum, vt præstet legatum pro parte sua, & pro parte coheredum, id est, vel rem integram soluat redemptis partib. coheredū, vel æstimationem integram, *l. legatorum* §. 1. *h. t.* Neque obstat, quod imposuit Accurs. lex *si fundum* §. *si libertat. de leg.* 1. cuius species hæc est: libertus patronum heredē scripsit ex septunce, alium vero ex quincunce. Deinde ita legauit: *quisquis mihi alius* (quam patronus scil.) *ex supra*

E *scriptis cum patrono meo erit heres, ab eo Titio illos seruos do lego.* Videtur legatum reliquisse à coheredib. patroni, non à patrono. Et Titius non poterit vindicare nisi quincuncem in seruis, ex quo sunt scripti heredes, à quib. Titio legatum est. Sed vt hoc paucis exponam. Accurs. rectissime hanc affert rationem, non esse mirum, si coheredes patroni, qui soli sunt onerati legato, teneantur tantum pro parte heredis, id est, pro quincunce, quia testator cōsulere voluit patrono, vt & in eis retineat portionem suam, id est, septuncem. alij igitur etiam suas partes præstabunt. hoc fit ex voluntate defuncti. quam suggerunt illa verba, *quisquis mihi alius, &c.* alioqui præsumetur voluisse testator semper solidum præstari ab eo, quem solum onerauit. cætera erunt faciliora.

Ad §. fundo. pen. h. tit.

Fundo legato, si vsusfr. alienus sit, nihilominus petendus est ab herede: vsusf. enim, etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. Enimuero fundo relicto, ob reliquas præstationes quæ legatum sequentur, agetur. Verbi gratia, si fundus pignori datus, vel aliena possessio sit. Nõ idem placuit de cæteris seruitutibus. sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit.

AIt, fundo legato, si eius fundi vsusf. sit heredis vel alterius etiam, vsumfr. heredem debere præstare legatario, quia fundus legatus est, plenus scilicet. Ergo vsumfr. heres debet redimere ab altero, vel suum cedere legatario, *l. 26. l. cum filius* §. *dominus, de leg. 2.* Et subiicit rationem Papinian. elegantissimam, quia quamuis vsusfr. in iure, non in parte consistat, quod exposui in *l. si Titio, de vsufr.* quæ fuit prima ex hoc libro Papin. Vsusfr. igitur, quamuis in iure consistat, quamuis sit ius & seruitus, quam homo in fundo alieno habet, non pars fundi, tamen partis instar obtinet, quia omne emolumẽtum rei continet. Quid enim mihi profuerit res sine vsufr. vel species eius? Ergo heres, à quo fundus legatus est, non præstat fundum integrum legatario, si etiam vsumfr. non præstat, quia habetur pro parte rei, licet reuera non sit pars rei, sed seruitus. Et ita etiam fundo legato, si aliena sit possessio iure emphyteutico, vel alieno iure, & hæc possessio legatario præstanda est, quasi portio fundi & emolumentum. Eadem ratione fundo legato, si is sit pignori obligatus, heres eum luere debet, & liberum præstare hypotheca, quia iure pignoris possessio auocari posset, *l. si cum venditor, de euictiõn.* & possessio, vt dixi, instar partis obtinet. In summa fundo legato heres debet præstare vsumfr. & possessionem vacuam & fundum liberum. Hæ pręstationes legatarium sequuntur necessario. Heres liberatur, si plenum dominium præstet. non liberatur, si præstet dominium sine possessione vel sine luitione, si forte hypothecæ obligatus sit. Et ita vsusf. multum distat à possessione, à seruitute prædij, veluti à via & itinere, & similibus. Nam fundo legato heres & vsumfructum debet præstare, si sit alienatus: sed non debet eum liberare à seruitute viæ, vel itineris, vel similibus, *d. l. cum fundus* §. *dominus, l. seruo legato,* §. *si fundus, de leg. 1.* sed tantum præstabit qualis est. nam seruitutes prædiales non sunt partes fundi. sed qualitates, sicut vsusfr. & possessio, quæ habentur pro portione: nam etiam per has seruitutes fundo impositas nihil ex emolumento fundi deperit, aut adeo parum, vt non sit id parti adnumerandum. Et postremo subiicitur, *sin autem res mea,* in quo versu explicando quis non laborauit? Sed omnem rem expediuit laborando, qui *præter* legit, non *propter*. Primum, si res mea mihi legetur, est inutile legatum, sed aliquando est vtile. Excipiendæ enim sunt testamentariæ causæ: nam si rei meæ vsusfr. sit alienus, vel si rei meæ possessio sit aliena, vel si res mea pignori sit obligata, vtile est legatum rei meæ, quia videtur mihi legari hoc, vt heres rem meam liberet vsuf. vt liberet pignore, & me possessorem faciat. Igitur propter istas causas valebit legatum rei meæ mihi datæ, & præter istas causas non valebit.

Ad §. vlt. eod.

A municipibus heredibus scriptis, detracto vsufructu legari proprietas potest: quia non vtendo possunt vsumfruct. amittere.

MVnicipes possunt heredes institui, quamuis sit corpus incertum. Finge: illis heredibus institutis testator legat fundum detracto vsufr. volens vsumfr. remanere apud municipes heredes scriptos. Non valet le-

A gatum vsusfr. non valet detracto vsuf. seu retento, nisi aliquando vsusf. sit rediturus ad proprietatem: & retro non valet legatum fundi detracto vsuf. nisi aliquando vsusfr. rediturus sit ad proprietatem: esset enim inutile. Hunc autem vsumfr. cum apud municipes residere voluit, nunquam videtur finem accepturus, non capitis minutione, neque enim municipium capite minuitur, & vt Tull. pro Cecinna, non morte: nam non etiam moritur. Quia igitur municipes semper sunt, vsusfructus, quem testator eos retinere voluit, nunquam videtur reuersurus ad proprietatem. Sed respondet Papin. posse reuerti, & posse amitti non vtendo. Et addit recte Accurs. etiam posse amitti quasi morte, veluti si deleatur vrbs, *l. si vsusfruct. quib. mod. vsusfruct. amit.* Imo & amittitur vsusf. relictus ciuitati tempore centum anno-

B rum, vt & vsusfruct. relictus Ecclesiæ, vt finiatur quasi morte hominis, quoniam hæc est vita longissima hominis. Qua ratione & hodie vtimur in vsufructu relicto ecclesiæ, vt finiatur quasi morte hominis spatio centum annorum, ac si ecclesia fingatur esse velut homo, & in feudis quę morte clientis redeunt ad dominum, nisi soluantur εισδεχτικά. si feudum obtineat ecclesia quæ nunquam moritur, in feudo renouando obseruandum spatium centum annorum: vel ecclesia debet dare domino suo aliquem hominem cuius mors exspectetur, cuiusque morte ecclesia compellatur renouare feudum, aut renouationem feudi à domino postulare. Valde notandum, quod ostendit §. *vlt,* Municipium est capax vsusfruct. *l. mortuo, de fideiuss.* Municipij dicitur esse velut persona quædam, vt hereditatis iacentis, sed magis est munici-

C pij persona quædam, quia ex personis constat: & ob id recte ei legatur vsusfr. hereditati inutiliter: nam vsusfr. non consistit nisi in persona vera, non fictitia, *l. vsusfr. de stip. seru. l. 2. de vsu. & vsufr. leg.*

Quod dixi ad §. *sin autem l. Mauius, de leg. 1.* nonnunquam valere legatum, si res mea mihi legetur, puta, si eius rei vsusf. sit alienus: namque oneratus heres intelligitur esse, vt eum vsumfr. rei meæ, qui meus non est, mihi præstet: Et eadem ratione valet legatum illud, si aliena sit possessio: nam non proprietas mihi videtur legari, quæ mea est, sed possessio, quę mea non est, & onerari heres videtur, vt eam redimat, & mihi præstet. Idem erit, si mea res sit alteri pignori obligata: nam ea mihi legata, oneratus in hoc tantum videtur heres, vt

D eam rem luat: atque ita legatum rei meæ mihi datum, propter istas causas valet, vt Papin. dixit in §. *pen.* secundum Noricam scripturam, *propter istas causas non valet,* id est, inutile est, quod per obliuionem factum est, vt non probarim in *l. si tibi homo, in prin. l. si domus* §. *vlt. de leg. 1. l. 1.* §. *1. de lib. leg.* Hi loci multum valent ad confirmandum id, quod ante dixi: sed addamus etiam istud, non esse mirum, si propter istas causas rés mea mihi legetur vtiliter, cum & propter similem, siue eandem causam ego mihimet, quamuis sim liber, leger recte, *l. senatus* §. *vlt. de leg. 1.* vt in hac specie: captum me ab hostibus seruum, me seruum hostium, tamen tua pecunia redemisti. redemptura ista facit me liberum quasi postliminio, non seruum redemptoris, sed redemptoris

E tantum sum vinculo veluti pignoris obligatus quoad pretium redemptionis ei persoluerim. Et hoc casu, si testator me mihi ipsi legarit, vtile est legatum, quia mihi videtur remisisse pretium redemptionis, seu pignus naturale, quo me vinctum tenebat. videtur mihi donasse pecuniam, quam expendit pro redemptura, siue vt vocant λύτρον, quasi lustrum. Latini veteres dicebant à luendo, vt tranquillitatem aquæ maris, auctore Festo, Latini appellarunt lustrum. Ergo illo casu recte ego mihimet legabor, nec erit veluti pignoris retentio heredi, à quo redemptor me mihimet legauit. Nunc transeamus ad *l. 2. de vsufr. leg.*

Ad l. 2. de vsufr. leg.

Hominis operæ legatæ capitis deminutione vel non vtendo non amittuntur: & quoniam ex operis mercedem percipere legatarius potest, etiam operas eius ipse locare poterit, quas si prohibeat heres capi, tenebitur. Idem est, & si seruus se locauerit. Et quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit, sed seruo vsucapto legatum perit.

QVæ tractauit Papin. in hoc libro, fere omnia sunt de *vsu & vsufr.* Quare & in hoc libro tractauit de operis serui legatis, quia vt est in *l. 5. de op. seru. operis serui legatis vsus datus intelligitur.* sic habent omnes libri, non *vsusfructus*, nec quicquam mutari volo. Et *l. 3. & 4. eod.* ait, in fructu serui esse operas, & retrorsum fructum esse in operis. Igitur operę serui quodamodo imitantur vsum, vel vsumfructum. Sed multum tamen interest vsusfru. serui legetur, an operæ. Et quicquid scriptum est *h. l.* de operis serui legatis, id est scriptum comparatione vsus vel vsusfructus, in quo aliud iuris est. Ac primum quidem scribitur, operas serui legatas, non amitti capitis minutione, vel non vtendo, quod & in vsu & vsufructu longe secus est. deinde scribitur ei, cui legatæ sunt serui operæ, debere seruum acquirere ex iis operis quicquid parat: quod non ita procedit in vsuario. nam in vsufructuario idem est sane, sed non in vsuario. Item subiicitur, operas serui legatas non amitti morte legatarij, quod quis nescit secus esse in vsufructu. Ac postremo legatum operarum perire cum seruo vsucapto, quod etiam inferius demonstratur. Longe secus est in vsu & vsufr. Ergo quicquid in hac lege scribitur, eo fine duntaxat scribitur, vt intelligatur, quam longe lateque distent operæ ab vsu & vsufr. Vsus & vsusfr. amittitur capitis minutione, & non vtendo legitimo tempore: & operæ his modis non amittuntur, *l. 2. de op. seru* Nec obstat §. 1. *Inst. de acquis. per arrogat.* quoniam vt Accurs. animaduertit, quod ait illo loco, operarum obligationem amitti capitis minutione, id non est de operis serui legatis, sed de operis à liberto officij causa patrono debitis ex stipulatione, vel ex iureiurando, quæ perimuntur arrogatione patroni, hoc est, capitis deminutione, quia si debentur patrono arrogato & arroganti debebuntur statim, qui non est patronus. Nam ius patronatus in arrogatorem non transit, & operæ officiales non debentur nisi patrono, id est, ei cui officium debetur: item vsus & vsusfr. amittitur morte legatarij, quod est notissimum. is, cui operæ serui sunt legatę moriẽs legatum istud transmittit ad heredem suum. Idcirco recte in *l. huic stipulat. vsufr. quem cau.* legatum operarum ait, non per omnia imitari vsumf. Et aperte Papin. *h l. 2.* eum, cui legatæ sunt operę serui, non esse fructuarium, & *l. 1. § sed operis, ad l. Falc.* in eo legato, nec vsum, nec vsumfr. esse videri. Quod videtur pugnare cum *l. 3. & 4. & 5. de op. seru.* nisi ita exponatur. in legato operarum serui, nec vsus, nec vsusf. esse videtur, sed quasi proprium aliquod ius, vt de habitatione dicitur in *§. pen. Inst. de vsu & hab.* habitationem nec vsum plane esse, nec vsumfr. sed ius quasi proprium aliquod. Seruo vsucapto vsusfr. non perit, *l. locum, §. pen. de vsufr.* legatum operarum perit, vt hoc loco. item vsusfr. diuisionem recipit, operæ sunt indiuiduæ, *d. l. 1. §. si vsuf. & seq. ad l. Falc.* qua de causa in *l. 5. de op. seru.* ait, operis legatis vsum datum intelligi, qui & ipse sc. est indiuiduus, vsusfr. est diuiduus, vsus indiuiduus. Operę igitur magis vsum imitantur hac in re. Item vsusf. vel vsus legatum cedit ex die aditę hereditatis, *l. 1. quan. dies leg. ced.* Operæ cedunt ex die petitionis, id est, ex die, quo legatarius petiit eas operas sibi præstari, quia ex commodo legatarij cedendæ sunt, *l. 7. h. t. l. 1. de op. seru.* Non est omittendum id, quod ait Papin. *h. tit.* in quo operę distant ab

A vsu, non ab vsufru. videlicet eum cui legatæ sunt operæ serui, ex operis serui mercedem percipere posse, quod fit, si seruus se locarit mercede certa, vel etiam legatarius ille poterit locare operas serui. qui ex operis serui, cum se ipse seruus locauit, potest capere mercedem, & locare potest: & contra, qui illud non potest, neque hoc potest, *l. 13. in princ. de vsu & hab.* Et ex operis mercedem capere, non est imponere seruo mercedem, sed est capere mercedem, de qua conuenit inter conductorem & seruum, qui se locauit ipse. Et Papin. ita ratiocinatur hoc loco: si legatarius potest capere mercedem ex operis serui, ergo & locare potest operas serui: si ex contractu serui mercedem capere potest, ergo & ex suo contractu: & si heres, à quo operæ sunt legatæ, qui est dominus serui, prohibeat

B eum capere mercedem, hoc vel illo modo, siue seruus se locauerit, seu illum ego locauero: alij scil. non ipsimet seruo, quod esset inutile, *l. 25. §. idem Iul. de vsufruct.* si, inquam, heres legatarium prohibeat capere mercedes operarum, siue ipse seruus contraxerit, siue alius, tenebitur ex testamento. Et hoc cum dixisset Papin. subiicit, *idem est, etsi seruus se locauerit.* quod est superuacuum, cum id iam intulerit ante, & est error, qui à me notatus est sæpius. Nam legendum est, *id est,* quo casu videbatur heredi esse ius prohibendi quasi domino serui qui contraxit locationem: sed & cum seruus contraxit locationem, si heres prohibeat legatarium capere mercedem, tenebitur ex testamento: Sed non idem habet vsuarius: nam vsuarius quidem potest operis serui in re sua vti, vel po-

C test pro operis mercedem ei imponere, ita vt vel operas exhibeat, vel sinat imponi, *l. 13. de vsu. & hab.* Et ita est accipiendum, quod est in *Instit. per quas pers. nob. acq.* per seruum, in quo habemus vsum, nobis acquiri ex suis operis, non quomodocumque, sed quia in re nostra possumus ab eo operas exigere ab ancilla, vt nobis lanam faciat, à seruo, vt tabernæ vel officinæ præsit, vel etiam possumus pro operis mercedem imponere, id est, operas taxare: sed non possis locare operas alij, vel si ipse locarit, non possis mercedem capere, *l. 12. §. vlt. l. 13. l. 14. in pr. l. seruus cuius, de vsu & hab.* Notanda est subtilis differentia inter hæc duo, *pro operis,* & *ex operis.* vsuarius ex operis mercedem capere non potest, pro operis potest: is autem, cui legatæ sunt operæ, & ex operis, & pro operis potest. Et ratio differentiæ est, quia plenius est ope-

D rarum legatum, quam vsus. nec mirum, cum & plenius sit quodammodo operarum legatum, quam vsusfr. si plus est in legato operarum, quam in legato vsusfr. & plus in legato vsusfruct. quam vsus, §. 1. *de vsu & hab.* ergo & plus est in legato operarum, quam vsus. denique plus iuris tribuit operarum legatum, quam vel vsus, vel vsusfruct. Et hic sigillatim explicabuntur rationes cæterarum differentiarum facillimè: Operæ non vtendo amittuntur, vsus & vsusfr. amittuntur, quia scilicet & vsusfru. consistit in persona legatarij, quo nec vtente vel fruente, consequens est amitti vsum vel vsumfructum constituto tempore: Operæ non consistunt in persona legatarij, sed in facto vel actu serui, quo non faciente, non recte dixeris, operas amitti, sicut fundo fru-

E ctum non ferente, non recte dixeris vsumfruct. amitti, quia per fructuarium non stat, quo minus vtatur fruatur. vsusf. consistit in fructu vel facto legatarij, *l. 1. quan. dies leg.* Item amittitur morte vsufructuarij, quia interiit persona, in qua consistebat vsus. Operæ non amittuntur, quandiu manet is, qui eas operas exhibere potest, tametsi mortuus sit is, cui operæ legatæ sunt. Ac preterea vsusfr. est potius iuris, quam facti, quia alio iure ciuili facile tollitur, tollitur capitis minutione. Operæ sunt potius facti, *d. l. 1. §. sed operæ.* quod est facti, naturale est: ergo iure ciuili perimi non potest, veluti capitis minutione, qua ratione etiam habitatio, si sit legata, capitis minutione non perimitur, *l. legatum, de cap. minut.* morte finitur habitatio, quia videtur tantum relinqui donec viuat legatarius, *l. 10. §. vlt. de vsu. & habit.*

Operæ videntur legari, quandiu viuat seruus, quare A transmittuntur ad heredem. Præterea seruo vsucapto vsusf. non perit, legatum operarum perit. Ratio est, quia vsumfruct. debet fundus, non heres. Est enim ius in re. Operas non debet seruus, in quem non cadit obligatio, sed heres tantum legato obligatur, vt scilicet patiatur legatarium vti operis serui, & ex operis mercedem capere, quia non est obligatus is, qui eum seruum vsucepit. non est etiam obligatus heres, nisi quia is seruus in dominio eius est. Et notandum est, vsumfr. esse diuiduum, quia subiectum eius est diuiduum: nam fructus qui percipiuntur, possunt diuidi: operæ sunt indiuiduæ, quia in vsu consistunt. partim non potes vti re aliqua, partim non vti, pro parte frui potes, & pro parte non frui. Operæ pars intelligi non potest: nam aut non præstatur opera, aut solida præstatur. fructus pars intelligi potest, *d.* §. B *sed operis*. Ac postremo vsusfr. cedit à die aditæ hereditatis, ex quo die cedunt omnia legata, quæ non transmittuntur ad heredes, cætera, quæ transmittuntur, cedunt à morte. Operæ cedunt ex die petitionis tantum, quia non sunt in rerum natura operæ, antequam petantur, *l.* 1. *de op. seru.* quæ lex vtitur similitudine eleganti. Finge: legauit mihi testator quod nasceretur ex ancilla: dies legati non cedit, antequã partum ediderit ancilla. vt edi dicitur partus, ita edi dicuntur operæ. igitur hæ operę etiam non cedunt antequam edantur, vel antequam edi petierit legatarius. atque ita exposuimus omnes rationes superiorum differentiarum, & nihil est præterea in hac l.

Ad l. 71. de condit. & demonst.

Titio centum, ita vt fundum emat, legata sunt. non esse cogendum Titium cauere Sextus Cæcilius existimat, quoniam, ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio fratris alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est, atque ideo cautionem interponendam, vt & fundus compararetur, & postea non alienaretur.

§. 1. ¶ *Titio centũ relicta sunt, ita vt Maniã, vxorẽ quæ vidua est ducat, cõditio nõ remittetur: & ideo nec cautio remittenda est. Huic sententiæ non refragatur, quod si quis pecuniã promittat, si Maniam vxorem non ducat, prætor actionem denegat: aliud est, cum eligendi matrimonij pœnæ metu libertatem aufert, aliud ad testamentum certa lege inuitari.*

§. 2. ¶ *Titio centum relicta sunt, ita vt à monumento meo nõ recedat, vel vt in illa ciuitate domicilium habeat: potest dici non esse locum cautioni, per quam ius libertatis infringitur, sed in defuncti libertis, alio iure vtimur.*

HÆc l. fere tota est de modo adiecto legatis, & continet quæstiones quatuor ex quibus tres hodie explicabuntur. Primæ propositio hæc est, *Titio centum lego, ita vt fundum emat.* Secundæ hæc est: *Titio centum lego, ita vt Maniam, quæ vidua erat vxorem ducat.* Tertiæ, *Titio centum do, lego, ita vt à monumento meo non recedat, vel vt in illa ciuitate domicilium suum constituat.* Et in omnibus his propositionibus hæc verba. *ita vt*, modum faciunt, non conditionem, vt etiam est definitum in *l. libertas* §. *hac scriptura, de manum. testam.* Figuram verborum si spectas, modus est, non est conditio iniecta legato, si quis ita legauerit, *lego Titio ita vt faciat illud*, vel, *vt detur illi illud.* ita fere semper concipitur modus, sed ex voluntate defuncti hæc verba quandoque conditionem faciunt, *l.* 2. *C. de his, quæ sub modo*, conditionem non faciunt verba, sed voluntas defuncti, *l. in cond.* § 1. *de condit. & demonst. l.* 2. *de his, quæ pœn. nom. infr.* Et ita modum quoque non tã verba faciunt, quam voluntas defuncti. Sed cõditio plerumque ita concipitur, *lego illi, si illam vxorem duxerit.* Modus autem hoc modo, *lego illi, ita vt illam vxorem ducat.* Qui hoc modo loquitur vel scribit, plerumque modum facit: qui autem illo modo, conditionem, nisi probetur aliam fuisse eius voluntatem. Nam voluntas certe est, quæ facit cõditionem, vel modum, potius quam sermo.

A Multum autem interest scire conditio sit, an modus: nam magna est differentia inter conditionem & modum. Conditio impleri debet antequam capiatur legatum, vel donatio, si solo cõsensu cõtracta sit, vt iure veteri cõtrahitur solo consensu, etiamsi non interuenerit traditio, vel mancipatio inter coniunctas personas, vt inter parentes & liberos ex Constitut. D. Pij, *l. vlt. C. de don. quæ sub modo*, *l.* 4. *C. Theod. de donat.* Et iure nouo ex Constit. Iustin. inter omnes donatio perficitur solo consensu, sicut emptio venditio: ex qua tamen, si sit incerta conditio, non ante agi potest, vel impetrari quicquam, quam impleta conditio fuerit. Modus autem etiam impletur post perceptionem legati: Nam satis est, si in percipiendo legato, legatarius caueat heredi de implendo modo. Cauere debet heredi, etiamsi heredis nihil intersit, an B futurum sit, quod defunctus voluit, *l.* 19. *de leg.* 3. alioquin petenti legatum relictum sub modo, nec offerẽti cautionem heredi, obstat exceptio doli mali, *l. eas, h. t. l. cum in testamento, de fideicommiss. libert.* vel præstito legato omissa cautione, officio iudicis, non alio remedio, omnino compellitur implere modum, *d. l. libertas* §. *hac scriptura, & l. Mauia, infi. D. de man. test.* Ne dicas præstito legato, & omissa cautione posse legatum repeti ab herede: Nam hoc est falsum, cum purum fuerit legatum, sed vel officio iudicis, vt dixi, compellitur obtemperare voluntati defuncti, vel heres etiam condicet cautionem, quam omisit per errorem, *argum. l.* 5. §. 1. *de vsufruct. ear. rer. quæ vsu cons.* Item, quod nemo ignorat, conditionale legatũ non transmittitur ad heredem, si C legatarius moriatur pendente conditione. legatum relictum sub modo transmittitur ad heredem: est enim purum, *d.* §. *hac scriptura.* Modus in arbitrio ponitur legatarij, vt scilicet quid det, vel faciat: conditio etiam in casum confert, puta, *si fulserit cras, si tonuerit, si nauis ex Asia venerit.* Quæso quid est conditio? quid modus? An conditio est euentus futurus, qui in dubio est, sit, an non sit? Quæ definitio prima specie videtur elegans, sed non placet? Nam euentus est qui casu contingit, *l. cum pupillis* §. *vlt. l. in facto, h. tit.* Omnis autem conditio non ponitur in euentum, in casum: Quædam confertur in voluntatem, arbitrium, potestatem personæ, non fortunæ, *d. l. in facto.* Denique alia ponitur & collocatur in personam, alia in fortunam. Ergo conditio plus est, quam euentus. Ac præterea quodcunque futurum est, D etiamsi non sit positum in conditione, sane est euentus futurus, qui in dubio est, sit, an non sit. Et eadem ratione non placet definitio Bartoli: conditio est, *quæ habet se ad esse vel non esse.* Nam euentus tantum significatur his verbis. vel etiam si vis, me concedente facile, his verbis cõtineri etiam quod confertur in voluntatem personæ, eadem est definitio modi. Cur non recte sic definias modum, *qui habet se ad esse & non esse.* & eodem quoque modo definies, quodcumque futurum est, licet non sit in modo, vel in conditione positum: An igitur rectius conditionem sic definies: conditio est adiectio, quæ suspendit legatum, vel aliud quodcumque, de quo agitur? Hæc etiam non placet: nam & mora suspendit legatum, nec tamen est conditio, vt si quid leges ex die certo, puta ex Calend. Mart. mora iniicitur legato, non conditio: E vel etiamsi legato tacite insit tempus, vt si legetur quod ex ancilla natum erit, mora iniicitur legato, non conditio: vel etiamsi legetur extraneo res dotalis mulieris alia re pro dote relicta, vt declarat latius lex *quod pure, quan. dies leg. ced.* & pertinet etiam ad hæc comprobanda lex *heres meus, hoc tit.* mora ita iniecta legato, transmissioni impedimento non est, quia non est conditio, quia affectum conditionis non habet, & ita semper mora separatur à conditione, *l.* 1. *de legat.* 2. *l.* 5. *quan. dies leg. ced.* Conditioni quidem inest mora & dilatio, maxime collatæ in futurum tempus: potest enim conferri in præteritum & præsens: cum tamen, quæ alia est differentia, modus conferatur tantum in futurum: sed condi-

tioni, vt dixi, collatæ in futurum sane inest mora & dilatio, *l. 29. de legat. 1.* quæ eleganter ait, obligationem differri quatuor modis, modo, tempore, conditione, loco. Conditioni igitur inest dilatio, ergo mora: moræ omni non inest conditio. Mora autem omnis suspendit legatum, seu obligationem quamlibet. Ergo non conditio sola. Et notandus est χιασμός, qui scil. est in *d. l. 29.* debitum differri modo, tempore, conditione, loco: nam modus respondet conditioni. Est enim modus quasi conditio, tempus respondet loco, quia loci additio, est quasi temporis adiectio, *l. 6. §. vlt. ad Trebell.* Et ita positis quatuor terminis, primus terminus respondet tertio, & secundus quarto, quod ita in decussim, si collocaueris facies χιασμον, vt 3. Catilinaria secundum tenorem scripturæ vrbem & ciues integram, incolumesque seruaui. Sed quod non-

vrbem	ciues
¦	¦
integram	incolumes

dum puto fuisse animaduersum, formatur etiam χιασμός alio modo, puta positis quatuor terminis, si primus respondeat quarto, & secundus tertio. Et in princ. Inst. est χιασμός, maiestatem Imperatoriam, non solum armis decoratam, sed legib. armatam esse oportet. Primo respondet quartus, secundo tertius.

armis	decoratam
¦	¦
legib.	armatam

Et illo loco Virgilij:

---- *Eborisue talenta,*

Et sellam.

Et illo Horat.

Mulæ nautæque caput limbosque.

Verum ad rem. Quid est conditio? Est causa, qua exsistēte nascitur obligatio. deficiente nulla constituitur: suspensa suspenditur. causa est cōmune genus modi & conditionis, *l. eas, h. t.* atque etiam rationis legandi, quæ testatorem impulit ad legandum, vt cum ita scribit, *lego illi, quia mea negotia curauit.* vel etiam conditio est lex vel pactio, quæ inseritur in constituenda obligatione. vel possis addere, atque ita efficit, ne ante nascatur obligatio, vel constituatur, quam ea lex impleta fuerit. Modus autem est lex certa, quæ imponitur dationi rei. alias modus est ratio legandi, vt *l. vlt. de hered. inst. sup.* Alias est alternatio, vt cū stipulatus fueris decē, mox addes, aut Stichū, *l. obligationū §. modus, de obl. & act.* Et Dialecticis modus aliud est veluti impossibile, impossibile, necessarium, cōtingens. Categorica propositio hæc est: non potest pupillo facere testamentum, nisi & qui fecerit sibi. Modalis vero hæc est, necesse est, vt faciat testamentum sibi, qui & pupillo volet facere. In hoc proposito, vt diximus, modus est lex certa, vt ait in hac *l. §. 1.* sub qua quid relinquitur: Conditio vt idem demonstremus & finiamus varie, est causa, quæ præcedere præstationem debet: Modus est causa vel conditio, quæ & sequi præstationē potest: Nam & modus sæpe appellatur conditio, non contra, vt in hac *l. §. 1. & l. libert. eod. tit. & l. 2. §. vlt. & l. 3. de donat. l. libert. §. Lucius. de annuis legat. l. Mæuia, de man. test. l. 8. §. pen. de cond. inst* Et inde etiam in *l. 1. C. de his, quæ sub modo,* modū pro conditione haberi, primū sc. quia implendus est omnino: sed conditio priusquā præstetur legatum: modus etiā post præstationē legati: & conditio, si non sit impleta, vel si defecerit, protinus repellit agentē, modus admittit oblata cautione, *d. l. eas, h. t.* quia nō quo minus quis habeat legatū, sed quo minus retineat, efficit, quandoquidē cauere debet de implendo modo, aut reddendo legato. Ac præterea modus fideicommissum facit hodie, *l. 2. C. de his quæ sub modo,* vt si ita legauerim: Titio *lego fundum, ita vt Caio det decem.* Caio est fideicommissi petitio aduersus Titium, quia qui modum adiicit, indicat se valde velle, vt in his impleatur modus, quandoquidem sic scribit, *lego, ita vt det illi decem.* At conditio nō facit fideicommissum, vt *lego illi fundum, si Titio decem dederit.* Titius non est fideicommissarius. conditio igitur non facit fideicommissum, nisi vt declarat *d. l. 2.* cuius vera

A hæc interpretatio est, conditio sit concepta verbis modalibus, videlicet, *ita vt, &c.* nisi oratio fuerit modalis: voluntas testatoris conditionalis conditionem faciet, voluntas, non oratio. fac illis verbis voluisse conditionem facere, non modum. conditio sic concepta enixæ voluntatis argumentum præbet: aliter ac si dixisset, *si illi dederit decem.* Ad hæc notandum, etiamsi legatum sit relictum cum modo, aliquando legatarium admitti non oblata cautione de implendo modo, & ita modum remitti, id est, perinde rem æstimari, ac si non esset illius legato impositus modus. Hoc ostenditur in hac *l.* duobus exemplis. Vnum est in §. 2. quæ est tertia propositio initio à me exposita. Finge: ita legaui; *Titio lego centum, ita vt à monumēto meo non recedat: vel, vt in hac tantum ciuitate moretur.*

B Legatarius perueniet ad legatum, & exonerabitur cautione, quia modus ille remittitur: & conditio & modus quicunque impugnat publicam vtilitatem, veluti libertatem, quæ publica res est, cuius vindicta omnes respicit, remittitur semper, *l. imperat. §. vlt. de pollicit. & l. 2. §. tractari, ad SC. Tertyll.* Hic autem modus, *ita vt à manumēto, &c.* ius libertatis infringit, quia vt ait *l. 2. de libero homine exhib.* non multū differt à specie seruorum is, cui non est libera recedendi facultas. si modus remittitur, & cautio igitur superuacua est. At remittitur modus, quia impugnat libertatem, vel imminuit, & tamen hic modus vsu receptus est, vt Papin. ait hoc loco, vt legato relicto libertis adiiciatur vtiliter: si adiectus sit legato relicto ingenuis, remittitur, sed si libertis nostris, non remittitur, vt si liberto ita legato, *tibi lego centum, ita vt à monumento,*

C *&c.* Monumenta illa, quibus apponebantur custodes, nō erant, qualia sunt hodie nostra sepulchra, sed veluti ædiculæ quædam, in quibus & habitatiunculæ erāt constructæ custodum gratia, quam in rem sane vtebantur opera seruorum, vt *l. seruus, de alim. leg.* Et Lucianus in Nigrino deridet testatores sui temporis, quod iuberent seruos assidere perpetuo ad sepulchra. hoc iure vtebantur, vt & eundem modum iniicerent libertis legando, qui ingenuis indicitur inutiliter. Ergo illo casu modus remittitur & cautio. Alius casus hic est: *Titio lego centum, vt fundum emat.* non igitur implebit hunc modū, si volet, nec cauebit heredi de implendo modo. quia ad eum duntaxat emolumentū legati pertinet, & est potius consilium vel causa legandi, vt habeat vnde fundum emat, si velit emere,

D quam modus, vt *l. 2. §. vlt. de don. l. pen. §. vlt. D. de alimen. leg.* Sed finge, quod est valde subtile vt Papiniani: legauit Testator Titio centum, qui erat suus filius, vel frater, vel alumnus, minus industrio atque prouido illi legauit 100. *ita vt fundum sibi emeret,* summa prouidentia, vt sc. ei consuleret. denique his affectibus suis legauit, sub modo, *vt sibi fundum emeret* dum ei prospectum vult. an intersit heredis modum impleri? Minime: quia etiā modo non impleto ad eum legatum non redit, sed non ideo minus exiget cautionem heres, *l. 19. de leg. 3.* quia sc. vt ait prudenter Papin. *heredis interesse creditum est.* non interest quidem, sed interesse videtur, vt satisfiat prouidentiæ defuncti. Et pertinet hic modus etiam ad manes defuncti, non ad filium solum, ac proinde quodammodo heredis interest, ne fiat contra prouidentiam defuncti, & conse-

E quenter, nec emptum semel fundum legatarius alienet. Ergo heres curabit sibi caueri de emendo fundo, atque de empto fundo retinendo nec abalienando. Videbatur etiam esse tertius casus, quo non esset præstanda cautio implendi modi, qui proponitur in §. 1. *huius l.* Testator ita dixit: *Titio centū lego, ita vt Mæuiam quæ vidua est, ducat.* Multū faciunt ad rem illa verba, *quæ vidua est.* an remittitur hic modus, vel, vt loquitur, hæc conditio? vtrū cautio? neutrū. Ergo nō admittetur legatarius ad legatū, nisi cauerit heredi de ducenda Mæuia, quia etsi nihil hoc videatur expedire heredi, expedit tamen quodammodo, vt satisfiat voluntati defuncti, qui viduæ consultum voluit, quæ miseratione digna est. Sed obiiciebatur in contrarium: non valere stipulationem, si quis promiserit pœ-

nam, *ſi Mæuiam vxorẽ non duxerit.* Videtur ergo & illius A legati vel modus eſſe nullus, aut debere remitti. argumentatur à ſtipulatione ad legatum, quod argumentum eſt frequens. argumentatur à conditione mera ad modum. hoc modo hæc conditio, *ſi Mæuiam vxorem non duxerit*, non me obligat pœna, quã promitto; ergo hic etiam modus adiectus legato, vt Mæuiam vxorem ducã, ſi eam non duxero, vel ſi ea de re non cauero, mihi non aufert commodum legati. Sed prudentiſſime reſpondet Papin. Aliud eſſe pœnę metu auferri libertatem eligendi matrimonij, quod eſt contra bonos mores, *l.2.C.de inutil. ſtip.* nam libera matrimonia eſſe oportet; & eam ob rem ſtipulatio illa non valet. Aliud eſt ad lucrum inuitari, puta ad legatum ſub certo modo, vt *ſi admittatur ad legatum, ſi Mæuiam vxorem duxerit.* non admittetur, ſi non duxerit, B vel niſi ea de re cauerit. Denique aliud eſt pœnam de ſuo inferre; aliud pœnam de alieno inferre: nec vero quod eſt in obiectione congruit cum eo, quod eſt in propoſitione *d.* §. 1.

Ad §. Titio genero.

Titio genero meo heres meus dotis Seiæ filiæ meæ nomine 100. dato. Legati quidem emolumentum ad Seiam, quæ dotem habere incipit, pertinebit: Sed quia non tantum mulieri, ſed Titio quoque, cui pecuniam legauit, conſultum videtur, prope eſt, vt ipſe legatarius intelligatur, & legatum C *petere debeat. Si poſt diuortium genero pecuniam heres ſoluerit, æque liberabitur: quoniam in dotem ſolutio conuertitur. Conſtante autem matrimonio, etiam prohibente muliere, Titio recte ſoluetur. Hoc enim & mulieris intereſt, vt incipiat eſſe dotata: Nam & ſi quis ipſam quoque petitionem habere reſponderit, eaque pecuniam petat, neque dotis fieri velit, non dubie doli ſubmouebitur exceptione. Ante nuptias vero Titio, vel muliere defunctis, legatum apud heredem manet. Quod ſi nolit eam vxorem ducere, cauſa legati quod ad mulieris perſonam attinet, ſatisfactum intelligetur, ſed Titio legatum petenti, nocebit exceptio doli. Sabinus autem exiſtimabat nupta muliere Titio ſine cautione legatum deberi, quoniam pecunia dotis efficeretur. Sed cum* D *ante nuptias, quia purum legatum eſt, peti poteſt cautio, mulieri pecuniam reddi, neceſſaria erit. Quod ſi maritus vitio ſuo cauſa ceciderit, neque ſoluendo ſit, nunquid aduerſus heredem mulieri, quæ nihil deliquit, ſuccurri debeat ob eam pecuniam, quæ doti fuerat deſtinata? ſed quoniam ambo legati petitionem habuerunt, ſaluam habebit, non ſoluta pecunia viro, mulier actionem.*

Lex hæc noſtra eſt de legato relicto ſub modo, & de cautione implendi modi, quam legatarius heredi cauere debet, & continet quæſtiones quatuor, de quibus iam expoſui tres, & in his duos caſus, quibus cautioni locus non eſt, id eſt, quibus legatum relictũ ſub modo præſtatur ſine cautione. Quarta quæſtio, quæ tractatur in §. vlt. huius l. dabit alium caſum, quo legatum etiam relictum ſub modo præſtatur ſine cautione: namque obſeruandum eſt in huius ſpecie, non vt in ſuperioribus, his E verbis, *ita vt*, ſed his, *dotis nomine*, concipi & ſignificari modũ, non eadẽ ſemper eſt formula cõditionis, neq; modi eadem. nam mens eſt, quę modum facit, non oratio, non lingua. Ergo in hoc §. vlt. hęc verba *dotis nomine*, modum faciũt. Et propoſitio ſeu ſpecies hęc eſt: *Titio genero meo dotis filiæ meæ nomine, heres meus centum dato*, & gener hoc loco dicitur non tantum maritus filiæ, ſed etiã ſponſus: nam & generi nomen acquiritur ex ſponſalibus, *l. Labeo, l. ſeruus, de grad. & aff.* & gener dicitur non tantũ γαμβρὸς, ſed μελλόγαμβρος, ſed improprie. Quare in *l. ſeruo legato, de leg. 1.* maluit IC. dicere *gener, vel ſponſus*, hoc loco ſatis habuit dicere, gener. Nũc ad §. noſtri explicationem reuertamur. Et primum neceſſe eſt, vt videamus, legato relicto, *Titio genero filiæ meæ nomine centum*, quis ſit legatarius? quis legati petitionem habet? gener an filia? an vterque? Et initio Papin. ſignificare videtur ſolum generum eſſe legatariũ, & legatum petere poſſe actione ex teſtamento. legati quidem emolumentum ad filiam pertinere, ſed generum eſſe legatarium, vt ſimiliter Vlp. in *l. fideicomm. §. interdum, de leg. 3.* Si teſtator iuſſerit heredem ſoluere publicano publicũ, id eſt, vectigal pro Titio, quod Titius ſc. publicano debet, aut debiturus eſt, ait, Titium eſſe legatarium, non publicanum, tametſi legati emolumentum ei quæratur & obueniat. Et ſic igitur, dum ait Papin. initio huius quæſtionis quartæ, generum eſſe legatarium, emolumentum autem legati redire ad filiam, ſane ſignificat generum eſſe legatarium, non filiam. nec enim omnis ad quem emolumentum legati redit, legatarius eſt. Ideo autem huius legati emolumentum pertinet ad filiam, quia incipit dotem habere, quia incipit eſſe dotata, & ſoluto matrimonio repetit eam pecuniam actione de dote quaſi dotalem, quia legato hic modus eſt iniectus, *dotis nomine*, id eſt, dotis contemplatione, dotis loco, id eſt, ita vt gener eam pecuniam habeat dotis loco. Et hoc quidẽ initio ſcripturæ ſuæ Pap. indicat. Sed poſtea duobus locis in hoc §. demonſtrat aperte, vtrunque pro legatario haberi, & generum & filiam, licet ſoli genero adſcriptum ſit legatum, quia teſtator vtrique conſulere voluit, & vtriuſque contemplatione legauit. igitur vtrique legati petitionem eſſe, quod etiam probat, *l. tale §. vlt. de iure dot.* Sed qui agere & exigere occupauerit, ſane heredi debet cauere de defendendo eo aduerſus alterum: namque æquũ non eſt vtrique heredem præſtare eandem quantitatẽ, quia nec voluit teſtator eã ſummam duplicare, & eius rei argumentũ dictat *l. fideicom. §. plerũque, de leg. 3. l. 4. de lib. leg.* Et ita, vt afferam ſimiles caſus, ſi quis legauerit Titio, quod ei Caius debet, nõ tantũ Caio, ſed etiã Titio legati petitio eſt, & vterq; pro legatario habetur, quia teſtator vtriq; conſultum voluit: debitori, vt liberaretur: creditori, vt haberet plures reos, id eſt, plures debitores eiuſdem pecuniæ. & quidem ſi prius agere cœperit debitor, id eſt, Caius, ſatis erit, ſi heres ei caueat defenſum iri eum aduerſus creditorem, id eſt, ſi promittat ſe curaturum, ne quid ab eo creditor exigat, vel ſi creditor ipſe cœperit agere ex teſtamento, legati nomine ferret pecuniam, quam ei Caius debet, ſi modo caueat heredi, defenſum iri heredem aduerſus debitorem *l. 3. §. vlt. & l. 4. de lib. leg.* Qua in re maxime notandum eſt, fuiſſe controuerſiam inter Iulianum & Marcellum, & *d. § vlt.* inter hos fuiſſe diſcordiam oſtendit planiſſime. Nam Iulianus in ſpecie propoſita creditori denegabat actionem legati nomine, quod nihil eius intereſſe videretur, ſicut ſi debitor quod debet, creditori leget, nihil creditoris intereſt, & inutile eſt legatum. Sed merito reprehenditur à Marcello, quoniam in caſu propoſito creditoris intereſt etiam habere ſe plures reos eiuſdem pecuniæ, quamuis prius debitor ſit ſoluendo: poteſt enim fieri non ſoluendo. Atque ita ſecundum Marcellum concludendum, vtriuſque intereſſe, vtrumque eſſe legatarium, debitorem & creditorem, vtriq; eſſe actiones. Et hæc nota Marcelli addenda eſt ad ſpeciem, *l. ſi cui legetur §. ſi Titio, de leg. 1.* Species hæc eſt: legaui tibi aliquid, & rogaui te, vt quod debeo, creditori meo ſolueres. legatum conſiſtit in perſona heredis, cuius maxime intereſt creditori ſolui, ne cõueniatur quaſi heres debitoris, & vt ait, cõſiſtit legatũ in perſona heredis, non in perſona creditoris, quia nihil eius intereſt, & nihil præterea additur in *d. §.* ea de re. Sed nos ſupplere oportet, quod deeſt ex iure, & adnotare primum, quod Vlp. refert in *d. §. ſi Titio*, eſſe ex Iuliani libris, cuius rei coniecturam facit *§. Iulianus*, qui ſequitur. Ergo ſecundum Iulianum verum eſt quod ait *§. ſi Titio*, ſed addenda eſt nota Marcelli: imo etiam creditoris intereſſe, vt habeat plures debitores, quod non obſeruauit Iulianus, atq; ob id in hac ſpecie merito reprehẽdi Iulianum à Marcello *d. l. fideicomm. §. plerumq; de leg. 3.* Cuius ſpecies hæc eſt, aut eſſe debet, atque ideo in ea le-

ge, vt scriptum est, *quamuis vnius legatum sit*, legendum est, *quamuis vni legatum sit.* & similiter paulo post, dum ait, *legatum heredem vel fideicommissarium, vt eis solueret*, scribendum, vt *ei solueret.* Et species hæc est: Titius debet eandem summam, vt rem pluribus reis stipulandi, id est, singulis debet solidam, non sæpius eandé rem vel quantitatem, sed vni soluendo liberatur. Ego meo testaméto, quod ei debet Titius, legaui vni eorum. legati petitio datur, non tantum ei, cui legatū adscripsi, sed etiam cæteris correis stipulandi, quorum etiam contemplatione legaui, sed qui agere occupauerit, sane cauere debet, heredem defensum iri aduersus cæteros, *d. §. plerumque.* Ac ita legatum non tantum debetur ei, cui adscribitur, sed etiam ei, vel eis, quibus non adscribitur, modo si eorum contemplatione relinquatur, & eorum etiam intersit legatum exsolui, quod omnino congruit cum eo, quod Papinianus in hoc §. *Titio genero* concludit. Et genero & filiæ legati petitionem esse, genero, cui est adscriptum legatum propalam: & filiæ etiam, cui non est adscriptum legatum propalam, sed quasi adscriptum esse intelligitur, quia filiæ interest dotem habere, & contemplatione etiam eius reliquit legatum genero vel sponso. Huic definitioni duo obstant vehementer, à quibus non se expediuit Accursius. Et delendum est, quicquid in ea hoc loco adnotauit. Obstat primum *l. seruo legato §. si testator, de leg. 1.* Duo proponuntur casus in eo §. in quibus idem iuris est. Prior hic est: testator vnum ex pluribus heredibus iussit creditoribus omne æs alienum soluere, an creditoribus competit actio aduersus illum solum in solidum? Minime: quia nihil eorum interest. legatum illud nihil adiicit obligationi, & nullum est. & nil eorum interest, quia iam satis reum obligatum habent & heredem eius: coheredibus autem competit fideicommissi petitio, quorum causa testator id fecit, & quorum maxime interest, vt exonerentur ære alieno pro suis portionibus. Alter casus est persimilis. Testator filiæ nomine iussit heredem genero dotem dare, non competit genero, quia nihil interest eius, sed competit filiæ, cuius maxime interest. Hoc est in iure perpetuum, eius, cuius magis aut maxime interest, & principaliter interesse, *l. 19. de lib. caus.* Ergo & ei principaliter est danda actio. Denique illo casu, quia filiæ maxime interest, vt sc. sit dotata, ei soli dabitur actio ex testamento, genero nō dabitur, quia nec generi maxime, sed minimum interest, quod omnino euertit, quæ ante posuimus pro certis atq; confessis. sed necesse est, vt illi duo casus, in quibus idem ius constituit, conueniant in omnibus. Priore casu iussit vnum heredem soluere creditoribus, & hoc posteriore necesse est ponamus, testatorem iussisse genero soluere dotem, quæ ei debebatur, quam ei iam promiserat testator, ex quo contractu obligatio acquiritur soli genero, nō filiæ, *l. 5. C. de dot. prom.* quia genero debebam doté ex stipulatu, filiæ non debebam. Quamobrem in persona generi non consistit legatum, quia nihil eius interest, cui ego vel heres meus satis obligatus est ex stipulatu, sed in persona filiæ consistit, & quidem solius, *l. cum pater, de iure dot.* Sed in specie §. *vlt.* ad quem refertur superior conclusio, socer genero non debuit dotem, & vt ait in fi. §. ea pecunia quam legauit dotis nomine, doti fuit destinata, non promissa. Igitur neque filiæ tantum eo casu, sed etiā generi interest dotem præstari, quæ neutri debebatur ex alia causa. Obstat etiam superiori definitioni *l. fideicomm. §. interim, de leg. 3.* Ego legaui publicano publicum quod ei Titius debet, an vterq; est legatarius, publicanus & priuatus? Lex ait, solum Titium esse legatarium, non publicanum, licet legati emolumentum publicanum respiciat. Et videretur tamen secundum ea, quæ antea dicta sunt, vtrumque esse legatarium, quia vtriusq; intersit, & quod non Titio tantum voluerit testator prouidere, sed etiam publicano, vt vtrumq; liberaret. Sumenda est responsio valde probabilis ex coniectura voluntatis defuncti. Cur Titius solus est legatarius in hac specie, non publicanus,

A vt in superioribus, non vterque? quia scilicet testator videtur tantum legasse contemplatione priuati, id est, Titij, quia non solemus esse liberales erga publicanos. quis vnquam est liberalis erga publicanum, aut quis præsumitur esse? Est enim hoc genus hominum omnibus inuisum. Ideoque præsumitur testator contemplatione Titij tantum, non contemplatione publicani legatum reliquisse. Fuit tamen ei animus liberandi Titij, & in dubio ita præsumitur, nisi aliud probauerit publicanus. Non ero multus in tradendis iis quę restant ex quæstione quam heri proposui de legato ita relicto: *Titio genero meo heres meus Seiæ filiæ meæ nomine centum dato.* Quæstio vertitur circa hoc genus legati, & quæ ad eam spectant, licebit paucis explicare. Ergo pergamus. quod attinet ad

B quæstionem motam *h. §.* eius legati, quod proposuimus quis est effectus? Eius legati effectus hic est, quia tam mulieri, quam Titio consulere voluit testator, erga vtrūque ductus affectione pari, vt ambo sint legatarij, ambo legati habeant petitionem, sed occupantis melior est cōditio: nam heredem vtrique condemnari iniquum est, & consequenter constante matrimonio ea pecunia genero soluitur recte, etiam inuita muliere, vt ait, quia ea solutio, & viro & mulieri proficit: quandoquidem id quod soluitur conuertitur in causam dotis statim, & dos cedet commodo vtriusque, mariti & vxoris, & iure ciuili constitutum est generaliter, vt etiam inuiti liceat meliorem conditionem facere, vt *l. soluere, de solut.* mulier inuita dotatur, quia & viri interest eam esse dotatam. Ergo viro

C dotis nomine recte soluetur legatum etiam inuita muliere, etiamsi velit esse indotata. Notandum quod dixi, hoc esse generale, vt possit etiam inuiti melior conditio fieri, quod ad nos attinet, scilicet, quia eam facere meliorem satagimus, vt ait *l. si debitor tuus, de solut.* nam quod ad illum attinet, cuius melior conditio fit, licet ei eam aspernari postea: & vt eleganter quodam loco dixit Æmilius Ferretus, duo sunt extrema in acquirendo, vnum ex persona eius, à quo acquiritur: alterum ex persona eius, cui acquiritur. Et inuito quidem acquiritur, quod ad prius extremum attinet, non etiam quod attinet ad posterius, licet enim acquisitioni abrenunciare, lucro oblato non vti. Ergo non mirum, si dicat Papin. hoc loco, *etiam inuita muliere, marito constante matrimonio recte solui legatum, quod ei socer reli-*

D *quit dotis filiæ suæ nomine.* Et eadem ratione, vt idem Papinian. ostendit, etiam post diuortium, quod plus est, ea pecunia genero soluitur recte, & heres soluendo ei perinde liberatur, atque si soluisset constante matrimonio, quia & solutio, quæ fit post diuortium, in dotem conuertitur: nec etiam tantum dotem habet, quæ nupta est, sed & quæ nupta fuit, dotem habere potest, quamuis dos ea non constante matrimonio soluta sit, sed post diuortium. quæ nupta nunquam fuit, dotem non habet antequam nupserit; denique dos non est sine matrimonio præsenti vel præterito, *l. 3. de iur. dot.* futuri matrimonij vel sponsalium dos nunquam est. Pergamus. vt inuita muliere viro ea pecunia, quæ legata est dotis nomine soluitur recte, & quod soluitur, conuertitur in causam dotis: ita mulieri recte soluitur, cum heres sit vtrique

E obligatus, & præterea recte quoque mulier petit: sed si nolit dotis fieri pecuniam quæ soluitur in dotem, in causam dotis, cum dotis nomine sit relicta, & dotis tantum nomine peti possit, petenti mulieri obstat exceptio doli mali, *l. apud Celsum §. præterea, de doli except.* Noluit enim defunctus filiam generumve alio nomine legatum percipere, quam dotis, cum vtrique consultum voluerit, & genero & filiæ. quæ non dotis nomine accipit, sibi soli consultum vult, quod est contra iudicium defuncti, & semper in iure, qui agit contra iudicium defuncti, repellitur exceptione doli mali. Hæc igitur verba, *dotis nomine*, efficiunt, vt à testatore submoueatur vir aut mulier, qui eam pecuniam dotis fieri non vult, id est, qui suo nomine proprio accipere vult, non matrimo-

nij nomine. Item ea verba id efficiunt, vt ante matrimonium muliere vel viro defuncto, quia matrimonium atque adeo dos fieri iam inter eos non potest, pecunia legata remaneat apud heredem scriptum. non potest peti à superstite, quem certum est iam modum legati implere non posse. non potest etiam transire ad heredem defuncti vel defunctæ, quamuis sit purum legatum: Nam legatum, quod relinquitur sub modo, sane est purum, *l. libertas* §. *hac scriptura, de manum. testam.* Et Papinianus hoc loco apertissime (quia purum legatum est) qua ratione statim peti potest legatum, antequam impletus sit modus, modo post impleri possit, & subsit spes implẽdi eius. Hoc ergo casu, quod summè notandum, quamuis sit purum legatum quod est relictum sub modo, modus transmissioni impedimento est, quia expleri ab herede legatarij iam non potest, sublato altero coniugum vel sponsorum. Nam si modus possit expleri ab herede legatarij, sane legatum transmittitur ad heredem: vt si quis ita legauerit, Titio lego centum, ita vt mihi monumẽtum faciat, & mox post mortem testatoris moriatur etiam Titius, legatum transmittitur in heredem Titij, quod purum est, quia monumentum facere potest heres eius, & modum legati adimplere. Et simili modo, si vterque sponsus dirimant sponsalia, & omnem spem nuptiarum, dicimus etiam hoc casu pecuniam remanere apud heredem, & neutri esse legati petitionem, quia neuter vult implere modum. Et hoc constat, antequam petatur legatum, quia sibi repudium miserunt, quia sibi ipsi legati petitionem ademerunt, profitentes se nolle modum implere. Quid si Titius nolit, mulier velit? Et hoc casu certum est, mulieri esse petitionem legati, quia per eam non stat, *l. 5.* §. *pen. quan. dies leg. ced.* Titius autem si petat, qui illam non vult vxorem ducere, repelletur exceptione doli mali. & idem est è conuerso, quia sponso dabitur legati petitio, non mulieri. Quæro, quid sit dicendum, si vterque velit, non tamen contraxerint nuptias, & petat ille vel illa legatũ illud ante nuptias, quas sperat futuras? Sane legatum petere poterit sponsus oblata cautione tamen, mulieri dotem reddi, si per eum steterit, quo minus contrahantur nuptiæ, si ipse postea mutauerit voluntatem. Et ita etiam mulier, si in petendo legato possit præuenire virum & occupare, ipsa petet legatum oblata eadem cautione, viro pecuniam reddi, si ipsa mutauerit voluntatem, & repudiauerit sponsum. Hoc ergo casu præstatur cautio de implendo modo, vt solet plerunque præstari ab eo, qui petit, sed in sequenti casu non præstatur cautio. Finge, iam esse contractas nuptias, & peti legatum ab illo vel illa, nulla cautio præstanda est de implendo modo, quia ipsa numeratione pecuniæ, pecunia statim efficitur dotalis, quæ numeratur post nuptias, & ita reipsa modus inuenitur adimpletus, nec necessaria est cautio de eo adimplendo, cum suapte sponte impleatur, vel impletus iam sit, aut certe potius impleatur numerata pecunia post nuptias. Quod & ita docet Papinianus in hoc §. *vlt.* Ad hæc vnum tantum notandum est, id quod diximus iam sæpe, vtriq; competere petitionem legati, sed eum præferri, qui agere occupauerit, & excludere alterum, qui festinauerit agere: Hoc ita procedere, si ei, qui agere occupauerit, soluta sit pecunia: nam non est satis agere, sed oportet exigere, agere & peragere: nam si ei non sit soluta pecunia, qui eam petere occupauit, sed vitio suo causa ceciderit, quo genere etiam idem Papin. loquendi vsus est in quasi specie simili, *l. Stichum* §. *pen. de solut.* nec possit adferre concinnius exemplum, quam quod ex iure veteri de periculo plus petitionis. qui plus petit summa, causa cadit. Finge igitur in hac specie: is, cui legata erant centum dotis nomine, petiit centum quinquaginta, & amisit litem vitio suo. Ac rursus etiam finge, mulierem ab eo suum seruare non posse vi cautionis quam heredi obtulit, litis initio forte, atque præstitit, non posse, inquam, mulierem ab eo suum seruare, quoniam sol-

A uendo non est, potest vti potestate cautionis, an excludetur mulier, quia vir occupauit? minime. Æquum est mulieri succurri, quæ nihil deliquit data actione aduersus heredem scriptum, maxime etsi vir ei cauerit, si non possit mulier ab illo solidum consequi propter inopiam eius. Et notandum, hanc cautionem de implendo modo esse nudam repromissionem, non satisdationem, *l. 96.* §. *vlt. h. t.* in quo sit mentio huius quæstionis. Satisdare non est dare fideiussores, sed cauere nuda cautione, sed repromittere. satisfacere, vt in iure sæpe satisdare, satisfacere significat quocunque modo, vel nuda cautione, *l. pen.* §. *vlt. de constit. pec. l. 2. de hered. vend. l. satisdare, de verb. signif.* Satisdatio igitur est genus: & alia satisdatio fideicommissorum, alia satisdatio solius rei principalis, id est, B nuda repromissio. Si genero legauero certam summam dotis filiæ meæ nomine, vterque est legatarius, gener & filia, & occupantis potior est causa, sed, vt dixi, si vir puta, agere occupauerit, heredi cauere debet, defensum iri eum aduersus mulierem collegatariam. Solet enim heredi caueri de implendo modo, *l. 19. de leg. 3.* videlicet futurum, quod defunctus voluit, & versam in dotem pecuniam iri, quam legauit, quia modum legandi demonstrauit. Sed hoc casu, quia mulier est collegataria, si vir ante nuptias petat legatum dotis nomine, heredi potius cauere debet mulieri pecuniam reddi, nisi per eam factum erit, quo minus nuptiæ sequantur: cum si stipularetur heres, inutilis esset stipulatio, quasi alteri facta, §. *alteri, Inst. de inutil. stip.* Ac proinde isto casu heredi tantum cauetur de indemnitate mulieris. mulieri au- C tem cauetur de implendo modo legato iniecto, quia ipsa est legataria. Sed addamus tamen aliquid. Hæ duæ cautiones, quarum vna heredi præstatur, altera mulieri, agente viro præstandæ sunt, antequam ad sententiam veniat. At post sententiam, siue secundum eum iudicatum sit, siue contra eum, puta quod vitio suo causa ceciderit plus petendo, nuptiis non secutis, mulieri in eum ex cautione est actio, quæ tamen si inanis sit propter inopiam viri, qui non est soluendo, cum scilicet causa ceciderit vir, & heres ei pecuniam legatam non soluit, tunc æquum est, eam pecuniam mulieri ab herede solui, quia delictum seu vitium mariti mulieri, quæ nihil deliquit, nocere non debet. Delictum socij socio, collegatarij collegatario, coheredis coheredi non nocet, *l. si heredis* §. *1.* D *de legat. 1.* Et ita omnino explicandum est, quod est in extremo *d. l. Titio centum.* Et illud repetendum atque inculcandum rursus, hanc vel illam cautionem esse nudam repromissionem, non satisdationem, aut satisdationem simplicem, non satisdationem fideiussorum, vt loquitur lex, *nec non, ex quibus caus. maior. supra.*

Lex 51. ad Senatusc. Treb.

Cum heres deductis legatis hereditatem per fideicommissum restituere rogatur, non placet ea legata deduci, quæ peti non poterant. Sed cum vxori pro parte heredi scriptæ dos legetur, eaque deductis legatis hereditatem restituere rogatur, etiamsi E *quarta, quam per legem Falcidiam retinet, tantum efficiat, quantum in dote est, tamen pro sua portione dotis prælegatæ partem deducit. Cum enim vtrumque consequitur, nihil interest inter hanc mulierem, & quemuis alium creditorem heredem institutum, & hereditatem restituere rogatum. Idem probatur, etsi non deductis legatis fideicommissum ab ea relictum sit.*

QVæstio huius legis est elegantissima. dicit eum, cui restituitur fideicommissaria hereditas sustinere onera omnium legatorum, non heredem. Restituitur ei hereditas solida, sine deductione Falcidiæ, si heres coactus adierit, vel si sponte adierit, restituitur ei dodrans tantũ. Nam heres deducit Falcidiam, hoc est, quadrantem quem debet habere illibatum, & immunem. ergo pro quadrante non obligatur legatariis, & consequenter solus fidei-

lus fideicommiſſarius legatariis reſpondere cogitur, qui loco eſt heredis, à quo legata relicta ſunt: Nam cum heres aduerſus legatarios debeat habere ſaluam Falcidiam, non ideo minus debet eam habere, quod dodrantem hereditatis reſtituat alteri, & retinuerit ipſe ſibi tantum quadrantem Falc. Ergo æquiſſimum eſt, vt onera legatorum agnoſcat ſolus fideicommiſſarius, quoniam quadrans debet remanere apud heredem ſine vllo onere, quoties eſt locus Falcidiæ. Et hoc quidem ita procedit, ſi heres rogatus ſit reſtituere hereditatem totam, *l. 12. C. ad Treb.* Nam ſi heres ex aſſe ſcriptus rogetur tantum reſtituere partem hereditatis, ita vt apud eum remaneat plus quam quadrans, vt ſi rogetur reſtituere ſemiſſem vel trientem, ſane hoc caſu onera legatorum inter eos diuiduntur pro rata *l. 1. §. ſi is qui quad. & §. pen. & vlt. hoc tit. l. 2. C. eod. tit. l. etiam §. 1. vt leg. nom. cau.* Rata eſt portio competens cuique in ea hereditate, portio contingens, portio virilis, item id, quod propoſui initio, fideicommiſſ. Trebell. ſubire onera legatorum, non heredem ſcriptũ, ita procedit, niſi heres deductis legatis rogatus ſit reſtituere hereditatem. Nam hoc caſu ſane heres deducit legata, quę vtilia ſunt, id eſt, quę debentur, & peti poſſunt, eorumque legatorum ſoluendorum onus ad eum pertinet, & fideicommiſſario cauere debet, defenſum iri eum aduerſus legatarios, vt teſtator voluit, qui idem iuſſit deducere legata, & reſiduum reſtituere fideicomm. ſine onere legatorum, *l. ſeq. §. inde quæritur, h. tit.* Inutilia autem legata, quæ peti non poſſunt, heres non detrahit, ſed ea reſtituit fideicommiſſario, quaſi hereditatis bona ſalua Falcidia, ſi ſua ſponte adierit hereditatẽ. & hoc quidem quaſi vtile principium quoddam iuris propoſuit Pap. initio legis: deducẽtur vtilia legata, inquit non invtilia. Hoc cum propoſuiſſet, excipit vnum caſum tantum, quo heres cogetur reſtituere hereditatem deductis legatis. Deducet igitur legatum quamuis ſit inutile, & ſibi habebit: Nam quod peti non poteſt à legatario fideicomm. id non reſtituet: illo, inquam, caſu legatũ inutile deducitur ab herede, & non venit in reſtitutionem fideicommiſſi. neque mirum hoc videri debet: Nam eodem ipſo caſu, etiamſi heres non deductis legatis rogatus ſit reſtituere hereditatem ſimpliciter, deducet illud legatum, quamuis ſit inutile, & ſibi habebit. Quam in rem ita ratiocinatur quodammodo Papin. Si quod legatum poſſum deducere, etiamſi non deductis legatis à me fideicomm. relictum ſit, ergo multo magis id deducam, ſi deductis legatis à me fideicommiſſum relictum ſit. Finge: maritus vxorem heredem ſcripſit ex parte adiectis aliis coheredibus, & eam rogauit, vt deductis legatis portionẽ hereditatis reſtitueret Titio. Ac præterea eidem vxori dotem prælegauit, quod legatum eſt vtile, etiamſi ſit relictum quaſi creditori à debitore, quia in eo plus eſt, quam in debito. Legatum enim dotis eſt præſens, debitum autem dotis eſt in diem: Nam ſoluto matrimonio dos ſoluitur tribus penſionibus, annua, bima, trima die, *à trois payes*, ſed non eſt per omnia vtile prælegatum dotis. Nam relictum eſt prælegatum dotis ab omnibus heredibus. Ita ergo & ab vxore ipſa, quæ eſt heres ex parte, eidem ipſi vxori: & pro parte quidem coheredum eſt vtile, pro parte vxoris non poteſt eſſe vtile, quia heredi à ſemetipſo inutiliter legatur. nulla eſt ſententia in iure frequentior, *l. legatum §. 1. de leg. 1.* Nam nemo poteſt ſibi ipſi debere, denique pro parte coheredum vtile eſt legatum dotis, pro parte vxoris inutile: & tamẽ in ponenda rationis legis Falcidiæ in computatione legatorum & bonorũ prius deduci oportet æs alienum, etiã quod defunctus heredi debuit, licet aditione ſit confuſum. Deinde ex reliquo deducitur Falcidia, & præſtantur legata, aut fideicom. qualiacunq; Et ſane etiãſi vxor iuſſa eſſet reſtituere partem hereditatis ſibi relictam non deductis legatis, deduceret legatum dotis pro ſua parte iure proprio, nõ iure legati: Nam pro ea parte inutile eſt legatum, reſiduam autem dotem conſequetur à coheredibus præſenti die iure

A legati pro portione coheredum, pro qua tantum legatum illud conſiſtit. Ergo mulier hoc caſu ſiue deductis, ſiue non deductis legatis iuſſa ſit reſtituere partem certam ſibi relictam, deducit legatum quod eſt inutile, quaſi æs alienum ſc. id eſt, quaſi debitum ſibi. Deinde deducit etiã Falcidiã, & reliqua bona reſtituit fideicom. Ergo, quod notandũ, duplici deductione vtitur: deductione dotis pro parte ſua iure ſuo ſibi debitæ, & deductione quartæ, hoc eſt, Falcidiæ, etiamſi tantum ſit in Falcidia, quantum in dote, atque ita vtrunq; conſequitur & dotẽ & Falcidiã, id eſt, quadrantẽ portionis ſuæ hereditariæ, etiamſi is quadrans ſufficiat doti, ſicut & quilibet creditor extraneus heres inſtitutus à debitore & rogatus reſtituere hereditatẽ, deducit primũ quod ſibi debuit defunctus, deinde Falcidiam integram, etiamſi Falcidia tantum efficiat quantum eſt in debito, *l. in ponenda, C. ad l. Falc. l. pater filiam, ad*
B *l. Falcid.* Nihil igitur in hoc propoſito diſtat vxor à creditore, vxor cui debetur dos, à creditore, cui quid aliud debetur. vterque deducit ſibi debitum, ac præterea Falcid. integram. vterque vtrunque conſequitur, & hereditatẽ, ſeu Falcid. & quod ſibi defunctus debuit. Hæc eſt ſententia Papin. quæ ponitur in hac l. & nihil addit præterea. Sed obiicitur: imo contenta eſſe deberet mulier alterutro, vel dote, vel hereditate, aut Falcid. quæ iure hereditario capitur, ſi modo in Falcid. tantum ſit, quantum in dote, & fuit ea de re olim edictum, quod dicebatur *de alterutro*, cuius ſit mentio in *l. vn. §. ſciendũ, C. de rei vxor. act. l. vn. C. Theod. de teſtam.* quo iubetur mulier contenta eſſe alterutro. Ex edicto igitur non poteſt vtrunque conſequi, quod quidem locum habet dote debita iudicio rei
C vxoriæ, non ſi debeatur ex ſtipulatu: Nam ſi debita ſit ex ſtipulatu, mulier vtrumque conſequetur, dotem & Falc. ſi debita ſit iudicio rei vxoriæ, alterutrum ex illo edicto. Et hic quia non ponitur dos debita ex ſtipulatu à Papin. pono eam debitam, nec male, iudicio rei vxoriæ. Ergo in caſu huius l. nec eſt locus edicto *de alterutro*, nec vxor vtrumque conſequetur. Sciendum eſt, edictum hoc eſſe ſublatum hodie à Iuſtin. ſimul & actionem rei vxoriæ. Igitur hodie ſoluto matrimonio mulier repetit dotem actione ex ſtipulatu, etiamſi non ſit ſtipulata dotem ſibi reddi. Sunt tacita pignora quædã, & tacitæ ſtipulationes quædã. ſunt igitur quaſi ex tacita ſtipulatione. mulier hic repetit dotẽ, vel morte vel diuortio ſoluto matrimonio. Et ſi is caſus euenerit, qui proponitur in h. l. vt ea mulier
D heres inſtituatur à marito, ipſa vtrumque percipiet, & hereditatem & dotem, ſicut & quilibet alius creditor heres inſtitutus, nec vt ait Papin. erit vlla differentia inter mulierem & quemuis alium creditorem, *l. vn. §. igitur, C. de rei vxor. act.* Sed & cum obtinuit edictum illud *de alterutro*, & nec dum eſſet ſublatum à Iuſtin. nec dum ſublata actio rei vxoriæ, vitiabatur edictum illud, ſi maritus vtrumque mulierem habere voluiſſet, hereditatem & dotem, vt in hac ſpecie, cum heredem ſcripſit vxorem ex parte, & dotem etiam ei prælegauit. Ponamus debitam iudicio rei vxoriæ, quod non ſit ſtipulata dotem ſibi reddi ſecundum ius vetus: Etiam hoc poſito, non erit locus edicto de alterutro: quia teſtator vtrumque vxorem habere voluit. & ſimiliter etiam hodie, quo iure re-
E ceptum eſt vt mulier vtrumque percipiat, ſi teſtator voluerit eam eſſe contentam Falcidia pro dote, ſi voluit eam compenſare Falcidiam cum dote, in qua modo tantum ſit, quantum in dote, hereditate electa, non deducet dotem contra voluntatem defuncti, non conſequetur vtrumque, *l. ſi filia §. pen. famil. erciſc. l. 6. quan. dies leg. ced. l. cum ab vno de leg. 2. l. Titius § maritus, hoc tit. l. 2. §. 1. de dote præleg.* Et in §. maritus oſtenditur, ex voluntate defuncti hoc ita procedere, vt non vtrunque ferat vxor, quamuis etiam eam heredem ſcripſerit, & ei dotem prælegarit, videlicet ſi probetur hoc eum ſenſiſſe, vt alterutro contenta eſſet, vtque Falcidia electa dotem reſtitueret fideicommiſſario. Quod procedit etiam in quolibet creditore herede inſtituto: Nam ſi ſit locus Falcidiæ, non de-

ducet quod sibi defunctus debuit, si crediti compensandi animo eum heredem fecerit. Denique non poterit, quod sibi defunctus debuit reputare legatariis, sed id debebit contribuere bonis, si modo Falcidia adimpleat debitum, *l.11.ad l. Falcid. l. non potest Titio, de leg. 2.* Ex hoc libro citatur Papin. ab Vlp. *l. 3. quib. mod. vsusfr. amitt.* restat *l. 3. §. pen. de adim. leg.*

Ad §. pen. l. 3. de adim. legat.

Conditio legati an adimi possit, vel hereditatis vel statuliberi, videndum. Et Iulianus scribit in statulibero detractam conditionem non repraesentare libertatem. Papinian. quoque libr. 17. quaest. scribit generaliter, conditionem adimi non posse: nec enim datur, inquit, conditio, sed adscribitur. Quod autem adscribitur, non potest adimi, sed quod datur. Sed melius est sensum magis, quam verba amplecti, & conditiones, sicut adscribi, ita & adimi posse.

Legatum quod testator dedit, adimere potest codicillis, vel eodem testamento. Finge: legatum dedit sub conditione, an conditionem adimere potest, quando non legatur? Et refert Vlp. generaliter Papin. scripsisse, conditionem non adimi recte. Ideoque adempta conditione non ideo legatum fieri purum, sed manere conditionale, hac ratione, quia id tantum adimitur quod datum est, cōditio non datur, sed adiicitur, apponitur legato quod datur. Ergo non potest adimi: nil nisi quod datur, adimitur. Sed concludit, melius esse vt etiam quod adscribitur adimi possit: vt igitur conditio adimi possit, & vt haec adempta legatum purum efficiat, quia verba sunt consideranda pro voluntate, vt ait eleganter *l. 1. in princip. & §. conditionem, de condit. & demonstrat.* Ac praeterea saepissime conditio dari dicitur, quae adscribitur & apponitur legato, *l. vn. de leg. hoc tit. l. in plurium, de acq. hered. l. 5. de cond. inst. l. Sticho, de vsufr. leg. & l. qui vulgo, de manum. test. & l. inter illam, de verb. sign.* Explicitus est 3. Decemb. 1572.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XVIII. Quaestionum Aemilij Papiniani.

Ad l. 87. de leg. 1. & l. 90. eod. & l. penult. de his, quae vt indign.

Lex 87. Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto, legatum quoque reliquit. Durissima sententia est existimantium denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate. Non enim impugnatur iudicium ab eo, qui iustis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari. Lex 90. Quid ergo, si ita legauerit? hoc amplius filio meo: non dubiè voluntatis quidem quaestio erit: sed non absimilis est prioris casus circa filij prouidentiam, nisi euidens voluntas contraria patris probetur. Plane si pluribus filiis institutis, ratione legatorum actio denegabitur ei, qui non agnouerit hereditatem. L. penult. Si testamentum patris iure factum filius negauit, quoniam de iure disputauit, non iudicium impugnauit, aut accusauit, retinet defuncti voluntatem.

Quaestio haec & explicatio tres leges complectitur, *l. 87. l. 90. de leg. 1. & l. penult. de his, quae vt ind.* Quaestio est haec, *an filius, qui spreuit & omisit hereditatem patris indignus sit legato, quod ei praeter hereditatem pater legauerat eodem testamento? An qui omittit hereditatem paternam, omittere etiam de-*

A *beat legatum?* Filius aut est emancipatus, aut in potestate patris, & qui in potestate est, dicitur filiusfam. & dicitur nonnunquam in iure filius suus, qui emancipato opponitur, *l. 6. de iure patron. l. nepos, de leg. praes.* Verum est differentia inter emancipatum & suum multa. Sed quod ad propositionem nostram attinet, hanc differentiam annotare satis erit. Filius emācipatus à patre institutus, est extraneus & voluntarius heres. Nam liberum arbitrium habet adeundae vel repudiandae hereditatis paternae: filius autem suus à patre heres institutus, patri est heres suus & necessarius, nec in eo est necessaria aditio, quia statim ipso iure heres existit, *l. in suis, de suis & leg.* Emancipatus aditione heres fit, suus heres non fit, sed existit, B hoc est, apparet protinus heres, vel vt Graeci dicunt ἀναφαίνεται, & est proprium suorum: suus, inquam, ipso iure heres existit etiam inuitus & ignorans, nec in eo repudiatio locum habere potest. Denique neque aditio in eo locum habet, neque repudiatio. Adire & repudiare sunt verba iuris ciuilis, suus iure ciuili inuitus heres existit; at iure praetorio in eius arbitrio est, vt vel immisceat se bonis paternis, vel abstineat. Immiscere & abstinere sunt verba iuris praetorij. Est igitur filius suus quodammodo voluntarius heres iure praetorio, quia liberum arbitrium habet immiscendi vel abstinendi se bonis, & eū, qui miscuit se bonis praetor habet heredis loco, eum qui abstinuit, praetor non habet heredis loco, *l. si filius, de inoff. testam. fac.* tantum vero valet in suo institutio, quantum in emancipato aditio heredis; & similiter in suo tan-C tum valet abstentio, quantum in emancipato repudiatio, *l. pro herede §. pen. de acq. hered.* Ergo sicut filius emancipatus heres institutus à patre, & legato honoratus repudiata hereditate non prohibetur legatum capere, *d. l. 89. hoc tit.* ita filius suus institutus, & legato honoratus, si abstinuerit se hereditate, non repellitur à legati petitione. Et ita definit Papin. in *h. l. 89.* & reprehēdit sententiā eorum, qui repellebant filium à legato, qui repudiarat hereditatem paternam, per abstentionem scil. praetoriam quasi durissimam sententiam, id est iniquissimam. Et idē etiam alias Pap. respondisse refert Imp. in *l. cum responso, C. de leg.* quod responsum non exstat alio loco. Et in summa, vult filium, qui omittit hereditatem patris, non prohiberi legatum accipere, & petere, quod ei idem pater reliquit. Ratio dubitandi erat, quia impugnare videtur D iudicium patris qui abstinuit se hereditate patris, quandoquidem quantum in se est, intestatum patrem facit destituto testamento & neglecto: nam intestatus est etiam, qui testamentum fecit, si ex testamento nemo fiet vel existat heres: ergo videtur indignus esse filius vllum lucrū ferre ex iudicio patris, quod per eum non stetit, quin destitueretur testamentum patris secundum regulam iuris in *l. Papin. §. meminisse, de inoffic. test.* Ac rectissime Papin. vt respondeat huic obiectioni, negat impugnari ab eo iudicium patris, qui se abstinet bonis paternis, quia non vt impugnet testamentum hoc facit: non est ei hic animus, sed hoc facit, vt non obligetur aeri alieno testatoris, nec implicetur negotiis hereditariis, iustis rationibus adductus, quod existimet hereditatem non esse soluendo, esse E litium hereditatem, non bonorum, esse honorē, non fructum. Prouidentia haec est filij, vt ait eleganter *l. 90. ex eod. lib.* non etiam studium impugnandi testamenti paterni. Non est igitur aequum, eum repelli à legato, quod nō potest esse detrimentosum, hereditas saepe est damnosa, *l. si hereditas, mand.* Et ita concludit Papin. *l. 89.* his verbis, *filio pater, quem in potestate, &c.* Puto Papinian. adiecisse statim quod est in *l. pen. de his, quae vt indign. auf.* eum quoque filium non repelli à voluntate, beneficio, honore, quem ei habuit pater: nam & hereditas & legatum honor est, eum, inquam, non repelli à voluntate patris, sed eam retinere, & secundum eam, hereditatem, vel legatū persequi, qui testamentum patris dixit non esse iure factum, non esse iustum, id est, non solemne, deesse in illo solemnia iuris, veluti signa, testium subscriptiones, legi-

timum numerum testium, non factum vno contextu, non in cõspectu omnium testium. Quæ omnia plane ius requirit. Qui, inquam, dixit, testamentum patris non esse solemne nec obtinuit, non repellitur ab hereditate, si forte in eodem testamento heres institutus sit, non repellitur à prælegato, quia vt ait lex nostra, *de iure disputatur*, id est, an solemnia iura deessent nec ne. non impugnauit iudicium patris, nec iustam voluntatem. vt si dixisset, falsum esse testamentum vel inofficiosum: quod non obtinuisset, sed quam existimabat non esse solemnem voluntatem, eam locum obtinere noluit. hic ducitur studio iuris tuendi: ille qui falsum dicit, vel inofficiosum temere, ducitur studio iuris impugnãdi. Et hoc ita esse probat *l. post legatum* §. 1. *de his quæ vt indign.* Et videtur quidem huic rei obstare *l. pen. in princ. de excep. rei iud.* Sed vbi posuero speciem, statim indicabo, nihil omnino eam obstare. Species hæc est: erant duo agnati testatoris proximi, Titius & Caius, qui etiam ab intestato ei heredes futuri erant, erant namq; ambo eiusdem gradus: at ille testator Caium heredem scripsit ex sextante, Titium ex reliquo, ab intestato singuli habuissent semissem, id est, dimidiũ, ex testamento habet Caius sextantem, Titius dextantem. Caius dixit, testamẽtum non recte, non iure factum esse, atque ita vindicauit semissem hereditatis, quasi ab intestato; & non obtinuit, an repellitur à sextante sibi adscripto in testamento? Considerandum in primis, eum vindicasse semissem totius assis. Ergo vindicasse etiam semissem sextantis, id est, dimidiam partem sextantis, nec obtinuisse. Ergo si dimidiam partem sextantis petat, repelletur exceptione rei iudicatæ, quia eam amisit re contra eum iudicata, quandoquidem eam temere in iudiciũ adduxerat, sed non amittit alteram vnciam, imo eam vindicat recte ex testamento, quia non est indignus testamẽto, qui dixit illud non esse solemne, etiamsi non obtinuerit, quia tueri voluit solum ius, nõ impugnare iustum testamentum. ergo retinebit partem sextantis, id est, vnciã ex testamento; alteram partem amisit sua culpa, quia eã temere in iudicium deduxit, & lapsus est. Et ita congruit ea lex etiam cum iis, quæ dicta sunt. Concludamus ergo: In *d. l.* 24. *de his quæ vt ind.* datur casus, quo filius heres institutus testamento patris retinet voluntatẽ patris, etiãsi id impugnasse videtur, dicendo testamentũ non esse solemne: quia hæc dictio non est impugnatio proprie testamenti, & videtur huic casui iste fuisse applicatus, qui est in *l. filio pater*, vel etiam ille huic: nam in proposito etiam filius heres institutus à patre, qui abstinuit se hereditate, non proprie accusauit, vel etiam impugnauit testamentũ patris, quia hereditatem quidem amittit sua culpa, quia ea se abstinuit; cæterum legatum retinebit, nõ repelletur quasi indignus, & quidem percipiet totum legatum: quãquam videtur ab initio nõ valuisse pro eius parte, sed pro parte coheredum tantum, *l. quæsitum* §. *duobus*, & *l. qui filiabus* §. *vlt. cum l. seq. de leg.* 1. Ab hac definitione excipiẽdus est vnus casus, qui proponitur in *l.* 88. & 90. *de leg.* 1. si appareat, testatorem noluisse filium admitti ad legatum, nisi etiam hereditatẽ retineret. Nam satis est, si apparet. non enim exigitur expressa volũtas. sufficit tacita, modo sit euidens, vt nihil intersit in iure fere semper expresserit quid testator, an intellexerit, *l. 6. de assig. lib. l. Lucius* §. *Martius, ad Trebell.* Demus aliquod exemplũ huius tacitæ volũtatis. Finge: pater plures heredes habet, eosque heredes instituit, & genere legandi, id est, dicẽdo, *lego tibi illum fundum, & tibi illam domum, &c.* ita inter eos omne patrimonium, omnemque hereditatem distribuit, ita, vt nihil prætermiserit, reliquerit in hereditate indiuisum. dixit quidem se legare ita singulis, sed hoc legatũ aliud nihil est, quam hereditatis distributio, legatum mixtum est hereditati, & contra hereditas mixta est legato, *l. Marcell.* §. *pen. ad Treb.* Ergo euidẽs est, eum velle, vt qui amittit hereditatem, perdat etiam legatum. quia etsi sit vsus verbo legati, tamen hereditatem distribuere voluit. Verba sunt legatorum: mens est hereditatis dandæ, & di-

A stribuendæ inter filios, quod etiam ita definiuit Papin. in *l.* 90. Sed quærebatur, an eadem esset voluntas patris, vt non haberet legatum, qui amitteret hereditatẽ, si filio instituto ex parte, adiecit, *hoc amplius, tibi fundum, do, lego.* Nam dicendo, *hoc amplius*, videtur conuertere hereditatẽ in legatum, ita vt debeat vtrumq; amplecti. an statim dicam probe, hanc fuisse mentem defuncti? minime: nam possit quidẽ esse eadem, sed in dubio, quia dicendo, *hoc amplius*, repetiit institutionem tãtum, non etiam immiscuit hereditatem legato. Et ita etiam respondet Papin. in *l.* 90. Exposui sententiam triũ illarum legũ, sed non, quæ obiici possunt. male à Florentinis hæc verba absunt, *inter eos verbis legatorũ bona diuiserit.* Hæc enim ad legis explicationem omnino necessaria sunt. Diximus, filium in potestate patris heredem institutum ex parte, & honoratũ B prælegato, si omiserit hereditatem paternam, totum legatum capere, quod & in extraneo herede procedit. Videamus huic sententiæ quæ obiiciantur. sunt sane multa, ex quibus quidam efficiunt, non totum legatum eum capere ex legato, & omissione hereditatis, sed pro parte coheredum tãtum. Quidam autem, nihil prorsus eum capere ex legato, & omissione hereditatis, esse amissionem integri legati. Ac primum quidem sic argumẽtantur: legatũ relictum heredi ex parte instituto, non valet in totum: Nã pro parte eius heredis, cui relictum est legatum, sane non valet quasi ei à semetipso relictum, pro parte coheredum valet, *l. legatum* §. 1. *h. t.* Ergo in totum non valet. Consequenter totũ non debetur heredi, cui relictum est, etiãsi postea omiserit hereditatem propter regulam Catonianam, quia legatum, quod ab initio non cõsistit, vel quatenus ab initio non consistit, ex postfacto non conualescit. C At respondebo statim, legatum heredi ex parte instituto relictum nõ valet nisi pro parte coheredum, si ipse heres, cui relictũ est, hereditatem adierit, & miscuerit se bonis, quia nõ potest idem & in eadem parte heres esse & legatarius, debitor sc. & creditor: sed si omiserit hereditatem, puta si eam repudiauerit, vel si ea se abstinuerit, totũ capit iure legati à coheredibus, quib. portio eius accrescit. Et hoc ita est proditũ in *l. quæsitũ* §. *duob.* & *l. qui filiab.* §. *vlt.* & *l. seq. h. t. de leg.* 1. Nec locus est regulæ Caton. hoc casu, quia legatũ ab initio constitisse intelligitur in totũ, cum non idẽ inueniatur esse heres & legatarius, sed legatarius tantũ omissa hereditate: nec enim omnis, qui scribitur, vel nuncupatur heres, & heres est statim: non exD traneus, antequam adierit: non suus, iure prætorio sc. antequam miscuerit se. Hic igitur, qui omisit hereditatem, nũquam heres fuit, sed quæ pars eius esset, si non omisisset hereditatẽ, ea accreuit coheredibus: merito igitur coheredes legati nomine tenentur in solidum. Et idẽ etiam obtinet, si heredi ex parte instituto, cui prælegatum etiã datũ erat, aliqua ex causa sit ablata pars hereditatis quasi indigno per fiscum: nam & hoc casu integrum legatum petet à coheredibus. erepta ei est hereditas, non legatũ, igitur à coheredibus petet in solidum, etiamsi pars hereditaria, ex qua sit scriptus, fisco obuenerit, non coheredibus, *l. eum qui* §. *vlt. de his, quæ vt indign.* Dices forte, mirum hoc esse, quod is, cui eripitur hereditas quasi indigno, non ideo desinat esse heres, quod ipse non omiserit E hereditatem, imo agnouerit, sed erepta fuerit; iuxta illud, quod dicitur, qui semel heres factus est, heres esse nõ desinit. Et sane is, cui eripitur hereditas, heres manet, *l. ex facto* §. *vlt. de vulg. substit.* Sed respõdeas, manere quidem heredem iure ipso, sed non haberi heredis loco, id est, nudum nomen heredis habere, nõ rem: nam & is, qui abstinet se hereditate, iure ciuili heres manet, *l. cum quasi* §. *sed etsi, de fideicomm. libert. l. 6.* §. *si suus, de bon. libert.* sed non habetur apud prætorem heredis loco, heres est nomine, non re. vterque igitur est heres sine re, & is, cui eripitur hereditas, & is qui se abstinet hereditate, sed prætor non nomen spectat, sed rem. Igitur non prohibetur legatũ integrum capere sicut extraneus quilibet, qui non sit heres scriptus. Obiicitur etiam *l. miles* §. 1. *de legat.* 1.

Species hęc est: vnum heredem scripsit ex parte datis coheredibus & ei aliquid prælegauit. is post diē legati cedentem, id est, post mortem testatoris, vel ex lege Iulia, post apertas tabulas, nam ex eo tempore cedit dies legatorū, lege Iuliae x apertis tabulis, iure antiquo, quo vtimur, ex morte testatoris, quæ cessio profuisset transmissionē legati? quid est *cedere diē legati*. trāsmitti posse legatum ad heredem legatarij. Is igitur heres post diem legati cedentem ante aditam hereditatem mortuus est, interim scil. dum deliberaret de adeunda vel repudianda hereditate, non transmittit hereditatem ad heredem suum, quia hereditas non adita non transmittitur, sed & pars hereditatis pertinet ad coheredes substitutos, vt ait. vel iure antiquo si coheredes non sint substituti, ad fideicōmissarium Denique pars ea hereditatis non transmittitur ad heredem, sed legatum, cuius dies iam cesserit: verum non totum, sed pro parte coheredum tantum, pro qua constitit. Ergo totum legatum ei non debebatur, alioqui deberetur etiam heredi eius. Sed verissimum est quod in *l. filio* statim adnotauit Accurs. obseruandum esse, nos loqui de eo, qui omisit hereditatem repudiatione vel abstētione. huic totum legatum debetur, & proinde totum transmittitur in heredem eius: illa l. *miles* §. 1. non loquitur de eo, qui amisit hereditatem, sed qui inter deliberādum de admittenda, vel omittēda hereditate, vita decessit, huic non debebatur totum legatum, qui nōdum omiserat hereditatem, nondum in eo res erat, vt ad eum totum legatum pertineret. Ergo totum etiam non trāsmittitur ad heredem suum, sed pro parte coheredum tātum. reliqua pars hereditati accrescit, & commiscetur: quandoquidem, vt dixit, pertinet ad coheredes substitutos. nihil est certius. Pergamus ad reliqua, quibus efficere tentamus eum, qui omisit hereditatem, nil omnino ex legato sperare posse. Et ducitur primum argumentum ex *l. apud Celsum* §. *si quis ex vncia, de dol. & metus exc.* Duæ sunt partes eius §. prior consentit cum sententia Papin. posterior pugnare videtur. Et ita quidem prioris ponitur species: Heres scriptus est quidā ex vncia, ex qua potuit consequi ducenta, ac præterea ei legatum relictum est, in quo erant cētum. ipse prætulit legatum 100. hereditati. prætulit centum ducentis: hereditatem omisit, legatum agnouit, & hereditatem omisit prudenti consilio. ne implicaretur molestiis hereditariis, cum videretur hereditas ei non esse soluendo. in electione eius fuit, vel hereditatē capere, vel legatum, vel etiam vtrumque: Nam suo marte tantum fingit Accurs. legatum ei ita fuisse relictum, vt caperet alterum tantum, hereditatem, vel legatum, non vtrumq; quod lex non ponit: sed generaliter ita ponit speciem, vt intelligatur in arbitrio fuisse heredis, vel hereditatem capere, vel legatum, vel vtrumque. hereditatē noluit, legatum agnouit, & petit legatum à coheredibus, an repelletur exceptione doli mali? non. nec enim petit contra voluntatem defuncti, quod congruit omnino cum *l. filio pater*. Verum quod sequitur, pugnare videtur: nam ait, si ille heres omiserit hereditatem accepto pretio à substituto, quia fingendum ei datum fuisse substitutum, & vt eam omitteret, & ita pars eius ad substitutum reuerteretur, substitutum ei dedisse pretium, vel pretij loco aliquid, *d. l. apud* § *auctores, l. 1.* §. *vlt. & l. 2. de calumniat.* quia omisit quidem hereditatem in gratiā substituti, sed ab eo tulit pretium: nunc si petat legatum à coheredib. dolo fecisse intelligetur, & per hoc repelletur exceptione doli mali. Ecce casus quo qui omisit hereditatē, repellitur à legato. huius rei ratio erit pro respōsione. Cur repellitur à legato? aut quatenus repellitur ab hereditate, an in totum repellitur? minime. Ratio hæc est: simulauit se omittere hereditatem quę simulatio doli mali est: reipsa non omisit, quia pretium accepit: qui pretium habet, rem habere videtur. Sic igitur statuo. re ipsa non omisit hereditatem, qui pretium tulit. Ergo si petat legatum nunc, repellitur exceptione doli mali, quandoquidem pro parte sua hereditaria inutile est, & ita acci-

A piendus est ille locus: Nam si petat legatū pro parte coheredum tantum, cur repelletur? cum etsi palam adiisset hereditatem nō repelleretur. Obiiciunt pręterea *l. vlt.* §. *vlt. de dol except.* Finge: mulier maritū & filium heredes scripsit ex semisse, & alteram filiā ex priore matrimonio ex semisse sub cōditione, si remitteret actionē tutelæ suis coheredibus, quādoquidem mater ei tenebatur, quia pater eius, auus huius puellæ tutelam gesserat: denique illam filiam scripsit sub conditione, si remitteret actionem tutelæ coheredibus, si parem rationem faceret, *si elle les en tenoit quittes*, si apocham faceret. Nam ita Græci interpretantur *l. qui Titium, de manum. test.* illa noluit remittere debitum tutelæ, prætulit actionem tutelæ hereditati. Namque hereditatem omisit, vt actionem tutelæ saluam haberet. Quæritur, *an possit petere prælegatum*? Et
B ait, petentem legatum posse repelli exceptione doli mali. Ergo illo casu, qui omisit hereditatem, repellitur à prælegato? Respondeo, hoc ideo fieri, quia legatum filiæ videtur relictum sub eadem conditione, si actionem remiserit coheredibus, id est, cōditio adscripta in institutione videtur repetita in prælegato, quæ conditio si deficiat, si nō impleatur, si agat tutelæ, nec liberet coheredes eo nomine, cōsequens est, eam repelli & ab hereditate, & à legato: vtrumq; enim fuit datum sub eadem conditione. Et notādum in prelegatis semper videri repetitam cōditionem adscriptā in institutione. Et ratio hæc est. si quis post institutionem ita loquatur: *Titius heres esto, si nauis ex Asia venerit, & eo amplius ei do, lego cētum.* Ea verba, *eo amplius*, repetunt conditionem, *l. auia, l. libertis, de cond & demon.* Eandem vim habet dictio præterea, si dixerit hoc modo,
C *heres esto si nauis ex Asia venerit, & præterea sumito centum ex hereditate.* videtur in prælegato repetita eadem conditio, *l. Seio* § *pen. de an. leg.* Ergo & in omni prælegato: nam prælegare est præter hereditatem dare. Sic ergo verissime possis constituere, in prælegato omni, nisi aliud voluerit defunctus, repetitam videri conditionem adscriptam in institutione, & non esse mirū, si eum, qui defecit conditione & institutione, repellamus tam à legato, quā ab hereditate. Obiicitur *l. si nō solus* §. *1. si quis omissa causa test.* Species est: si is sit institutus heres, si testatori potuit succedere ab intestato, velut proximus agnatus, & ab eo relicta sint legata, fideicommissa, libertates, quæ sane non debentur, imo ad irritum constituuntur omnia, si non adeatur hereditas ex testamēto. Is, inquā, dolo ma-
D lo, ne præstet fideicommissa & legata, si repudiet hereditatem ex testamento, & adeat ab intestato, vt potest, est enim heres voluntarius, nihilominus obligatur legatariis ex illo edicto, si quis omissa causa testamenti, perinde atque si ex testamento adiisset hereditatem. Hoc cognito, finge: duo erāt defuncto proximi agnati eiusdem gradus, qui simul ei succederēt ab intestato. Erat Caiꝰ & Titius. Caium heredem instituit, & ab eo legauit multis, atque etiam Titio, *si Caius heres esset, & si Caius heres non esset, ei substituit Titiū.* Quid accidit? vterq; & institutus, & substitutus, & Caius, & Titius, omisit hereditatem ex testamēto, & eā possidere cœpit ab intestato. institutus ex illo edicto tenetur legatariis, peinde ac si adiisset ex testamēto. An tenetur etiam substituto? minime? Soluet quidem
E aliis legatariis legata, sed non substituto. Probe, inquit, recusabit soluere legatū substituto, qui & ipse omisit hereditatē ex substitutione. noluit vniuersa bona obtinere, & nunc petit legatum, repellitur. atque ita, qui omisit hereditatem, repellitur à legato. Nos loquimur de eo, qui omnino omisit hereditatem, nihil sperās ab intestato, coheredibus testamentum sustinentibus, quæ est species *l. filio pater*. Illa *l. si non solus* §. 2. loquitur de eo, qui nō omnino omisit hereditatē, sed ex testamēto tantum, vt eam haberet ab intestato, qui non omisit simpliciter, sed dolo malo in fraudem defuncti & legatariorum, & libertatū, qui non prouidentia quadā, sed malitia & calliditate, atque ita impugnauit plane testamentum defuncti. Fraudem fecit, quam alij intentauit: fraudabitur legato, qui

alios voluit fraudare, & improbe ab instituto petet legatum, & in eo coarguit vitium, in quo & ipse deprehenditur, ac ita non fert legatum is, qui causam intestati affectauit, vt etiã indicat *l. bonorum, de leg. præst. & l. quidam, si quis omis. caus. testam.* Falcidiam etiã fert is qui omisso testamẽto ab intestato possidet hereditatem, *l. duo heredes, in fine eod. l. 1. §. ad eos, ad l. Facid.* Quia Falcidia non tantum capitur iure testati, vt *l. qui duos, de vulg. subst.* sed etiã iure intestati ex Const. D. Pij, *l. filiusfam. ad l. Falcid.* Postremo obiicitur *l. si patroni §. quid ergo, ad Trebell.* Heres institutus dicitur & rogatus hereditatẽ restituere Titio, recusat eam adire, sed coactus adiit postulãte fideicõmissario: amittit Falcidiam, & solidam hereditatem restituit, amittit etiã fideicommissum & legatum: Nam indignus est, qui aliquid ferat ex volũtate defuncti, qui eius supremam voluntatem destituit. Cur enim is qui destituit testamentum omissa hereditate, quantum ad se attinet, non amittit omne lucrum, quod ei ex testamẽto obueniebat? Sic respõdeo: Illic recusauit adire, & coactus id fecit, qui potuit adire, quique adiuit periculo fideicõmissarij oblata cautione indemnitatis, *l. namque §. vlt. ad Treb.* vel etiã tutus est ipso iure & extra periculum omne est, extra onera hereditaria, si postulãte fideicommissario eius periculo adeat, quo casu & adire cogitur. Nos autem loquimur de eo, qui recusauit adire, cum non posset adire sine suo periculo, nemine offerẽte cautionem indemnitatis. hunc non est æquum repelli à petitione legati aut fideicõmissi.

Ad l. 7. de dot. præd.

Pater dotem à nuru acceptam filio exheredato legauit: heres patris opposita doli exceptione non ante soluere legatum cogendus est, quam ei cautum fuerit de indemnitate soluto matrimonio.

§. 1. ¶ *Sed si prius, quam legatum filio solueretur, mulier dotem suam recuperauit, frustra filius de legato aget.*

§. 2. ¶ *Sed si lex Falcidia locum in legato dotis aduersus filiũ exheredatum habuerit, & mulier solutionem ratã fecerit, propter eam quantitatem, quam heres retinuerit, vtilis actio dotis dabitur: quod si ratum non habeat, defendi quidem debebit heres à viro, qui se defensurum promisit: Sed si totam litem vir solus subierit actio iudicati si cautum non erit pro ea quantitate, qua iure Falcidiæ petenda est, aduersus heredem dabitur.*

§. 3. ¶ *Sed si prius quam legatum filio solueretur, mulier diuertit, quamquam ipsa nondum præcipere dotem possit, non ideo tamen actio filij differtur: quia tunc iisdem diebus filio solui dotem responsum est, cum patri pro parte heres extitit, & ad præceptionem dotis soluto matrimonio postquam heres extitit, admissus est.*

§. 4. ¶ *Si forte per errorem cautio defensionis omissa sit, & ex causa fideicommissi filius dotem acceperit, vt indebitum fideicommissum non repetetur: cautionis enim præstandæ necessitas solutionem moratur, non indebitum facit, quod fuit debitum: sed non erit iniquum heredi subueniri.*

§. 5. ¶ *Quid ergo, si patris heres soluendo non sit, nonne iuste mulieri dabitur aduersus virum vtilis actio dotis? cui dos perire non debet, quia non interposuit per errorem heres cautionem.*

LEx est difficillima & molestissima. Thesis seu propositio legis hæc est: *pater dotem à nuru acceptã filio exheredato legauit.* Parit hæc propositio quæstiones, & dubitationes innumeras. Solet nurus dotem dare, non marito, sed socero, in cuius potestate maritus est, quia socer & filij & nurus onera sustinet, & est solus in ea familia princeps, *l. 20. §. hoc amplius, famil. ercisc.* Dos datur pro oneribus matrimonij: ei igitur danda est, qui sustinet onera matrimonij, *l. si is qui Stichum §. 1. de iur. dot.* onera matrimonij sunt vxor, nurus, liberi, & homines eorũ, quos omnes alere, tueri, curare, vestiri, oportet, *d. l. si is qui Stich. §. 2. l. 4 in fin. de pact. dot. l. si maritus, famil. ercisc.* Mortuo socero qui quandiu vixit sustinuit onera matrimonij, onera nurus & filij, hęc omnia tacito iure filiũ sequũtur, etiamsi heres patri non extiterit: sicut tutela quoq; legitima, putà agnatorum vel eorum, quos manumisimus, aut emãcipauimus, filium sequitur, quam scil. gessit pater, nec peregit, si modo filius sit iustæ ætatis. vt onus matrimonij, quod sustinebat pater quasi socer, filiũ sequitur, ita onus tutelæ legitimæ, licet patri heres non extiterit, *d. l. si maritus, l. 3. §. vlt. & l. 4. de leg. 1. l. tutor l. tutela, de tutel.* Hęc sũt certissima. Ex quib. efficiũtur multa: atq; istud in primis: post mortẽ soceri, qui à nuru dotem acceperat, quia onera matrimonij transferuntur in maritum, consequenter marito competit persequutio dotis aduersus coheredes, iudicio fam. ercisc. si patri heres extiterit, vel si nondum patri heres extiterit, aut exheredatus sit, vtili iudicio fam. erisc. nam directum quidem iudicium datur tantum inter coheredes, sed vtile iudicium famil. ercisc. datur etiã inter heredem scriptum, & filium adoptiuum, impuberem exheredatum, obtinendæ quartæ gratia, quæ ei debetur ex cõstitutione D. Pij, *l. 2. fam. ercisc.* Et ita dabitur etiã vtilis áctio famil. ercisc. inter heredẽ scriptum, & filium exheredatum dotis pręcipiendæ causa, quia quem onus matrimonij sequitur, eum & dos sequi debet, licet exheredatus sit; sed repellet eum exceptione doli mali heres scriptus, nisi caueat heredi de indemnitate & defensione, id est, indemnem heredem futurum, & defensum iri eum aduersus mulierem agentem postea facto diuortio, de dote repetenda, alioqui duplici præstatione dotis oneraretur heres. non igitur eam præstabit filio, nisi ei caueat filius de indemnitate. Et hæc omnia ita probantur *d. l. 20. §. hoc amplius, d. l. si maritus, & l. fundus qui, famil. ercisc. l. 2. C. eod. tit. l. 1. §. Celsus, & §. sed & marito, hoc tit. l. vn. §. cautionis, C. de rei vxor. act.* Ex quibus legibus obscurior est *l. si maritus, fam. ercisc.* quam res presens omnino postulat, vt latius exponamus: Nam in toto hoc tractatu duæ tantum sunt leges difficiles, hæc quam sumpsimus, & illa. Pręstemus operam, vt prius intelligamus *l. si maritus.* Pater à nuru dotem accepit, & mortuus est constante matrimonio inter filium & nurum, filio sub conditione herede instituto, adiectis aliis coheredibus. pendet conditio institutionis, fuit institutus sub conditione, ergo exheredatus sub contraria conditione: pendet cõditio institutionis, an potest filius dotem præcipere, quia iam sustinet onera matrimonij? Et placet, quamuis pendeat conditio institutionis filij, interim filium dotem præcipere posse, quia sustinet onera matrimonij, *d. l. si maritus.* nec dicit, qua actione dotem præcipiat, qui nondum factus est heres propter suspensionem conditionis, sed necesse est, vt dicamus, illum dotem præcipere, vtili iudicio fam. ercisc. alioqui illa *l. si maritus,* nihil pertinet ad tit. *fam. ercisc.* Imo & si deficiat conditio institutionis filij, eadem vtilis actio indulgetur filio, *l. 1. §. Celsus, de dote præl.* Nam quod notandum, pendens conditio non impedit præceptionem dotis, nec deficiens igitur, *l. cum tale §. si arbitratu, de condit. & demonst.* Sed præcipiendo dotem, sane semper compelletur cauere coheredibus, indemnes eos fore aduersus mulierem, postea diuortio facto agentem de dote repetenda, vt ipse solus subeat onus reddendæ dotis, & exoneret coheredes, à quibus dotem abstulit. Et hæc de præceptione dotis, quæ competit marito constante matrimonio, siue patri heres extiterit, siue non, siue pependerit institutionis conditio, siue non. Dicamus nunc de repetitione dotis, quæ competit mulieri soluto matrimonio. Præceptio dotis pendente conditione institutionis filij non pendet, vt diximus, sed præcipitur statim dos integra. an vero pendet repetitio dotis pendente conditione institutionis filij? Et *d. l. si maritus, in princ.* ait, pendere repetitionem dotis ex cõditione illa, quia nondum certum est, integram dotem mulier petere debeat à coheredibus filij, an pro portionibus hereditariis. Si deficeret conditio, integram repeteret à coheredibus filij: si existeret, ab omnib. heredibus eam repeteret pro partibus hereditariis. interim, id est, pendente conditione, non potest repetere à marito vlla ex parte,

ſed neque à coheredibus, niſi pro portionibus hereditariis, *l. ſi marito* §. *cum patri*, *ſol. matrim.* & poſtea ſi extiterit conditio, reſiduum repetit à marito pro parte mariti hereditaria, quæ eſt reſidua. ſi defuerit reſiduum, repetet à coheredibus. Igitur videtur hæc eius *l. ſi maritus*, breuis ſententia: pendente conditione inſtitutionis filii pendere repetitionem dotis, quæ mulieri competit, non pendere præceptionem dotis, quæ marito competit manente matrimonio. Nec diſtinguo, vt Accurſ. vtrum diuortium factum ſit ante mortem ſoceri, an poſt mortem ſoceri. Nam etiamſi poſt mortem diuortium factum ſit inter filium & nurum, quandiu pendet conditio inſtitutionis filii & vxoris, actio de dote pendet, quia incerta eſt cum quo aut quatenus experiri debeat, dum ſpes eſt, & maritum patri heredem exiſtere poſſe, videlicet, ſi euenerit conditio. Male enim colligunt ex *d. l. ſi maritus*: poſt diuortium filio dotis præceptionem eſſe, quod eſt falſiſſimum, quia nulla iam ſuſtinet onera matrimonij: & vnus tantum caſus excipiendus eſt, niſi dos filio ſit prælegata, qui patri heres non extiterit, quæ dos ſcil. mulieri poſt diuortium ſit reddenda annua, bima, trima die, quæ forte conſiſtit pondere, numero, & menſura, ſecundum ius vetus. Nam hoc caſu filius dotem præcipiet etiam poſt diuortium, vt per ea interualla temporis interim ipſe fruatur commodo legati potius, quam heres ſcriptus. Et ita oſtenditur in hac *l.* 7. §. *pen.* nam eſt lucrum quoddam legatarij in tribus illis penſionibus: Nam exempli gratia, ſi trecenta ſint in dotem, tantū centū redduntur, non initio primi anni, ſed fine, alia centum fine ſecundi anni, alia centum fine tertij. Interſurium, id eſt, commodum medij temporis erit filij quaſi legatarij, potius quam heredis ſcripti, alioqui filio poſt diuortium nō eſt præceptio dotis. Et hic caſus non ponitur in *l. maritus*: nec enim in ſpecie eius legis dos filio fuit prælegata, & interpunctiones ſunt etiam euerſæ *d. l. ſi maritus.* vulgo ita disiuncta ſunt: *plane*, inquit, *ſi poſt mortem ſoceri diuortium factum ſit.* Et hic additur comma, ac ſequitur deinde, *quamuis pendente conditione inſtitutionis.* Hic additur punctum geminatum, & mox ſequitur, *dicendum eſt præceptioni dotis locum eſſe.* Quo modo ſi pungas, efficies, filio, cui dos non eſt prælegata, poſt diuortium dotis præceptionē eſſe. Sed pungamus aliter, vt fecerunt etiam Græci, *plane ſi poſt mortem ſoceri diuortium factum ſit*, & hic affigas punctum geminatū, & cætera legas vna conſequentia, *quamuis &c.* quod & tranſlatio Græca comprobat, quam proferemus Latine: *ſi repudium miſerit mulier poſt mortem ſoceri, etiam pendente conditione ſub qua vir eius heres factus eſt, datur filio præcipua dos vxoris eius, non vt heredi, ſed vt marito.* Nunc quoniam illam legem intelligimus, attingamus etiam aliquid ex l. noſtra, quam inueniemus etiam valde eſſe vitiatam in fine, & §. *pen.* ab interpunctionibus, quod tamē vitium non eſt ſecutus Viuianus, non eſt ſecutus interpunctiones: ipſe videtur intellexiſſe, quomodo eſſent pungenda verba huius l. & inueniemus etiam eſſe vitiatā. Propoſitio hæc eſt: pater dotem à nuru acceptam filio exheredato legauit, alium heredem ſcripſit. filius egit ex teſtamēto legati nomine. non audietur, id eſt, nihil exiget, niſi cauerit heredi, indemnem eum fore aduerſus mulierē quandoque facto diuortio dotem repetentem: neque enim facto diuortio mulier poteſt experiri cum marito, qui dotem non accepit, & qui non extitit heres patri, qui dotem non accepit, quamuis ſcil. dos ad eum peruenerit ex legati cauſa, *l. ſi cum dotem* §. *pen. ſol. matr. l.* 1. §. *per contrarium, de dote prælег.* non poteſt etiam mulier cum eo experiri ex cautione illa indemnitatis, quia filius eam non cauet vxori, ſed heredi. igitur facto diuortio dotem repetet ab herede ſoceri, licet dos penes eum non ſit iam ſoluta filio ſoceri, ſed filius heredē ex cautione defendere debet, quod faciet dotem præſtando mulieri, licet ei non ſit obligatus, vel quam ei ſoluit heres, heredi refundendo. Denique cogetur refundere dotem mulieri effectu ipſo, quam conſecutus eſt ex legati cauſa. quid ſi mulier aget

A prius de dote, antequam filius dotem reciperet, puta facto diuortio per arbitrum recuperandæ dotis, an poſtea filius poterit agere aduerſus eundem heredem ex legati cauſa? minime. *fruſtra agere*, inquit, id eſt, legati nomine nulla ei competit actio ipſo iure aduerſus heredem ſcriptum, quia nihil eſt iam, quod marito præſtare poſſit, cum ſolutum ſit matrimoniū, & ſoluta dos mulieri, *l.* 1. §. *idem Iul. quærit, hoc tit. l. ſi marito.* §. *cum patri, ſol. matr.* Quæ tamen dos, ſi nondum ſit ſoluta mulieri, vt ſi annua, bima, trima die ſolui debuerit, tamen interim iure legati filius exheredatus dotem proſequetur ſine dilatione vlla, ſtatim poſt diuortium, vt inferius demōſtrabitur. Sed interim notandum eſt quod retuli ante, quodque his verbis ſignificauit Papin. prima parte in verbo, *dotem recuperauit*, heres recte

B aget ſoluto matrimonio, quia mulier non poteſt agere de dote recipienda antequam ſolutum ſit matrimonium, vel vno caſu conſtante matrimonio, videlicet propter inopiam eius, qui dotem accepit. Eſt veriſſima annotatio. male autem Accurſ. mulierem dotem reciperaſſe conſtante matrimonio, non quidem iure, ſed facto ipſo. male item Ioānes, & quidem audacius ſtatuit, dotis reciperandæ actionem mulieri naſci etiam conſtante matrimonio, quocunque caſu, ſiue inops ſit, ſiue locuples is, qui dotem accepit heresve eius: nam præterquā vno illo caſu, id eſt, propter inopiam eius, qui dotem accepit, vel heredis eius, actio de dote non naſcitur conſtante matrimonio, & ſuæ ſententiæ confirmandæ gratia Ioannes abutitur *l. ſi conſtante* §. 1 *ſol. matr. & l.* 5. *inf. de bon. dam.* Primum hodie

C conſtat, *legē ſi conſtante* §. 1. pertinere ad vnum duntaxat illū caſum, quo ſolo dos repetitur conſtante matrimonio, quod apparebit ſtatim euidenter: Nam cum lex dixiſſet initio, ex eo die dotis exactionem mulieri competere conſtante matrimonio, quo euidens fuerit inopia mariti, ſubiicit exemplum in §. 1. de filio, qui dotem accepit ab vxore & exheredatus eſt à patre, cum nihil haberet in bonis, niſi forte peculium profectitium, quod tamen extinguitur morte patris. ab eo filio exheredato etiā conſtante matrimonio mulier dotem repetet, quam ei dedit, ex die aditæ hereditatis patris, quia ex eo die vires habet exheredatio, & euidens eſt inopia mariti. Igitur ille §. non quocunque caſu probat cōſtante matrimonio naſci repetitionem dotis, ſed vno illo tantum caſu ſiue vnico. Abutitur etiā *l.* 5.

D *inf. de bon. damn.* hoc modo, cogitans in caſu illius legis in fi. humanitatis gratia non naſci repetitionem dotis, niſi ſoluto matrimonio: ergo, inquit, alias conſtante matrimonio naſcitur repetitio dotis quocunque caſu, vbi ceſſat eadem humanitatis ratio. circumſcribit nos, niſi animaduerterimus. Lex illa loquitur de vxore deportata, quam pœna ſequitur, bonorum publicatio ſemper, *l. vlt.* §. *vlt. C. de ſent. paſſ.* Ergo vt cætera bona mulieris, ita dos publicata videtur: ſed lex ait tantum manente matrimonio, neque etiā ſoluto deportatione ſola, ſi affectionem cōiugalem deportata retineat, eandéque præſtet viciſſim maritus, qui manſit in ciuitate, manente, inquam, matrimonio lex ait, dotem manere apud maritum, non confiſcari, & ſoluto matrimonio dotē reddi mulieri quaſi humani-

E tatis intuitu, hodie nata dotis actione, hodie, hoc eſt, poſt deportationem. Ergo iura vel bona, quæ poſt deportationem adquiruntur, deportatus vel deportata retinet, nec eunt in fiſcum, *l.* 15. *de interd. & releg.* Hodie naſcitur actio dotis, cum ſoluitur matrimonium, ſed habuit vetuſtiorē cauſam, quæ fuit ante deportationem, qua ratione ſequi dos videtur debere cætera bona, hoc eſt, fiſcum. & humanitas non eſt in eo, quod non naſcitur actio dotis ante ſolutum matrimonium, quod eſt generaliter verum omnibus caſibus, ſed in eo eſt, quod naſcatur & competat deportato ſoluto matrimonio actio de dote, quam deportationis pœna publicaſſe videbatur. Sed in actione de dote pleraque benigne recipiuntur. magnus eſt fauor dotis, *l. eas obligationes, de cap. min.* atq; ita illis duab. legibus Ioānes abuſus eſt. ne diſcedas ergo ab annotatione Rogerij. In ſecunda parte legis intelligimus dotem, quam à nuru

pater accepit, & filio exheredato legauit, si lex Falc. interuenerit, Falcidiam pati, quasi rei alienæ legatum. Est enim dos mulieris, non filij. dos legata vxori Falcid. non patitur, quia res sua reddi ei potius, quam dari videtur, non res propria mariti, non res aliena, *l. sed vsusfr.* §. *1. ad l. Falcid.* Et idem dicit, si legata sit dos mulieri, nurui, *l. 1. §. sed & marito, h. t.* cuius species inferius declarabitur. Idem erit, si quid aliud pro dote sit legatum vxori vel nurui: nam & hoc quoque legatum non subiicietur Falcidiæ, *l. 1. hoc tit.* Idem erit, si dos alij extraneo sit legata, vt vxori vel nurui restituatur, *l. cum dotem, ad l. Falc.* Quod omne ita procedit, si nullum sit in legato commodum repræsentationis siue antecessionis, *si le legat n'auance la paye*, si legetur dos, quæ in fundo consistebat, quæ sicut legatur præsenti die, ita citra legatum præsenti die redderetur. nullum quidem in illo legato est commodum repræsentationis, *l'on n'auance point la paye*, sed non est inutile legatum, maxime relictum per vindicationem, vel præceptionem, cum pro actione personali, qua dos repeteretur, legatũ adferat rei vindicationẽ, quæ vtilior est actio *l 3. §. si rem, de legat. 3.* neque tamen ob id lex Falcid. minuit legatum illud dotis, quod non repræsentat dotem, *l. si cred. in fi. de legat. 1.* Quia commodum illud melioris actionis & facilioris, nihil minuit bona testatoris vel heredis: commodum repræsentationis minuit. Igitur si legato insit commodum repræsentationis, vt si dos, quæ redderetur annua, bima, trima die, legetur præsenti die, constat in eo commodo legem Falcid. locum habere, *l. 1. §. idem quærit, hoc tit.* Obseruandum est ad hæc in superiore casu, quo dos extraneo legatur vt mulieri restituatur, & nullum est commodum repræsentationis, dissidium quoddam fuisse inter Iulianum & Marcellum, vt semper Iuliano Marcellus obloqui solet. Iulianus volebat illo casu legatarium, cui non sua res, sed aliena legatur, Falcidiam pati, & quod Falcid. resciderit seu detraxerit, mulierem ab herede consequi actione de dote. *d. §. idem quærit.* Marcellus autem sublato illo circuitu volebat legatarium Falc. non pati, *d. l. cum dotem*, quæ est Marcelli. Iulianus spectabat personam interpositi, hoc est, legatarij, qui interpositus est, vt dotem restitueret mulieri. Marcellus spectabat personam capientis, hoc est, ipsius mulieris, ad quam omne emolumentum redit, & rectissime: nam, vt & ipse Marcellus ait, in aliis plerisque casibus persona accipientis spectatur, non interposita persona, per quam capit, vt *l. cogit §. hi qui solidum, ad Trebell.* Et similiter etiam alia in specie idem Marcellus circuitum tollit, *l. videamus, si cui plus quam per l. Falcid.* Obseruandum item est, quod diximus initio, dotem nurui prælegatam Falcid. non pati, nisi legato insit commodum repræsentationis. Ad id pertinet *l. 1. §. sed & marito, hoc tit.* Species hæc est: socer à nuru dotem accepit, filium heredem instituit ex parte, & dotem nurui prælegauit, vt Viuianus posuit recte. Accurs. male, eum legasse dotem filio. mortis soceri tempore constabat matrimonium inter filium & nurum. legatum non valet, si ius actionis de dote, id est, si quod debetur actione de dote, socer nurui legare voluit, quia nondum quicquam debetur constante matrimonio, *l. 1. §. Celsus hoc tit. l. 10. §. 1. de leg. præst.* nisi vno casu, de quo diximus supra, propter inopiam soceri vel heredis eius. sed si pecuniam dotalem nurui legare voluit, valet legatum & præstabitur nurui oblata cautione indemnitatis aduersus filium. Commodum legati est magnum, quia mulier recipit dotem constante matrimonio, cui iure suo reddi non debet ante solutum matrimonium. Quapropter in eo commodo Falcidia locum habebit, sed quod Falcidia resciderit, mox filius heres institutus ex parte præcipiet iudicio famil. ercisc. vel quod addi velim ad illum §. *sed & marito*, si non sit heres institutus, id præcipiet vtili iudicio ex *d. §. Celsus*, quia & totam dotem filius præciperet, si à socero nurui non fuisset prælegata: imo si à socero nurui fuerit prælegata, filius petet ab he-

A rede dodrantem, quem heres mulieri præstitit; sed indemnis à muliere seruabitur heres, atque ita mulier tandem manente matrimonio compelletur marito dodrantem refundere, vt integram dotem habeat maritus, quandiu manserit matrimonium. Et hoc quidem dote legata vxori vel nurui. nunc dicamus, quo de agitur in secunda parte huius legis, de dote legata filio exheredato, vel instituto à patre, qui a nuru eam acceperat, quod legatum initio iam dixi Falcidiam pati. Et finge: pater dotem acceptam à nuru filio exheredato legauit: filius prior egit legati nomine constante matrimonio, heres ex legato detraxit Falcid. & dodrantem filio soluit, & mulier ratam solutionem dodrantis fecit. Igitur dirempto matrimonio, mulier id tantum repetet ab herede vtili actione

B de dote, id est, efficaciter, quod Falcidia reciderit, quia residuo heredem liberauit ratihabitio, *l. solutam, de solut.* Filius quoque exheredatus de residuo mulieri non tenetur actione de dote, sed vix solutionem ei factam mulier sana vnquam ratam habitura est, quin ei prius ab eo satis cautum eo nomine fuerit. Quod si mulier solutionem illam dodrantis marito factam per heredem scriptum à socero ratam non fecerit, integram dotem repetet ab herede soceri dirempto matrimonio, sed defendi heres debebit à filio secundum fidem cautionis ei præstitæ de indemnitate & defensione, hoc est defendere eum debebit aduersus mulierem agentem de dote repetenda. defendere, est pro herede litem subire, & si quidem filius totam litem subierit solus, puta de dote repetenda; & condemnatus sit dotem mulieri reddere, actio iudica-

C ti in quem dabitur? In heredem quem defendit, an in maritum defensorem? Sane vt prudenter Papinian. animaduertit in hac secunda parte, in maritum actio iudicati dabitur pro dodrante, quem accepit ab herede, qui pro dodrante in rem suam interuenisse videtur iuxta *l. Plautius, de procur. l. vlt. de re iud.* In heredẽ autem actio iudicati dabitur pro modo Falcidiæ, hoc est, pro quadrante, quia pro ea parte maritus rem alienam deffendisse videtur: quia non ipse, sed dominus rei iudicatæ tenetur, *arg. l. 1. §. in proprium, quand. app. sit.* Et hoc quidem ita est, si cautum non sit mulieri iudicatum solui; nam si maritus cauerit iudicatum solui, in solidum ex stipulatione conuenitur, sed pro modo Falcidiæ regressum habebit aduersus heredem, cuius voluntate totam

D litem subiit, vel si heres præsens cauerit iudicatum solui, non maritus iuxta, *l. si ad defendendum, inf. iudic. sol.* ipse heres in solidum tenebitur, sed indemnis seruabitur à marito secundum fidem cautionis interpositæ inter eum & maritum. Et hoc est quod Papinian. voluit in secunda parte his verbis, *sed si lex Falcid. &c.* & mendum in illo loco, *quæ iure Falcidiæ petenda est*, nam mulier eam quantitatem non petit iure Falcidiæ, sed iure dotis, iudicio dotis: & rursus eam quantitatem heres iure Falcidiæ non petit, sed retinet. Est enim Falcidia in retentione, non in petitione, *l. 14. & 15. §. 1. & 33. ad l. Falcid.* Igitur scribendum, *quæ iure Falcidiæ retenta est*, vt supra dixit, propter eam quantitatem, quam heres retinuerit. Et sequitur in ea lege quam facio tertiam partem, *sed si*

E *priusquam legatum filio solueretur.* Quę ante dicta sunt, eo casu procedunt, quo filius exheredatus prior egit ex testamento, & legatum consecutus est, deinde factum est diuortium: nunc ponit mulierem diuertisse, antequam filius exheredatus legatum consequeretur, quo casu mulier ipsa quidem non potest statim dotem præcipere, quę scil. continetur pondere, numero, vel mensura, sed statis temporibus, puta, annua, bima, trima die. verum filius exheredatus, cui dos legata est, statim dotem præcipiet, etiam post diuortium, & per ea interualla temporis fruetur legato, sed indemnem seruabit heredem ex cautione indemnitatis, quam interposuit, vbi scilicet mulier petet primam vel secundam, vel tertiam pensionem. Ergo non iisdem diebus filio dos soluitur, quibus mulieri: filio soluitur statim, mulieri annua, bima, trima

die: videlicet, si sit prælegata filio exheredato: nam aliud A erit, si sit prælegata filio heredi instituto ex parte, nec abstinente sc. filio ex asse instituto, omnino legaretur frustra: ex parte instituto, vtiliter legatur pro parte coheredum. Et hoc casu coheredes filio soluunt dotem iisdem diebus, quibus mulieri solui debet, hoc est, annua, bima, trima die. Et hanc differentiam inter filium exheredatum, & heredem institutum, Papinian. euidenter exponit in hac tertia parte, si modo eius verba punctis distinguantur recte, nempe hoc modo, *responsum est*, hic pone virgulam, *cum patri, &c, admissus est*, punctum, vt §. *vlt.* incipias ab his verbis, *& forte per errorem.* Omnes libri habent hoc vitium, non habuit Viuianus, nec Bartolus. Sed videamus, quæ sit ratio differentiæ inter filium exheredatum, & heredem institutum. Filio exheredato B post diuortium dos, quę ei legata est, soluitur statim: filio instituto, annua, bima, trima die. Redde rationem: locus hic est singularis in Papiniano. Ratio est aliquantulum obscura. filium exheredatum, cui nihil præter dotem reliquit pater, videtur voluisse pater fructum aliquem ferre ex legato, quem nullum ferret, si post diuortium iisdem diebus ei dos solueretur, quibus & mulieri solui dos debet. Ergo ne sine fructu sit legatum, per interualla eorum dierum, filius exheredatus, qui nihil habet aliud, fruetur commodo legati potius, quam heres scriptus. ei filio vero, quem heredem scripsit ex parte, non videtur dotem præterea legasse, vt ex ea fructum caperet solus sine concursu coheredum post diuortium, sed magis vt ipse solus, siquidem non abstineret se hereditate paterna, munere fungeretur reddendæ dotis quasi C heres & maritus. Qua de causa post diuortium, non statim præcipit dotem, sed annua, bima, trima die, & indemnes coheredes suos seruat, mox pensiones, quasque mulieri reddendo, vel alias defendendo coheredes suos aduersus mulierem pensiones repetentem. Quod est in §. *vlt.* est apertissimum. Si filius exheredatus, vt intelleximus ex initio legis, dotem petat ex legati causa, heres non ante cogitur soluere, quam filius ei cauerit de indemnitate soluto matrimonio, quo tempore repetitio mulieri competit aduersus heredem. quæritur, quid fiat, si in soluendo legato per errorem heres omiserit illam cautionem, & postea soluto matrimonio coactus sit mulieri soluere dotem, an poterit condicere legatum, quod soluit filio sine cautione, quasi indebitum? minime, D quia sane non fuit indebitum, *quia*, inquit, *cautionis præstandæ necessitas solutionem moratur, non indebitum facit, quod fuit debitum.* Quid igitur faciet heres? Æquum erit, subueniri heredi, ne duplici præstatione dotis oneretur contra voluntatem defuncti, & subuenietur illi non condictione sine causa, vel condictione cautionis incerti, quæ est sera iam dote mulieri soluta, sed subuenietur ei vtili condictione quasi ex tacita cautione, perinde ac si interuenisset cautio, vt *l.* 5. §. *pen. de vsufr. ear. rer. quæ vsu. & l. his verb. de adopt.* Quid ergo in eodem casu, si heres per errorem omiserit cautionem, cum soluit legatum filio, & soluto matrimonio doti soluendæ non sit idoneus? an dos perierit mulieri, cui heres nec dotem potest soluere: nec cedere actionem ex cautione, E quam omisit: nec rursus cedere actionem quasi ex tacita cautione, quæ non competit, nisi dote mulieri soluta? an ergo mulier erit indotata? Minime. erit æquum hoc casu similiter mulieri subueniri data vtili actione dotis aduersus maritum: regulariter, si pater accepit dotem, non filius, filius exheredatus non tenetur mulieri de dote, *l.* 1. § *pen. hoc tit.* quamuis dotem sit consecutus ex causa legati, *l. si cum dotem* § *pen. solut. matrim.* Sed in proposito casu æquum erit, dari vtilem actionem de dote aduersus maritum, qui dotem habet ex causa legati, tametsi non ipse, sed pater eam ab initio acceperit, cui ipse non successit, ne dos pereat mulieri. Occurrunt vtiles actiones iniquitati.

Ad l. cum tale 72. de cond. & demonstr.

Cum tale legatum esset relictum Titiæ, si à liberis non discesserit: negauerunt eam recte cauere, quia vel mortuis liberis legati conditio possit existere: sed displicuit sententia: non enim voto matris opponi tam ominosa non interponenda cautionis interpretatio debuit.

QVod est initio *l. cum tale &* §. 1. est de cautione Muciana. Sciendum est, conditiones, quæ legatis adscribuntur alias in faciendo consistere, alias in non faciendo. Conditiones, quæ in faciendo consistunt, legati obligationem, actionem, solutionem differunt: neque enim antequam impletæ sint, peti legatum potest. Conditiones, quę in non faciendo consistunt, legati obligationem, actionem, solutionem non differunt: nam si cui ita legetur, *si Capitolium non ascenderit*, vel, *si Alexandriam non ierit*, ei heres statim legatum soluere debet, si modo cauerit se non facturum (quod ne faceret in conditione testator posuit) aut si secus fecerit: nam certe id addi cautioni oportet, rem legatam, vel, quanti res ea erit, cum fructibus & vsuris medij tẽporis redditurum, *l. heres* §. *qui post, l. cum sub hac, hoc tit. l. cum filius* §. *qui Muciana, de leg.* 2. *& Nouel.* 22. *de secund. nupt.* Cauere autem debet is, cui legatum est sub conditione non faciendi aliquid. quibus? his quorum interest, inquit, *l. seruo* §. *si testator, ad Trebell.* iis, ad quos deficiente conditione legatum pertinere potest, inquit *l.* 18. *h. tit.* quod est obscurum. quibus igitur cauere debet? dic apertius, heredi scil. & substituto: nam & in legatis sit substitutio, vel coniuncto vel legatario, à quo fideicommissum relictum est sub conditione non faciendi aliquid: nam ad hos redit legatum quod deficit, *d. Nouel.* 22. Cauere autem in hoc proposito, est satisdare fideiussoribus, vel iurato repromittere, cum hypotheca bonorum suorum, vt constat ex eadem Nouella. Et hæc cautio appellatur cautio Muciana, ab inuentore Q. Mucio Scæuola Iurisconsulto. Proprium munus Iurisconsultorum est cauere aliis, multo magis sibi ipsis, vt ait M. Tull. ad Trebat. cautiones, inuenire, cauere formulas. Iurisconsultus est cautor formularum, & remediorum, quibus quisque ad ius suum perueniat. Et hæc cautio Muciana, etiam remedium dicitur duobus locis *l.* 7. *hoc tit.* & alio quodam loco eiusdem tit. qui post affertur. Cautiones omnes sunt remedia iuris sui obtinendi, & locum habet hæc cautio Muciana non tantum in legatis & fideicommissis relictis sub conditione non faciendi, sed etiam in heredibus relictis sub eadem conditione, *d. l.* 7. *&* 18. *hoc tit.* Et locum habet etiam in mortis causa donationibus, vt constat ex *d. Nou.* 22. Comparantur legatis semper fere donationes causa mortis. Et hoc vero cum ait Iustinianus in *sup. d. Nou.* 22. cautioni Mucianæ locum esse in donationibus mortis causa, satis constat in donationibus inter viuos semper strictius accipi. Sunt iuris auctores in illis approbandis & recipiendis restricti: nam neque est optimi patrisfamilias donare, & frequentius peccauero, si pro donatario, quam si contra donatarium iudicauero. Donationes non valent sine insinuatione: non valebant, vt constat ex C. Theod. donationes omnium bonorum factæ inter viuos, nisi in donando donator recensuisset singula bonorum suorum, quod habuit summam rationem. Tu donas omnia tua bona stulte & insipienter, insipide, nescis, fortasse, quæ bona habeas, recense singula, quo iure tamen non vtimur. posset multis aliis exemplis demonstrari, donationes quodammodo improbari factas inter viuos: nam quod restrictius accipio, ægre probo, & ingratis probo. Vnde si tibi donaui sub conditione, *si Capitolium non ascenderis*, perinde est, ac si tibi donassem *cum morieris*, quoniam antequam moriaris, non est certum te Capitolium non ascendisse. non ergo donato frueris statim, nec vnquam frueris ipse,

ipse, sed heres tuus: exspectabitur mors tua, antequam perficiatur donatio, nec vllo remedio capere potes donationem tu, nec heres tuus, antequam moriaris. Ergo hoc sit primum, cautioni Mucianæ locum non esse in donationibus inter viuos. Secundum sit: Cautioni Mucianæ non esse locum etiam in stipulationibus, quæ & restrictius accipiuntur, *l. stipulatus es, de fideiussoribus, l. quicquid, de verb. obl.* Declaremus exemplis: si stipuler sub conditione, *si Capitolium non ascendero, centum mihi dari spondes?* & tu spondeas mihi centum sub eadem conditione, & etiamsi de non ascendendo offeram cautionem ad exemplum Mucianæ, non agam ex stipulatu, ac perinde erit, ac si stipulatus essem nominatim, cum moriar mihi dari. denique exspectabitur mors mea, antequã sit actio ex stipulatu, §. *si ita quis, Instit. de verb. oblig.* Et similiter, si stipuler hoc modo, *si Capitolium non ascenderis, centum spondes & spondeas*, perinde erit, atque si stipulatus essem cum morieris, quia nec antequam morieris, statim potest extitisse conditio, *l. ita stipulatus, inf. de verb. obl.* Item, quod congruit etiam cum superioribus, licet positurus sim in legatis vel hereditatibus, si legauero vel heredem te instituero sub hac conditione, *si Capitolium non ascendero*, perinde est, atque si legassem, *cum moriar, tibi dari, l. Stichus, de manum. testam* & exspectabitur mors mea, quæ etsi pure legasse, exspectaretur. Sed quod non congruit cum his, quæ diximus de stipulationibus, si ita legauero, *si Capitolium non ascenderis*, interposita cautione Muciana, remedio cautionis Mucianæ, capies legatum statim, nec exspectabitur mors tua, nec perinde erit, atque si legassem, *cum morieris tibi dari*, quanquam hic sensus superiori conditioni tacite insit. Sed aliud est, quid exprimere palam, aliud intelligere tacite, *l. heres, §. quamuis, hoc tit.* Lego tibi vsumfruct. cum morieris: legatum est inutile, quia confertur in tempus, quo solet finiri vsusfruct. *l. Titio, de vsufr.* lego tibi vsumfruct. *si Capitolium non ascenderis.* valet legatum, & remedio cautionis Muc. statim id consequi potes, *d. §. quamuis.* Ergo in stipulationibus nihil refert, de te stipuler *cum morieris*, an si *Capitolium non ascenderis*, vel *cum moriar*, an *si Capitolium non ascendero.* sed in legatis multum interest, legem tibi *cum morieris*, an *si Capitolium non ascenderis, si Romam ieris.* Et ratio differentiæ plenior inter legata & stipulationes hæc est: nam hæc non explet animũ non legata plenius acccipi, stipulationes strictius: hæc, inquam, sola ratio non satisfacit ad plenum, nisi dilatetur hoc modo: legatum ex sola defuncti voluntate valet, qui cum legatum nominatim non contulerit in vltimum momentum vitæ legatarij his verbis, *cum morieris, cum morietur Titium Titio lego* sed si ita scripsit: *si Titius Capitolium non ascenderit ei lego*, modum potius, quam conditionem fecisse videtur, nisi aliam fuisse eius mentem heres probauerit. Ergo oblata cautione de non faciendo, aut de reddendo legato præstabitur legatum, quasi sub modo relictum. stipulatio ex duorum consensu valet, stipulatoris & promissoris, *l. inter §. si Stichum, de verb. obl.* Neque igitur tantum spectamus quid senserit vnus, sed etiam quid senserit alter: & in obscuro vel ambiguo secundum promissorem interpretationem facimus, & imputamus stipulatori, cur apertius stipulationem non conceperit, *l. quicquid, de verb. obl.* Et hanc conditionẽ, *si Capitolium non ascendero*, quæ est ambigua: nam vel pro modo, vel conditione accipi potest, pro conditione potius accipiemus, ne statim promissor conueniatur ex stipulatione: quia commodius est promissori, tardius quam ocyus conueniri. Idemque erit omnino, si stipuler de te, *si Capitolium non ascenderis, mihi dari.* Et ita explicanda est ratio differentiæ. Sed adijciendi etiam his sunt alij casus, quibus non est locus cautioni Mucianæ. Addo, non esse locum Mucianæ cautioni in libertatibus, vt puta, *liber esto, si Capitolium non ascenderis.* etiamsi caueas de non ascendendo, non peruenies ad libertatem propter solum illud remedium cautionis. denique reme-

dio cautionis non peruenies ad libertatem, non est in hac specie locus cautioni Mucianæ, quod apparebit ex, *l. libertas, l. 1. §. vlt de man. testam.* Videamus, quæ sit ratio, cur in libertatibus non est locus cautioni Mucianæ. Qui ita libertatem adscripsit, *liber esto si Capitolium non ascenderis*, aut voluit libertatem conferre in vltimum vitæ tempus serui, aut non. Si voluit libertatem conferre in vltimum vitæ tempus, non est locus Mucianæ cautioni, quia non fuit ei animus dandæ libertatis, ac proinde inutilis est libertatis datio, sicut si nominatim dixisset, *cum morieris liber esto, d. l. vlt.* Si noluit, quod fit plerunque libertatem conferre in vltimum vitæ tempus, si serio libertatem

B conferre in vltimum vitæ tempus, si serio libertatem adscripsit, non ludibundus, videtur seruus peruenire ad libertatem posse, præstita veluti Muciana cautione. *si secus fecerit pretium sui reddi, quanti fuit antequam liber fieret, vt l. Papin. §. vlt. l. seq. de inoffic. testam.* Nam & cautio Muciana, vt superius diximus, ita concipitur, *quanti ea res erit*, quæ verba pretium rei verum demonstrant, *l. cum sub hac, hoc tit.* Sed verius est, hoc etiam casu non esse locum Mucianæ cautioni: nam Muciana cautio interponitur de re ipsa restituenda, quæ præstatur vel de eius pretio, *d. l. cum sub hac.* Libertas autem, quæ semel competiit, restitui non potest, ac ne pretium libertatis quidem, quia res est inæstimabilis. Ergo de libertate cautio Muciana caueri non potest. Sed ne impediatur libertas, quam, vt posuimus, testator impediri noluit, melius erit verba illa, *liber esto si Capitolium non ascenderis*,

C interpretari, si cum primum potueris Capitolium ascendere, non ascenderis: namque ita cum primum potuerit seruus Capitolium ascendere consequetur libertatem. Recipienda est hæc interpretatio, quia testator non habuit ludibrio seruum, id est, noluit libertatem conferre in tempus mortis. non potest fieri liber remedio cautionis Mucianæ, fiet liber remedio interpretationis voluntatis defuncti. Quæ ratio est valde notanda. Et addendum, non esse etiam cautioni Mucianæ locum, si legatum relictum sub conditione non faciendi, per aliam conditionem differtur, quod est euidentissimum, & à Papiniano scriptum in *l. auia §. 1. h. tit.* Finge: ita legaui, *si Capitolium non ascenderis, & si nauis ex Asia venerit, centum do, lego*, an oblata cautione Muciana legatarius consequetur legatum? minime: quia alia conditio differtur in ca-

D sum, in euentum collata. Item, non est locus cautioni Mucianæ, si testator eam remiserit in testamento, id est, si significauit eum, cui legauit sub conditione non faciendi, se velle consequi legatum etiam non præstita cautione, se velle fidẽ ei haberi. quod & ita proponitur *in sup. d. Nou. 22.* Ac postremum non est cautioni Mucianæ locus in his conditionibus, quæ viuo legatario alterius morte, vel alio modo expleri possunt. Quod vt intelligatur, sciendum est, conditiones, quæ in non faciendo concipiuntur, de quibus tractauimus, alias esse, quæ non nisi morte legatarij expleri possunt, vt illa conditio, *si Capitolium non ascenderit*, quia etiam quamdiu viuit legatarius, Capitolium potest ascendere: non ante potest dici non ascen-

E disse, quam mors eum præuenerit. & in his conditionibus locum habet cautio Muciana, vt ostenditur *in l. seq. & l. seruo §. vlt., ad Trebel.* Alias autem esse, quæ viuo legatario alterius morte, vel alio modo expleri possunt & finiri, & in his non habet locum cautio Muciana, sed exspectatur omnino, quoad expletæ sint: vt in hoc casu, lego mulieri nuptæ alii sub conditione, *si à marito non diuerterit.* an capiet legatum statim oblata cautione Mucianа? minime, quia conditio viua ea expleri potest præmortuo marito, vel diuortio facto culpa mariti, *l. pater §. socrus. hoc tit.* Addamus aliud exemplum lego: mulieri sub conditione, *si Titio non nupserit*: an statim capiet legatum oblata cautione Muciana? minime, quia conditio expleri potest ea viua mortuo Titio, *l. hoc genus, h. tit.* Etiam aliud addamus exemplum: lego Titio sub conditione, *si mulieri non nupserit*, an capiet statim legatum oblata cau-

tione Muciana? minime, quia conditio huiusmodi non expletur morte Titij legatarij, sed expleri potest eo viuo mortua muliere, *l. auia* §. *Titio, hoc tit.*

---

§. I.

Et cum patronus liberto certam pecuniam legasset, si à liberis eius non decessisset, permisit Imper. velut Mucianam cautionem offerri: fuit enim periculosum à triste libertum coniunctum patroni liberis, eorundem mortem exspectare.

§. 1. *Titius heredem institutum rogauit, post mortem suam hereditatem restituere, si fideicommissi cautio non fuisset petita: Mucianæ cautionis exemplum ante constitutionem remissæ cautionis, locum habere non potuit, quoniam viuo eo, cui relictum est, impleri conditio potuit.*

Diximus cautionem Mucianam locum habere in conditionibus, quæ in non faciendo consistunt, si non possint expleri, nisi morte legatarij, si non possint expleri viuo legatario, vt scilic. interposita cautione non infringendæ conditionis, legatarius statim legatum accipere possit, eoque vti frui. cautionem Mucianam non habere locum in his conditionibus, quæ viuo legatario expleri possunt, etiamsi conceptæ sint in non faciendo, & harum tria proposuimus exempla, vnum ex *l. pater* §. *socrus hoc tit.* alterum ex *l. hoc genus, eod.* tertium ex *l. auia*, §. *Titio, eod.* nunc addamus quartum ex §. *Titius, legis nostræ.* Sciendum est, legato relicto aut fideicommisso in diem vel conditionem, quoniam interim posset dilapidari ab herede, non legatum illud tantum, sed & res omnes hereditarias, ex edicto prætoris desiderante legatario cauere heredem debere de seruando legato vel fideicommisso, & restituendo suis diebus. Quod si nolit cauere, mittitur legatarius in possessionem bonorum ex his titulis, vt legati nomine caueat, & vt in possessionem legati. Hæc cautio præstatur ex edicto prætoris, nec potuit testator eam remittere, iuxta *legem nec pater, de legat.* 1. quia non potest testator facere, ne leges in suo testamento locum habeant. sed hodie ex Constitut. D. Marci testator potest remittere eam cautionem, puta prohibere, ne legatarius exigat à suo herede cautionem eiusmodi: non posset prohibere istam cautionem, nisi constitutio D. Marci permitteret, quæ est in *l.* 2. *C. vt in possess. leg.* vt non posset etiam prohibere Falcidiam, nisi Constitut. Iustinian. permitteret. Ergo cui permissum non est nominatim, non potest facere, ne leges habeant locum in suo testamento, Hodie igitur constat, vulgarem illam cautionem, quæ interponitur legatorum seruandorum causa, à testatore remitti posse ex Constitution. Marci. Nunc finge, quæ est species §. *Titius*, quidam heredem instituit, & eum rogauit, vt post mortem suam restitueret hereditatem Caio sub conditione, *si Caius non peteret cautionem fideicommissi seruandi causa.* quo plane indicauit, sibi non placere ea cautione heredem onerari. Quæritur, *an possit legatarius admitti ad legatum statim oblata cautione Muc. de non exigenda cautione fideicomissi seruandi causa, vt in conditione est expressum seu præscriptum?* Et respondetur, non posse, sed exspectari debere, quoad impleta sit ea conditio, quia, *inquit Papinian.* ea conditio impleri potest viuo fideicommissario, cui sub ea cõditione fideicommissum relictum est post mortem heredis, & mori heres potest viuo fideicommissario: & impleta dicitur conditio, si quandiu vixit heres, ab eo fideicõmissi cautionem fideicommissarius non petierit. quæ ratio Papiniano sufficit: quia, *inquit*, vt eam declaremus apertius, morte heredis viuo fideicommissario conditio impleri potest, nec scilic. quod est sub intelligendum, morte fideicommissarij viuo herede impletur vtiliter, cum sit conditionale fideicommissum, collatum in mortem heredis, quod in heredem fideicommissarij nõ trans-

A mittitur, *l. heres*, §. 1. *hoc tit.* Frustra igitur caueret fideicommissarius, se non petiturum cautionem fideicommissi seruandi causa, cuius morte, si contingat viuo herede, legatum extinguitur, id est, fideicommissum. Et prudenter Papinian. ostendit in hoc §. *Titius*, huic disputationi locum fuisse ante constitutionem D. Marci, ex qua hodie à testatore potest remitti cautio seruandi legati vel fideicommissi, vt ante diximus. Nam post Constitut. D. Marci superflua est hæc disputatio. Ergo post eam Constitut. testator declarauit, sibi non placere cautionem legatorum interponi. Adscripta legato conditione non interponendæ cautionis, ea conditio non intelligitur esse conditio, nec etiam potest deficere, cum inuito heredi extorqueri non possit, *l. licet, vt leg. nom. caueat. l. auia* §. *vlt. hoc tit.* Iurisconsulti nostri in his libris disputant sæpe multa de iure etiam abolito Constitutionibus, & separant ius à Constitutionibus, atque

B ideo missis Constitution. sæpe de solo iure tractant. Vt cum tractant de obligatione naturali pupilli qui contraxit sine tutoris auctoritate, & obligatur tantum naturaliter, etiamsi factus sit locupletior, & tractant, ac si ita ius sit certissimum de ea re, vt in *l. si pupillus, de verb. oblig.* Cum tamen constet, hodie pupillum ciuiliter obligari ex Constit. Diui Pij, si factus sit locupletior, *l.* 3. *de neg. gest. l. pupillus, de auct. tut.* & ita in *tit. de precario*, tractant de interdicto de precario ac si non esset ciuilis actio de precario, cum tamen constet, hodie ex precario etiam esse ciuilem actionem. Puto igitur ex Constit. vel ex eo tit. de precario intelligi potest, & ita quoque in hoc §. de re iam ante à nobis exposita, vt ipse ait, nominatim Pap. tractat, ac si Constit. D. Mar. non permisisset eã cautionẽ legatorũ seruandorũ causa remitti voluntate testatoris. Et verba Pap. hæc sunt, *Titius heredem, &c.* Quod sequitur, quid ergo? Est alia quæstio, quæ nihil pertinet ad superiora. Nunc tentare possumus contra ea, quæ ante posuimus quasi certa & confessa, etiam in his cõditionibus, quæ viuo legatario expleri possunt, cautioni Mucianæ locum esse ex *l.* 7. *& l. cum sub hac, h. t. l.* 4. §. *vlt C. de cond. inst.* vt in his conditionibus, si seruum non manumisit, si seruum non alienauerit, quæ expleri possunt morte serui viuo legatario. In his conditionib. locus est Mucianæ cautioni, vt supra dictæ leges ostendunt. Item in hac conditione, *si vxorem non duxerit, lego illi centum*, constat ex N. 22. locum esse Mucianæ cautioni, tametsi ante mortem legatarij explere possit, puta sacerdotio ei

D obueniente, quod fibulam imponit viro. Sed respondeo, quod diligenter aduertendum est: hoc modo testator, qui præscripsit conditiones huiusmodi, *si seruum non manumiserit, si seruum non alienauerit*, non mortem serui, sed mortem legatarij spectauit, id est, non hunc casum cogitauit, si seruus moriatur in seruitute & potestate legatarij vel heredis, & adscripta sit ea conditio: sed hunc tantum casum cogitauit, si legatarius vsque in diem vltimum vitæ suæ obtinuerit manumissione, vel alienatione serui, quia quasi hoc solo inspecto casu legato relicto, sane statim legatarium admittemus oblata cautione Muc. de non manumittendo vel alienando seruo, aut si secus fecerit de reddendo legato cum fructibus. Eadem est

E ratio istius conditionis, si iterum nuptias non contraxerit, quia non sacerdotium, quod incertum erat an obueniret legatario, sed mortem tantum legatarij spectauit testator, si vsque in eam permaneret cœlebs. Ergo merito hoc casu cautioni Muc. locus est quasi legato relicto in casum tantum mortis legatarij, quamuis & sacerdotio obueniente legatario, atque adeo viuo legatario, sane adimpleatur conditio. Eadem etiam est ratio earum conditionum, quæ proponuntur vel suggeruntur initio istius legis, quod sane indiget explicatione tametsi videatur esse facillimum prima fronte. Finge vir legauit vxori sub conditione, *si à liberis non discesserit*, non dixit, *si à liberis non nupserit*, quæ conditio remittitur *l. Iulia*, quæ indicit viduitatem, *l. sed si hoc* §. *vlt. hoc*

tit. sed dixit, *si à liberis non discesserit,* quæ conditio non remittitur, & morte liberorum impleri potest viua matre: & tamen in ea locus erit cautioni Muc. quia sc. in ea conditione præscribenda patri, non venit in mentē mors liberorum, contra votum parentum sperabat certo liberos morti superstites. nō igitur de hoc casu cogitauit tristi & miserabili, sed de morte tantum vxoris, cui superuiuerent liberi communes. Quid ergo si extraneus non vir mulieri habenti liberos sub eadem conditione legauerit, *si à liberis non discesserit*? puto hoc etiam casu mulieri petenti legatum oblata cautione Muciana non posse obiici rem ominosam, detestabilem & tristem, minime modestam, quæ sane liberos sibi etiam superstites cupit, non posse, inquam, huic voto naturali matris obijci, morte liberorum expleri conditionem posse: & ideo non esse legati petitionem, antequam mortui sint liberi, & cessare remedium cautionis Mucianæ. Quia quod notandum, sicut nemo intelligitur filio patrem substituere contra votum parentum, *l. Iulianus, si quis omis. causa test.* ita nemo creditur patri vel matri male ominari, & in tempus mortis liberorum legatum relinquere. Et hæc, vt opinor, est sententia huius *l. in princ.* Hic, inquam, est casus, qui ponitur in principio legis, cum extraneus mulieri habenti liberos ita legauit, in quo casu plus erat dubitationis, quam in priore casu, cum vir vxori eodem modo legauit. Nam quod obseruandum est, Papinian. non ponit virum vxori legasse, sed mulieri habenti liberos relictum fuisse legatum sub conditione, *si à liberis non discesserit.* Et sequitur in eodem initio legis, idem seruari, si liberto patronus ita legauerit, *si à liberis non discesserit*, si vt ait, coniunctus erit, fuerit coniunctus scilicet hospitio, familiaritate, conuictu, si adhæserit liberis patroni, eisque prorsus fuerit affixus; coniunctio significatur hospitij atque consuetudinis seu conuictus, non alia coniunctio; qua enim alia est libertus patroni liberis coniunctus? Si igitur liberto legauerit sub conditione, *si à liberis suis non discesserit,* hæc conditio morte liberorum expleri potest viuo liberto, & tantum in ea erit locus cautioni Muc. quia testator nihil videtur quicquam cogitasse de morte liberorum suorum, sed spectasse tantum mortem liberti, & hoc sensisse, si quandiu vixeris, cum liberis meis remanseris. Et sane si oportet libertum expectare mortem liberorum, nec posset statim peruenire ad legatum, oblata satisdatione Muc. periculum esset, ne insidiaretur vitæ liberorum, cum quibus habitat, cum quibus coniunctus est hospitij iure. Quod eadem omnino ratione statuendum est, non tantum de liberto, sed & de quocunque extraneo, cui ego ita legauero, *si à liberis meis non discesseris.* Nam & ei præstatur legatum statim oblata cautione Muc. nec expectatur mors liberorum. Quid est euidentius? Ergo maxime notandum, quod hic dicitur de liberto, trahendum etiam esse ad quemlibet extraneum, vt in vexata illa *l. si vnquam C. de reu. don.* quæ est scripta de donatione facta liberto, vt reuocetur superuenientibus liberis donatori. Quod tamen aliqui restringere volunt ad donationem factam tantum liberto, sed licet porrigere ad donationem factam extraneo cuilibet, vt reuocetur donatio superuenientibus liberis. Quo iure etiam vtimur, quia si cogitasset habiturum liberos, sane non donasset immense, vt fecit. Verba Papin. hæc sunt in princ. *leg. cum tale.* ait hoc loco, *veluti Mucianam cautionem*, quia interponitur ad exemplum cautionis Muc. vt loquitur § 1. *h. l. & l. auia §. Titio hoc tit.* quæ viuo legatario impleri non possunt. Veluti Muciana seu quasi Muciana locum quandoq; etiam habet ex mente testatoris in iis conditionibus quæ viuo legatario expleri possunt, vt in casibus quos exposui. Addendum aliam esse rationem conditionum quæ ponuntur in *l. pater §. socrus, l. hoc genus, l. auia §. Tit. h. t. & in §. Titius l. nostræ. In l. pater §. socrus.* hæc est conditio, *si cum marito in matrimonio perseuerauerit*, quod perinde est, atque si dixisset, *si à marito non diuerterit*, id est, hæc

A conditio vi ipsa in non faciendo concipitur. Hæc vero conditio sane confertur in mortem mariti hoc sensu, *si vsque ad mortem mariti in matrimonio perseuerauerit*, vt etiam confertur in diuortium factum culpa mariti. Ergo exspectandus est hic casus, nec antequam extiterit, legatarius, remedio cautionis ad legatum peruenire potest. *In l. hoc genus* est hæc conditio, *si Tit. non nupserit*, quod nominatim lex ait perinde esse, ac si post mortem Titij: testatorem igitur intuitum mortem Titij; ergo exspectanda est mors Titij, nec remedio cautionis ante capi legatum potest. Et hoc idem euidentissime in ea conditione est, quæ proponitur in *l. auia §. Titio.* Legaui tibi sub conditione, *si Terentia non nupserit.* non potest in hac specie vllo modo esse locus cautioni Mucianæ, quia conditio non expletur post mortem legatarij, & quia post mortem B eius Terentia nubere possit, sed ex morte mulieris tantum: Ergo necessarium est expectare mortem mulieris, hoc est, euentum conditionis. Idem est euidentissime in ea conditione, quam proposui in §. *Titius*, quoniam in eo §. palam testator fideicommissum contulit in mortem heredis scripti, id est, fideicommissum reliquit post mortem heredis sui. Ergo mors heredis expectanda est, nec potest cautioni Muc. locus esse. Et hæc sufficiant de Muciana cautione, quæ sunt notatu dignissima.

Ad §. quid ergo.

Quid ergo si ita scriptum sit? peto post mortem tuam restituas hereditatem, ita ne satis fideicommissi petatur, neue ratio exigatur: C *sine dubio per huiusmodi verba non interponendæ quidem cautionis conditio videbitur adscripta, rationi vero non exigendæ modus adhibitus, scil. vt culpa non etiam dolus remissus intelligatur: Idque in eius persona, qui negotia gessit, cuique rationis reddendæ necessitas fuerat testamento remissa, rescriptum est.*

OMne quod diximus, fuit de stipulatione Muc. cuius remedio legata relicta sub conditione statim recipiuntur, sub conditione, inquam, non faciendi aliquid: nam in eis conditionibus quas ius remittit, hoc est, quas impleri necesse non est, frustra disputatur de interponenda stipulatione Muciana. Eiusmodi est conditio non petendæ cautionis legati aut fideicommissi seruandi causa, D vt si heredem meum rogauero, vt hereditatem restitueret post mortem suam sub hac conditione, *si cautionem fideicommissi seruandi causa ab eo non petiisset*, vel ita, *ne fideicommissi cautionem ab eo peteret*, quæ cautio est prætoria, proficiscitur n. ex edicto prætoris, vt legati nomine caueat. Finge igitur, fideicommissum adscribi tibi sub conditione, *eam cautionē vt non peteres ab herede meo*, vel sub modo, *ita, vt eam cautionem non exigeres ab herede meo.* Hæc conditio, hic modus satis declarat, mihi illam cautionem displicere, id est, non placere mihi, vt ea cautione oneretur heres meus. Igitur remissa ea cautio videtur: Namque hodie constat ex Constitutione D. Marci quocunque indicio voluntatis hanc cautionem remitti posse, non opus esse expressa conditione, vel prohibi- E tione, vel modo, sufficit quælibet coniectura voluntatis, *l. auia §. vlt. h. t. l. 2. C. vt in poss. l.* Potest igitur hæc conditio remitti testamento, sine coniectura voluntatis testatoris. potest & remitti pacto, *l. pactum, de pactis.* Quod fit testamento, & fit pacto recte. Hodie Falcidia recte prohibetur testamento; ergo & pacto conuento. Et vicissim, quod fieri potest pacto, & testamento potest, *d. l. pactum.* Cum igitur testator voluit remitti illam cautionem fideicommissi seruandi causa, & remissa intelligitur illa conditio, adeo vt possit fideicommissarius peruenire ad fideicommissum, etiam non præstita cautione Muciana, nisi dies moretur petitionem fideicommissi. Nam & post præstationem fideicommissi exigeretur ea cautio frustra. Qua de causa & in hac specie

fideicommissi esset locus cautioni Mucianæ: tamen disputari potest ante Constitutionem D. Mar. Eaque est sententia §. *Titius, huius legis*, quem ego iam ante exposui. Sed vt hæc, quæ sequuntur, cum his coaptemus, quemadmodum, quæ ante diximus, cohæreant cum his, quæ dicturi sumus, necesse fuit ea repeti. Quæritur in §. *quod ergo huius legis*, an conditio vel modus non reddendæ rationis eidem fideicommisso adscriptus, omnino videatur remittere rationum redditionem. Finge: heredem meum rogaui, vt tibi restitueret hereditatem post mortem suam ita, ne exigeres ab eo cautionem fideicommissi, & ne ab eo exigeres rationem administratorum bonorum hereditariorum, remissa videtur cautio omnino, an etiam omnino videtur remissa redditio rationum? Et docebit, non etiam omnino videri remissam redditionem rationum: dolum enim malum remissum non videri, siue intermissionem rationis fraudulentam. Quod vt intelligatur, sciendum est, heredem rogatum restituere hereditatem alteri post mortem suam, vel in aliam diem, vel conditionem, fideicommissario rationem reddere debere eorum, quæ ex bonis deperierunt dolo malo eius, vel lata culpa, vt si culpa eius magna ædes hereditariæ exustæ sint, huius rei damnum heres præstabit fideicommissario, *l. mulier §. sed enim, ad Treb. l. dom. & seq. de leg.* 1. Non reddit heres rationem leuis culpæ, aut leuissimæ, doli rationem tantum reddit, vel magnæ culpæ, magnæ negligentiæ. Contra vero videtur heredem teneri leuis culpæ nomine atque leuissimæ, *leg. cum res §. culpa, de leg.* 1. Si culpa heredis res legata perierit, heres tenebitur legatario ad æstimationem. Cæterum culpa quemadmodum accipienda est, vtrum quæ dolo proxima est, id est, lata, an & quæ leuis est? Et adiicit quod plus est, an & diligentiam heres præstare debet? id est, exactissimam custodiam rei legatæ, ita vt & culpæ leuissimæ nomine teneatur? Hoc ait, esse verius: debuit esse diligentissimus in seruanda re legata. Casum tamen fortuitū non præstat heres, cætera præstat, id est, omnem culpam præstat. Qui quem dicit præstare diligentiam vel custodiam, hic dicit ex opposito præstare omnem culpam, omnem negligentiam. Et tamen §. *sed enim* ait heredem non præstare leuem culpam. Et sane nulla est concordiæ ratio idonea ex his, quæ vulgo afferuntur, nec potest inueniri vlla, nisi repetatur ex iure veteri. Et interim adnotandum est cum *d. §. culpa.* qui ab herede exigit etiam leuissimam culpam, diligentiam, custodiam congruere *l. si vendidero §. si ad exhibendum, D. de furtis.* Sed hi libri Digestorum sunt plenissimi earum differentiarum, quæ fuerunt olim inter legata & fideicommissa, & quæ fuerunt inter genera legatorum, nempe damnationis & vindicationis. possim innumera exempla adferre & monstrare harum differentiarum innumera vestigia, sed non est necesse. in proposito videamus, quæ sit differentia §. *culpa, & §. si ad exhibendum*, qui est de legato, & de legato vindicationis igitur, vt apparebit ex §. *sed enim, & l. donationis cum seq.* est de fideicommisso. Eodem autem iure fuit legatum damnationis, quo fideicommissum, quod etiam varie posset ostendi. Ergo quod est in fideicommisso, idem est in legato damnationis, & consequenter, si quid scribitur hic de legato, id est accipiendum de legato vindicationis, non damnationis. Fideicommissum est in petitione, non in vindicatione, *il le faut prendre de la main de l'heritier*, fideicommissi dominum me facit heres traditione. Idem procedit in legato damnationis, dum ita dixit, *damnas esto heres dare tot Titio.* Legatum autem vindicationis est in vindicatione, id est, statim acquiritur legatario ipso iure, id est, ex 12. tab. De hoc enim genere legati intellexit Vlpianus *in fragm.* cum dixit, per legatum acquiri dominium ex 12. tab. Et ita huius legati dominium aut rei hoc modo legatæ statim acquiri est proditum *in l. 3. §. si rem, de leg. 3. l. seruo legato, in pr. de leg.* 1. dominium acquiri recta via, *l. actio, de fur. l. legatum, de legat.* 2. recta, id est, sine

A facto heredis, id est, sine traditione, quia ne momento quidem dominium rei ita legatæ residet apud heredem, *l. 9. §. sed & eam, de pecul.* Denique legatum vindicationis in vindicatione est, & potest vindicare quasi dominus sit legatarius, fideicommissum est in petitione. Nunc ita constituo. ego, qui pleraque alia sum consequutus ex iudicio defuncti, debeo esse diligentissimus in ea re custodienda, cuius alterum fieri statim dominum testator voluit, eius dominium, ne momento obtineo vllo: at in custodienda ea re, quæ sine facto meo acquiri alteri non potest, licet ei relicta proponatur testamento vel codicillis, licet mihi versari negligenter quasi in re mea. Est enim sane mea; & potest quisque in re sua esse negligens absque reprehensione, & ob id non tanta ab herede B diligentia exigitur in seruando fideicommisso, vel ei adsimili legato damnationis, quanta in seruando legato vindicationis. satis est, si dolum præstet & culpam dolo proximam, hoc est, latam culpam, &, quæ dicitur doli faciem habere. Sed vt nos accedamus ad rem propositam, si fideicommissum sit relictum post mortem heredis *ita, ne fideicommissarius exiget cautionem ab herede administrationis hereditatis*, hoc casu, an reddet rationem heres culpæ saltem magnæ, negligentiæ magnæ, culpæ latioris? minime: nam videtur iudicio defuncti remissa culpa magna: culpam omnem leuem aut leuissimam remitti non fuit necesse, quia nec eius rationem reddere heres fideicommissario tenetur: Igitur remisisse videtur culpam magnam, cuius nomine teneretur heres, si non esset remissa. Remisisse videtur negligentiam magnam C & scrupulosam inquisitionem, *l. si seruus vetitus, de leg.* 1. Dolum non videtur remisisse, si in fraudem fideicommissarij heres bona disputauerit: non videtur tantum indulsisse heredi defunctus. noluit anxie requiri rationem ab herede, patefacere viam fraudandi fideicommissarij noluit. Et hoc obtinet generaliter in quolibet administratore, in tutore, curatore, procuratore, negotiorum gestore, actore ciuitatis, vt si fit ei remissa redditio rationum, videatur remissa culpa omnis, non etiam fraus & dolus. Et Papinianus in hoc §. *quid ergo*, ita ait fuisse rescriptū ab Imperatore. Et similiter Vlpianus ita sæpissime fuisse rescriptum ait, *l. si quis rationes, de lib. leg.* vt plane abierit in regulam iuris: nam ex iis quæ sæpissime constituuntur, tandem fiunt regulę iuris. Quod dicturus sum D de leg. Iulia, erit perbreue. §. *si arbit. & §. Mauia*, vterque pertinet ad *l. Iuliam*, quæ dicitur Miscella, hoc est, ad caput illud legis Iuliæ Miscellæ, quod erat commune marium & feminarum. Alia capita legis Iuliæ erant tantum de maribus, alia de fœminis tantum, istud caput de vtroque sexu. Et sententia hæc fuit: si testator legauerit mulieri sub conditione, *si non nupserit*, statim capiet legatum, etiamsi nubat, quia hæc conditio remittitur lege Iulia: repugnat enim publicæ vtilitati. legatum ergo capiet relictum sub conditione viduitatis, neque huic conditioni parendum, quæ publicæ vtilitati aduersatur, *l. 2. §. tractari, ad Tertull.* De hac lege Iulia est in hoc tit. *l. sed si hoc §. vlt. l. cum ita legatum, & l. sequens, l. mulieri, l. heres §. vlt. & l. seruo §. si testator, ad Trebell. & tit. C. de indicta viduitate tollenda,* E *& Nouell. 22. & l. vlt. de statulib.* quæ nunc essent explicandæ. Est aliud quod addam ad §. *Titius.* Erat adhuc obscurum in *eod.* §. quod non apparuit, sed mox reddam clarissimum. Legatum est tale: testator ita cauit, *heres meus fidei tuæ committo, vt post mortem tuam hereditatem Caio restituas si fideicommissi cautionem à te non petierit*, his verbis, *si fideicommissi à te cautionem non petierit.* testator videtur omisisse cautionem fideicommissi, & rata est voluntas testatoris hodie ex constitutione Diui Marci, quæ ante eam constitutionem rata non fuit contra edictum prætoris, quo iubetur ea cautio interponi. in *l. pactum, de pactis*, dicitur ea constitutio fuisse relata in Semestribus eiusdem Marci Imperator. cognomento Philosophi. Marcus Philo-

soph. Imperator vacabat quotannis iuri reddendo mensibus sex, exemplo Augusti & Tiberij, & aliorum Imperatorum, & inde Semestria dicti sunt libri, in quibus collecta sunt hæc, quę de iure constituit. Semestria sunt veluti codex Marcianus : & hoc de Semestribus memini me attingere in tit. *de excusat. tut.* Ergo Constitutio Marci, cui etiam adiungitur Commodus *l. pen. C. vt in poss. leg.* concessit testatori, vt inhibeat cautionem prætoriam legati aut fideicommissi seruandi, quam ante non potuit inhibere contra ius prætorium, contra ius publicum. nam nisi lex permiserit, nihil testatori licet statuere in suo testamento contra ius ciuile; vel prætorium, contra ius publicum. In proposito igitur themate testator, qui fideicommissum reliquit sub conditione non petendæ cautionis fideicommissi, videtur eam cautionem remisisse. Et rata est voluntas testatoris hodie ex ea constitutione, quæ ante non fuit rata. Hoc est certissimum. Nunc sic constituo: in ea conditione, *si fideicommissi cautionem ab herede non petierit*, neque olim, neque hodie stipulationi Mucianæ locum esse posse. hoc cum probaro, rem omnem, quæ possit mouere scrupulum in §. *Titius*, expediero. Hodie non potest in ea conditione stipulationi Mucianæ locus esse, quia remissa videtur hæc conditio : remittitur recte iudicio testatoris, ac rursus ea conditio argumentum remissæ cautionis facit, conditionem non facit. Proinde ea conditio non est conditio: nec spectamus igitur extiterit, an defecerit, *l. licet, vt legat. nom. cau. & l. auia §. vlt. hoc tit.* Olim autem ante constitutionem Diui Marci ea conditio conditionem fecit, conditionis potestatem habuit. Excludebat enim fideicommisso eum, qui cautionem exegisset. Est verum, nec tamen tunc in ea conditione consistere potest vtilitas Mucianæ cautionis in §. *Titius*, hac ratione, quia in iis tantum conditionibus cõsistit vtilitas Mucianæ cautionis, quæ viuo legatario & fideicommissario expleri non possunt, quæ non nisi fine vitæ fideicommissarij expleri possunt, *l. Titio fund. hoc tit. l. seruo §. si testator, ad Trebell.* Illa autem conditio in casu proposito, *si fideicommi. cautionem ab herede non petierit fideicommissarius*, expleri potest viuo fideicommissario. puta præmoriente herede, nulla ab eo petita cautione fideicommissi. Et hoc ita euidenter proponitur in §. *Titius*, , cum scil. heres rogatus est restituere hereditatem post mortem suam sub ea conditione non petendæ cautionis. Sed tamen idem erit dicendum, si non post mortem suam fideicommissum relictum sit ab eo; sed in alium diem certum vel incertum Proponitur species in §. *Titius*, vt contigerat, non quod & in alia specie idem non possit, non debeat responderi. Quare dicimus, non tantum vt proposui §. *hoc Titius*, si post mortem heredis fideicommissum sit relictum, sed etiam si in alium diem certum vel incertum relictum sit fideicõmissum, idem esse : quia eadem ratio est, quia viuo fideicommissario intra eum diem mori heres potest, à quo nõ fuit petita cautio fideicommissi. Plus dico, idem esse in puro fideicommisso. puro, id est, relicto præsenti die sine dilatione vlla temporis aut mora. Nam & de puro fideicõmisso possit peti cautio fideicommissi seruãdi & reddendi. Hoc est certissimum, puta herede litigante & renuente fideicommissum præstare, quia nonnullas moras exercitio litis habet, inter quas posset heres bona fideicommisso subdita dilapidare Et hoc ostenditur in *l. hac stipul. & seq. vt leg. nom. cau. l. vxorem §. vlt. de leg. 3.* Et inter eas moras iudicij siue litis, nondum petita cautione mori heres potest viuo fideicommissario, atque ita morte heredis impletur ea conditio non petendæ cautionis ab herede superstite fideicommissario. Nihil igitur refert fideicommissum illud relictum sit post mortem heredis, an in alium diem certum vel incertum, an pure sub ea conditione non petendæ cautionis : quoniam quocumque casu, vel quocumque modo relictum sit fideicommissum sub ea conditione, non potest in ea conditione

A vsus esse stipulationis Mucianæ. Denique quod notandum maxime, nullus casus inueniri potest, in quo in conditione non petendæ cautionis fideicommissi seruandi, possit esse locus stipulationi Mucianæ, quia & post præstitum fideicommissum frustra caueret fideicommissarius, se non petiturum cautionem, quia vtique iam constat frustra peti: frustra enim peto mihi caueri de seruando & præstando eo, quod mihi iam præstitum est, quodque ipse iam mihi seruare debeo, non alius. ergo nihil nos moueat qui opponitur §. *Titius*: nam etsi pure fideicommissum relictum sit sub ea conditione, sane non potest in ea conditione interuenire stipulatio Muciana. Et hæc pauca soluent omnem dubitationem quæ fuit, omnibus perspicuis modo, etiam plane absoluta B sententia §. *Titius*. Quod sequitur in §. *quid ergo, de conditione non reddendæ rationis*, eam iam satis exposui. quæ autem sequentur in §. *si arbitratu*, & §. *Mæuia*, sunt explicanda.

Ad §. si arbitratu, & §. seq.

Si arbitratu Titij Seia nupserit, heres meus ei fundum dato : viuo Titio etiam sine arbitrio Titij eam nubentem legatum accipere respondendum est, eamque legis sententiam videri, ne quod omnino impedimentum nuptiis inferatur. Sed si Titius viuo testatore decedat, licet conditio deficiat, quia tamen suspensa quoque pro nihilo foret, mulieri succurretur.

C §. 5. ¶ *Mæuiæ si non nupserit, fundum cum morietur lego: potest dici, etsi nupserit, eam confestim ad legatum admiti. Non idem probatur si certus dies incertusve alius legato fuerit adscriptus.*

IAm cœpi dicere, ea pertinere ad caput legis Iuliæ Miscellæ, quæ ad mares pertinet, atque etiam fœminas de indicta viduitate. Caput illud legis Iuliæ eam improbabat. improbatur ergo indicta viduitas viro aut mulieri testamento vel codicillis: vt puta, si quis legatum reliquisset mulieri sub conditione, si non nupserit, lex Iulia mulierẽ admittebat ad legatum, etiamsi nupsisset, perinde atque si conditioni paruisset, *si vidua permansisset*. conditio repugnabat publicæ vtilitati. merito igitur habita est pro non scripta. Et supra adduxi multos locos, qui D pertinent ad illud caput leg. Iuliæ. Omisi addere ex hoc eodem tit. *l. auia §. Titio, & l. Titia.* Species *l. Titiæ* est cognitu dignissima. legaui Titiæ ducenta, *si non nupserit*, & eidem Titiæ, *si nupserit*, legaui centum duntaxat. nupsit: quia nupsit petit centum: quia conditio, si non nupserit, remittitur, & non seruatur ex l. Iulia, petit ducenta. denique petit trecenta, an audienda est? minime: Nam ducẽta, quæ ei relicta sunt sub conditione, *si non nupserit*, accipit perinde atque si nõ nupsisset, hoc est, accipit ea, vt vidua, *l. mulieri, eod. tit.* Ridiculum autem est, eam admitti vt viduam & vt nuptam : non potest vt vidua ducenta capere, & vt nupta centum, sed vel vt nupta hoc capiet, vel vt vidua. Lege Iulia habetur pro vidua, quæ nupta est, quod attinet ad commodum legati relicti sub condi- E tione viduitatis. Etiam valde notanda est species *l. vlt. de statul.* quę ad eam l. pertinet. Species hæc est: legaui mulieri seruum, & adieci, vt liber esset is seruus cum nupsisset mulieri. nubente muliere seruus merito liber fiet, atq; ita quodammodo prohibeo nuptias. plæreque fortasse nõ nuberent metu admittendi serui. Illa nupsit ex l. Iulia, (& vt Græci addunt recte in Basil. ex l. Iulia Miscella, quanquam est in translatione Herueti male translatum *ex Miscella*) puta intra constituta tẽpora, vt est in Apologetico Tertulliani. Denique illa paruit legi Iuliæ, & nupsit intra constituta tempora, an seruus fiet liber? sic videtur. is homo fiet liber, carebit eo homine mulier per nuptias, nec addit rationẽ *d. l. vlt.* Sed est ratio in *l. Titio vsusfr. §. pen. h. t.* quam omisit Accurs. in qua etiam omisit *d. l. vlt.* non potest lex legi magis esse similis. quia po-

ior est legato libertas, præstat fraudari legato mulierem, A quam libertate seruum. sed iterum *d. l. vlt.* dum ait, *ex lege*, de hac lege Iulia Miscella intelligit. Ergo certissimum hoc est, mulierem, cui relictum est legatum sub conditione viduitatis, hoc est, si non nupserit, capere legatū, etiamsi nupserit: huic conditioni non esse parendū. Finge aliter: Ego non relinquam legatum mulieri sub conditione, *si non nupserit*, sed sub alia conditione, quæ tamen idē efficiet, ne nubat, nisi volet cadere legato. non dicam palam, si non nupserit, sed recte hoc modo, *lego centum, si arbitratu Titij nupserit*, non palam prohibeo nuptias, sed volo, vt si nubat, arbitratu Titij nubat. Sane hoc perinde est, atque si dixissem, *si non nupserit*, cum nuptias eius voluerit pendere ex arbitrio alterius: nam quid si Titius arbitrari nolit? quid si nullam conditionem nuptiarum B comprobet? Igitur non tam oportet spectare verba, quam sententiam legis Iuliæ, quæ talis est, vt ne minimū quidem impedimentum inferatur nuptiis. Igitur ex sententia legis Iuliæ, mulier etiamsi nubat sine arbitratu Titij, puta viuo Titio post mortem testatoris capiet legatum, etiamsi nubat inconsulto Titio post mortem testatoris: alioqui nunquam nuberet, forte nunquam nuptiis arbitrium accommodante Titio. Idemque erit, si Titius moriatur viuo testatore, vt ostenditur in hoc §. *si arbitratu, & l. filiæ, in pr. h. t. & l. turpis* §. 1. *de leg. 1.* quo quidem casu deficit conditio illa, *si arbitratu Titij nupserit.* sane deficit Titio moriente viuo testatore, aut Titio moriente, antequam illa velit nubere, vel si nubilis. Igitur etiamsi defecerit conditio admittitur ad legatum, C quia æque admittitur ad legatum, si sit suspensa conditio, vt puta, *si Titius viuat post mortem testatoris.* Et vt ait eleganter Papin. quæ conditio suspensa pro nihilo est, & deficiens igitur habetur etiam pro non adiecta. non obseruo conditionem suspensam: deficiens igitur nihil officiet, non me excludet legato aut fideicommisso, quam suspensam contemno, insuper habeo. percepto legato ea deficiens, aut iuri meo nocere non potest. quæ est sententia §. *si arbitratu.* Pertinet etiam ad caput illud *l. Iulia* §. *Mæuia.* Testator ita dixit: Mæuiæ, *si non nupserit*, deinde adiecit diem incertum, *cum morietur. Mæuia si non nupserit, lego fundum cum morietur.* duo dixit, *si non nupserit.* Deinde adiecit diem incertum, *cum morietur*, nupsit, capiet legatum. Si dixisset tantum, *si non nupserit*, sed quia adiecit, *cum morietur*, an expectanda est mors illius? mi- D nime: imo statim capiet legatum, etiamsi nubat, nec expectanda mors eius, licet testator conditioni adiecerit nominatim, *cum morietur*, quia scil. his verbis omnibus, *si non nupserit, fundum lego ei cum morietur*, videtur dicere testator: si vsque ad vltimum vitæ diem vidua permanserit, quæ conditio remittitur: verba illa, *cum morietur*, seruiunt latiori interpretationi conditionis, id est, *si vsque ad mortem vidua permanserit*: Nam merito adiicias aliud esse dicendum, si huic conditioni, *si non nupserit*, testator adiecerit alium diem certum vel incertum, qui nihil pertineat ad latiorem interpretationem conditionis impositæ, iniunctæ mulieri. vt si dixerit, *si non nupserit post quinquennium, centum dato.* Hoc casu conditio quidem remittitur; nam etiamsi nupserit, non ideo mi- E nus perueniet ad legatum, sed oportet expectare quinquennium. Quod congruit cum *l.* 8. §. *si qui sub cond. de cond. inst.*

Ad 3. §§§. sequentes.

Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohæret, sed plerunque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse.

§. 7. *Falsam conditionem Cassius & Cælius Sabinus impossibilem esse dixerunt, veluti Pamphilus si quod Titio debet, soluerit, liber esto. Si modo nihil Titio fuit debitum, quod post testamentum factum testator pecuniam exsoluit, defecisse conditionem intelligi*

§. *vlt. Falsam legati demonstrationem non facere legatum, Sabinus respondit, veluti si quis cum Titio nihil legasset, ita scriptum reliquit: ex centum, quæ Titio legaui, quinquaginta heres Seio dato, idque sumpsit ex defuncti voluntate, quia non animo legandi, sed diminuendi legatum, quod falsò datum existimaret. ita scriberet, propter falsam tamen demonstrationem legati non plus Seius adsequetur, quam si vere demonstratum fuisset.*

EST de falsa causa, vel demonstratione adiecta legato vel fideicommisso, aut libertati aut institutioni heredis. Ac primum igitur de falsa causa legati. Causa est ratio legandi in præteritum tempus collata, vt si ita legauero: *lego Titio centum, quia negotia mea curauit: lego Titio centum, quia mihi patrocinatus est in causa capitali, vel existimationis.* Causa igitur est, propter quam lego, quæ iam est præterita. Et hæc causa, etiamsi falsa sit, non vitiat legatum. Legaui tibi, quia *negotia mea curasti, neque tamē ea curasti vnquam*, an nullum est legatum? minime. falsa causa non vitiat legatum, *quia ratio legandi*, inquit Papinian. *non cohæret legato*, id est, legatum constat etiam sine ratione, sicut donatio quęlibet. superuacua est igitur rationis adiectio: & superuacanea nunquam nocent, *l. testam. C. de testam.* Et hoc ita procedit, nisi probetur testatorem alias legaturum non fuisse, §. *falsam causam, infra.* cuius rei exemplum est in *l. vlt. de hered. inst.* Addenda est etiam alia exceptio, nisi causa conditionaliter enuntietur, puta hoc modo, *lego Titio centum, si negotia mea curauit, si frater eius ex arca mea tot aureos sumpsit.* Sic est Flor. recte *l. demonstratio* §. *quod autem, de cōd. & dem.* non *si curauerit, si sumpserit.* sic etiam scribendum in §. *longe, Inst. de leg.* Ergo cum ita legauit, lego Titio centum, *si negotia mea curauerit*, sane non debetur legatum, nisi olim curauerit negotia testatoris. Multum interest, dixeris, *si*, an *quia. Si*, est dubitantis, *quia*, confirmantis: *si*, non confirmat, etiamsi præterito iungatur. cum tamen *si*, quandoque pro *quia* ponatur, & confirmare quandoque eum articulum interpretes volunt vt illo loco: *si qua pios respectant numina, &, vestro si munere tellus, &c.* vbi interpretes dicunt *si* accipi pro *si quidē* seu pro *quia*, vt vulgo dicimus. Sed manifestum ex *d. l. demonstratio*, multum interesse dixeris, *quia negotia mea curauit*, an vero, *si negotia.* Hoc postremum, quod ita est conceptum, extitisse necesse est, vt legato sit locus: illud extitisse non est necesse, quia illo sermone ratio demonstratur, hoc vero conditio. Et hæc quidem de causa, de ratione legandi præterita. Alia est causa legandi futura, quæ proprie dicitur modus vel res, vt *ob rem dare* dicitur, quod datur ob causam futuram proprie, & ob causam dari, quod datur ob causam præteritam. Alia igitur est ratio legandi præterita, quæ non habet aliud nomen, quam causæ. Alia est ratio legandi futura, quæ dicitur modus aut res, vt *lego tibi, vt monumentum facias mihi meisque.* Et hæc ratio siue causa futura, si sit fasa, puta, *si impossibilis sit*: Nam quodcumque est impossibile & falsum est, *Aristot. 5. Metaphys. ad fin.* vt si ita dixero, *lego tibi fundum, vt in cœlum ascendas.* Hæc enim causa non vitiat legatum, quæ est falsa & impossibilis, non vitiat fideicommissum, vel libertatem vel institutionem, *l. 1. de cond. instit. si sub impossibili conditione, vel alio modo*, sic habent Flor. non *modo*, vt vulgo, factam institutionem placet non vitiari, placet valere. Quæ sententia pertinet ad legata, & alia quæ in testamentis relinquuntur. Impossibilis conditio adscripta, in testamento habetur pro mendo, & ideo habetur pro non scripta. Est vitium & mendum, *l. hereditas, de hered. instit.* Vitium non vitiat scripturam testamenti sub impossibili conditione, id est, sub falsa causa, sub falsa demonstratione, sub falso modo, siue impossibili. Falsa conditio vel impossibilis, item demonstratio falsa, causa falsa, hæc vitia non viciant institutionem vel legatum. Non est omittendum, causæ nomen in iure accipi latissime. Causæ nomine significatur

modus, hoc eſt, ratio legandi futura. Cauſæ nomine & ratio legandi præterita ſignificatur & demonſtratur, atque etiam ius ipſum legati, cauſa legati, hoc eſt, legatum, vt cauſa peculij, hoc eſt peculium, cauſa dotis, id eſt, dos. Sed hoc loco ſpecialiter cauſa eſt ratio legandi præterita, quæ tamen etiam dicitur modus in *l. vlt. de hered. inſt.* cum frequentius modus dicatur pro cauſa legandi futura. Sequitur in §. *pen. huius l.* falſam conditionem etiam non vitiare legatum, cuius rei exemplum extat: *Pamphilus liber eſto, ſi quod Titio debeo ſoluerit: vel Caio lego centum, ſi quod Titio debeo ſoluerit.* vera eſt conditio, *ſi quod Titio debeo.* nec legatarius capiet legatum, niſi Titio ſoluerit quod debui. Item non capiet legatum ita relictum, ſi ego poſt teſtamentum factum Titio ſoluero, quia conditio legati defeciſſe intelligitur: neque enim iam poteſt impleri à legatario, & conditio ſemel defecta non reſumitur. At falſa eſt hæc conditio, ſi nihil Titio debui, *lego tibi fundum, ſi quod Titio debeo, ſolueris.* nihil Titio debeo, an perueniet ad legatum? Sic ſane, quia ea conditio falſa eſt & impoſſibilis. Ea, inquam, conditio eſt impoſſibilis, ergo falſa: quod eleganter demonſtrat Papin. his verbis, *falſam conditionem.* Notandum eſt falſam conditionem non vitiare legatum præteritum, *l. demōſtratio, l. falſa, l. nominatim, hoc tit. l. Quintus, de auro & arg. leg.* Proponamus exempla. *lego Titio fundum Cornelianum, quem de Caio emi.* non de Caio emi, ſed alia ratione illum fundum acquiſiui: non ideo minus debetur fundus, qui demonſtratus eſt proprio nomine ſatis: & adiectio illa, quem de Titio emi, eſt ſuperuacua. Superuacuus ſermo non vitiat id, quod agitur, atque ita non ſpectatur vnquam, verus ſit an falſus. Quod ex abundanti adiicitur, pro nihilo eſt. Vel finge: ita caui teſtamento; *lego Titio decem, quæ ei debeo, Titio nihil debeo, an debentur decem?* Debentur, quia falſa demonſtratio nihil nocet, *l. 2. C. de falſa cauſa adi. leg. l. ſi ſic* §. 1. *de leg.* 1. vel etiam legaui hoc modo vxori: *vxori lego fundum Cornel.* vel, *vxori lego decem quæ mihi in dotem dedit.* cum fundum vero mulier, eaue decem in dotem non dedit. an perueniet ad legatum? Sic ſane, *l. quib.* §. *quæ dot. h. tit. l. 1.* §. *ſi quis vxori, de dote præleg. l. ſi diuortio, de verb. obl. & l. 3. & vlt. C. de falſa cauſa ad. leg.* §. *ſed ſi vxori, Inſt. de leg.* Neque aduerſus hanc facit *l. is qui* §. *ei qui dotem, de leg. præſt. inf.* ad quam Accurſ. ex Azone illo loco, & plenius in *l. 3. C. de falſ. cau.* reſpondit. Et breuiter reſponſio eſt talis: ex teſtamento iuſto, non iniuſto, debetur legatum dotis nomine relictum, etiamſi nunquam res legata dotis fuerit, quia falſa demonſtratio non vitiat legatum rei certæ vel ſummæ certæ: alioqui ſi legauerit dotem ſimpliciter, nec vlla eſſet dos, inutile eſſet legatum. Sed ſi legauero certam rem vel ſummam dotis nomine, nihil nocet adiectio dotis, etiamſi falſa ſit. Hoc in teſtamento iuſto nec reſciſſo. Aliud eſt iuris in teſtamento reſciſſo per bonorum poſſeſ. contra tabulas, quo remedio reſcinditur totum teſtamentum, reſcinditur inſtitutio, reſcinduntur legata. Excipiuntur tamen edicto prætoris *de leg. præſt.* legata relicta parentibus & liberis. Excipiuntur etiam relicta vxori vel nurui dotis nomine, vt ſi legauerit vxori certam ſummam, quam ab ea acceperat in dotem, neceſſe eſt, vt reuera acceperit in dotem, vt conſiſtat legatum: Nam ſi non acceperit dotem, ei non conſeruabitur legatum certæ rei vel ſummæ, quamuis ſit relictum prætextu dotis; nam ea legata, quæ non reſcinduntur, non temere non ſeruamus, aut non temere ſtatuimus, non eſſe reſciſſa. Ergo concludamus ex ſuperioribus, falſam cauſam, ſiue ea ſit præterita, ſiue futura, id eſt, rationem legandi præteritam vel futuram, falſam conditionem vel demonſtrationem, non perimere legatum. Huic concluſioni obſtat *l. ſi ſic* §. 1. *de leg.* 1. quæ lex differentiam facit inter falſam demonſtrationem, & falſam conditionem ſiue cauſam. Falſam demonſtrationem ait, non vitiare legatum: falſam conditionem ſiue cauſam aperte ait vitiare legatum. Sed ne ſim longus, illo loco

A conditio, & cauſa, alio ſenſu accipitur. Cōditio illo loco non eſt adiectio, quæ ſuſpendit legatum, cauſa non eſt ratio legandi, ſed vtroque nomine ſignificatur ius ipſum legati, ſubſtantia legati, ſtatus legati, & id ipſum quod legatur, & vt ante dixi, ſicut dotis cauſa, id eſt, dos, & ita legati cauſa, id eſt, legatum, quomodo & alij auctores frequentiſſime vtuntur, cauſa poſſeſſionis, hoc eſt, poſſeſſio, cauſa venditionis, hoc eſt, venditio, & ſimiliter conditio legati, id eſt, ſtatus legati, & res ipſa, quæ eſt in legato. Quod etiam *d. lex ſi ſic* § 1. demonſtrat hoc exemplo: *legaui primo decem, quæ mihi ſecundus debet.* ſecundus nihil debet, nullum eſt legatum, quia ſcil. legaui nomen, hoc eſt, debitum, non quantitatem. Idque euidenter apparet ex eo, quod ſi debuerit ea decem heres legatario non cogitur præſtare decem, ſed libera-
B tur præſtando actionem aduerſus ſecundum. quia non quantitas eſt in legato, ſed obligatio. Igitur ſi obligatio nulla ſit, id eſt, ſi ſecundus nihil debeat, conſequens eſt, nullum eſſe legatum: ſicut ſi lego tibi rem, quæ non ſit in rerum natura, nullum eſt legatum, deficit ſubſtantia legati, cauſa & ſtatus, quod cōfirmat *l. cum illud* §. 1. *quan. dies leg. ced.* Eadem erunt omnino, ſi dixerit, *decem, quæ mihi Titius debet, heres meus damnas eſto illi dare,* id eſt, ei condonare & remittere, nihil mihi Titius debet: inutile eſt legatum, quia liberationem legaui, non quantitatem, & non obligato homini liberatio inutiliter legatur, *l. legatum, & l. 62.* §. *penul. de lib. leg. l. ſi ſeruus* §. *qui quinque de leg.* 1. At priore caſu, ſi legaui Titio decem, quæ ei debeo, ſi nihil debeo, ei nihilominus debentur decem iure legati, quia quantitatem legaui, non obligationem quā-
C titatis. Ergo nemo legat obligationem paſſiuam, qua ipſe eſt obſtrictus, ſed actiuam, qua alium obſtrictum habet, & eſſem ridiculus, ſi ego legarem tibi obligationem, qua tibi ſum obſtrictus. Leguntur actiua nomina, non paſſiua. Denique his verbis quantitatem legari, non obligationem. Quantitas eſt certa, quæ debebatur. Hæc verba, *quæ Titio debeo,* pro demonſtratione ſunt, illa autem verba, *quæ mihi Titius debet,* ſunt pro iure legati ipſo & ſubſtantia, ſicut ſi dixerit, *decem, quæ ſunt in arca mea,* ſi nihil ſit in arca, nihil debetur, quia deficit ſubſtantia legati. Neque enim ſimpliciter decem legauit, ſed illa decem, quæ ſunt in arca, ſi nulla ſint in arca, & nullum erit legatum, *d. l. ſi ſeruus legatus.* §. *quinque, l. 1.* §. *ſed et ſi. de dote præleg.* Illis verbis, *decem, quæ ſunt in arca,* demon-
D ſtratur, me legare certa corpora nummorum; illis *decem, quæ Titius debeo,* demonſtro me legare nomen Titij & actionem, qua Titius mihi tenetur. Duplex eſt demonſtratio. alia neceſſaria, quæ rem ipſam, quæ legatum oſtendit: hęc ſi falſa ſit, ſi nulla, nullum eſt legatum, quia eſt ſtatus & cauſa legati principalis potius, quam demōſtratio. Eſt enim proprie demōſtratio acceſſio; Alia eſt, quæ eſt abundans acceſſio & ſuperuacua, quæ rei certæ adiicitur, & ſi non demonſtratæ. hæc ſi falſa ſit, non vitiat legatum. Falſa demonſtratio igitur, quæ ſcilicet abundat, nec neceſſario adiicitur rei, de qua ſatis conſtat, non vitiat legatum. Addamus, non facit etiam legatum, quod oſtenditur in §. *vlt. hoc tit.* vt in hoc caſu, teſtator ita dixit, *ex cētum quæ Titio legaui, Caio lego quin-*
E *quaginta.* falſa eſt demonſtratio, quia Titio nihil legaui, non vitiat legatum relictum Caio, *ex centum quæ Titio legaui, quinquaginta heres Seio dato.* Seio debentur quinquaginta, non vitiatur legatum, etiamſi Titio nihil ſit legatum, ſed Titio nihil debetur, quia non fuit ei mens legandi Titio, ſed diminuendi legati, quod falſo ſibi præſumpſerat, & perſuaſerat ſe Titio reliquiſſe. Summa igitur hæc ſit: falſam demonſtrationem non extinguere legatum, ſed non etiam facere. Ad hæc pertinet *l. cum illud. quand. dies leg. ced.*

Ad l. 25. quand. dies leg. ced.

Cum illud aut illud legatur, enumeratio plurium rerum di-

siunctiuo modo comprehensa, plura legata nõ facit. Nec aliud probari poterit, si pure fundum alterum, vel alterum sub conditione legauerit. Nam pendente conditione non erit electio, nec si moriatur ad heredem transisse legatum videbitur.

INitio legis, *cum illud*, hoc proponitur, si legetur *illud vel illud*, si legetur *seruus*, *& fundus*, hæc enumeratio singularum rerum posita coniunctim, plura legata facit. Nam quot sunt res, tot sunt legata, *l. 2. de leg. 2.* nomine generis, si legentur plures res, atque ita nec enumerentur, vt si legetur grex, si legetur peculium, si instrumentum fundi, si argentum, id est, vasa argentea, si vestes omnes, scil. si suppellex, si pecus, vnum est legatum, & singulare nomen generis contrahit legatum. Enumeratio autem singularum rerum dispergit legatum, id est, plura legata efficit, hoc est, quod Dialectici dicunt, τὸ μέρος εἶναι συστηματικὸν καὶ περὶ τῶνδε καθ᾽ ἕκαστα εἶναι διαιρετικόν. Ergo enumeratio, singularum rerum enumeratio τῶν καθ᾽ ἕκαστα, plura legata facit, scil. si factum sit coniunctiuo modo. Nam si factum sit disiunctiuo modo, vt si legetur, *illud aut illud, fundus aut pecunia*, vnum tantum est legatum; & res ea tantum erit in legato, quam elegerit legatarius, vel quam elegerit heres, si electio heredis fuerit. Est autem regulariter electio legatarij, cum legatur *illud aut illud*, si legetur per vindicationem, *l. 19. & 23. de leg. 2. l. plane § pen. de leg. 1.* si per damnationem, electio est heredis, *damnas esto dare illud, aut illud*, dabit quod volet, nisi testator nominatim legatario electionem reseruauerit hoc modo, *damnas esto dare illud, aut illud*, vtrum volet, *l. si ita relictum §. vlt. de leg. 2.* Ergo si eidem legetur illud aut illud, vnum est legatum, nec quicquam interest ab vno herede ei legetur, an duobus vel pluribus, veluti ab vno illud, ab altero illud: nihil denique interest illud aut illud, eidem ab vno, an à diuersis legetur: nihil etiam interest vtrum pure legetur, an sub contrariis conditionibus hoc modo, *Titio lego fundum Cornelianum si nauis ex Asia venerit, aut si non venerit, fundum Tusculanum.* nam etiamsi diuersis legetur illud aut illud, illud Titio aut illud Seio, nihil refert pure leget, an sub conditionibus contrariis, quoniam vtrobique vnum legatum est, *l. si dos, de leg. 2.* Et ita quoque, quod pertinet proprie ad hanc legem, nihil interest eidem an diuersis pure legetur aut illud, sub conditione hoc modo, *lego Titio fundum Cornelianum aut si nauis ex Asia venerit fundum Tusculanum.* nam & hoc casu vnum legatum est, & non plura, neque enim inanis est inquisitio. Sequuntur effectus inde innumeri, ex quibus patefaciam modo nonnullos. si fundus alter legetur pure, aut alter fundus sub conditione, *si nauis ex Asia venerit*, vel sub alia simili, vnum est legatum. Hoc Papinianus comprobat hoc loco subtilissimo argumento. si duo essent legata non vnum, sua cuique legato esset dies, qua cederet, duobus diebus cederent, legatum purum cederet statim à morte testatoris, legatum conditionale à die existentis conditionis. atqui nulla fuit dierum diuisio, sed totius huius legati dies vnus, licet vnum purum sit, alterũ cõditionale, quod vtrũque vnum tantũ efficit, duo quodammodo efficiunt vnum: totius inquam eius legati dies cedit à tẽpore existentis conditionis, quia nec antequam extiterit conditio, electioni locus esse potest, hoc est, legatarius non potest eligere, hoc an illud legatum amplecti malit, quoniam nondum est delatum vtrumq;. Et hoc genere legati electio tantum datur illius, aut illius fundi, non legatur fundus coniunctim vterque: Quæ quidem electio, vt manifestum est, si non competit antequam extiterit conditio, consequens est, nec vlla ex parte cedere diem, antequam extiterit conditio. Ergo vnum est legatum. Ex quo efficitur, moriente legatario ante diem legati cedentem, id est, antequam extiterit conditio, vt nec fundi pure relicti petitio transmittatur in heredem eius, quia non transmitto in heredem nisi id legatum, cuius causa à me cœpit, id est, cuius dies me viuo aut moriente cessit. Denique hoc casu neque trans-

A mitto fundum sub conditione relictum, quia mortuus sum pendente conditione, cum nondum cessisset dies, neque transmitto etiam fundum pure relictum, quia nec eius dum cesserat dies, nec enim cedit dies antequam possim eligere fundum illum, si nominatim pure mihi relictum est, atque eligere non possum, nisi & alterum eligere possim, & alterum eligere non possum ante conditionem, neutrum igitur. Denique neutrius dies cedit ante conditionem, & consequenter, si interim moriar, nihil transfero in heredem meum ex eo legato. quæ est sententia Papiniani in hoc loco. Quid vocat legatum? non illud neque illud, sed illud aut illud. Et idem procedit in specie legis, *cum ita in pr. hoc tit.* Ita legaui: *Titio lego Stichum, aut quod ex Pamphila nascetur.*
B non ante cedet dies legati, quam Pamphila pepererit, purum est legatum, & vnius istius legati dies nulla ex parte cedit, antequam Pamphila pepererit, & si legatarius moriatur viua Pamphila, antequam pepererit, nihil omnino transfert in heredem suum. Eadem est ratio huius casus. Sed obstat valde huic definitioni nostræ *l. si vsusfr. hoc tit.* non lex *si penum*, vt Accurs. notauit. Ad quam quemadmodum respondendum sit Accurs. intellexit, sed tradidit satis obscure, & indiget illius responsio tibicine. Principia iuris hæc sunt, regulariter diem legati cedere à morte testatoris, quæ cessio ad trãsmissionem proficit: Nam si post mortem testatoris moriatur legatarius, transmittit legatum ad heredem, etiamsi nondum acceperit aut vindicauerit; sed si decesserit viuo te-
C statore nihil transmittit, quia mortuus est legatarius antequam dies legati cessisset. Regulariter, quando dies cedit à morte testatoris, si legetur mihi pecunia certa, dies legati cedit à morte testatoris. excipitur vsusfr. & alia quædam. Sed res exigit, vt agamus de vsufructu, qui cedit, non à morte, sed ab aditione hereditatis, *l. 5. hoc tit.* Ergo legatum pecuniæ cedit à morte, legatum vsusfr. tardius cedit, nempe ab aditione. Nunc finge: legaui Titio vsumfructum, aut decem: vnum est legatum, in quo etiamsi contineatur pecunia, tamen non cedit à morte testatoris, sed cedit ab aditione hereditatis. sed si pendente conditione moriatur Titius, sane non transmittit legatum vsusfructus, quod finitur morte. an transmittit legatum pecuniæ? Et lex ait, legatarium morientem pendente aditione hereditatis transmittere
D legatum pecuniæ in heredem suum. Quod pugnat omnino cum his, quæ dixi. Sed ratio, quæ redditur perobscure etiam in *d. l. si vsusfr.* pro responsione sufficit: quia, inquit, mortuo legatario dies legati cedit, viuo legatario dies legati non cedit, antequam adierit heres, vt diximus ante, mortuo legatario, id est in ipso momento, quo mortuus est legatarius, quo scil. momento certum esse cœpit vsumfr. in eius persona non posse consistere, etiãsi eo ipso momento adiretur hereditas, quia & in tempus mortis legatarij vsusfr. conferretur inutiliter, *l. Titio, de vsufr.* Hoc, inquam, casu propter eam rationem dies pecuniæ legatæ retro cessisse videtur à morte testatoris. Ergo transmittitur legatum in heredem legatarij. Quod demonstratur etiam alio exemplo in *d. l. si vsusf.* legaui mulieri decem pure, aut si pepererit, fundum. dies legati
E non cedit, antequam pepererit. sed si morietur antequã pepererit, legatum pecuniæ transmittit in heredem suũ, quia moriente ea dies legati cessit: viua ea non cederet dies legati, antequam pepererit, ante conditionem, id est, ante editionem partus: moriente ea, quia in ipso articulo legatum fundi extinguitur, quoniam certum esse cœpit iam parere eam non posse, dies legatæ pecuniæ retro cessisse videtur à morte testatoris. ergo transmittitur. Quæ est sententia *d. l. si vsusfr.* Sed alia est ratio legati relicti ita vt proponitur in hac *l. cum illud, & l. cum ita.* Finge: lego Titio fundum Cornelianum, aut si nauis ex Asia venerit fundum Tusculanum, vel aliter: lego Titio centum, aut si Caio dederit decem, fundum Cornelianum, si moriatur Titius ante impletam conditionem,

tionem nihil transmittit in heredem suum, quia hæ conditiones, aut similes impleri poterunt moriente eo priore vltimo vitæ momento eius, quia magis vitę deputatur, quam morti. Hæ conditiones impleri poterunt moriente eo, puta vltimo vitæ momento eius, quod vitæ deputatur potius, quam morti. potuit nauis ex Asia venire, potuere Caio dari decem per alium eius nomine, *l. vlt. de cond. inst.* Hæ igitur conditiones moriente eo impleri potuerunt. Quæ res efficit, vt viuo eo, si non fuerint impletæ, vel moriente, quod tempus magis vitæ, quam morti deputetur, non videatur cessisse dies legati fundi Corneliani, vel decem. quod si non cessit, nec transmissio est vlla legati. Hæc valde aperiunt ingenium. Vnum tantum proponam, si illud aut illud legetur, vnum est legatum. Obstant tria huic definitioni. primum si illud aut illud legetur, vtrumque est in obligatione, *l. si duo rei, de verb. oblig.* Hoc est certissimum. si vtrumque est in obligatione, & in legato igitur: nam legatum est causa obligationis, & si vtrumque est in legato, duo sunt legata. Neganda est consequentia: non enim ideo, quod vtrumque sit in obligatione, vel in legato, duo sunt legata: nam vtrumque est in legato, non vt petatur vtrumque, sed vt eligatur alterutrum. ante electionem vtrumque est in obligatione disiunctiuo modo, non coniunctiuo. post electionem ea res sola est in obligatione, quæ electa est, vt ait eleganter lex 112. *de verb. obligat.* Ergo nec ante electionem proprie vtrumque debetur. Quid debetur proprie? quod peti potest, vtrumque peti non potest, aut qui petat vtrumque, plus petat causa. Ergo vtrumque non debetur proprie. hæc duo verba commeant semper, debetur & petitur, *l. ita stipul. de verb. oblig.* Sed si quid ita sit in legato, vt vtrumque peti possit: tunc sane duo sunt legata. vtrumque vel coniunctim accipitur, vel disiunctim. vtrumque, id est, illud & illud, & Latini sæpe vtrumque, id est, alterutrum. Fallacia est, non vno modo accipis vtrumque, si ego accipiam altero, vt si cõiunctim tu, ego disiunctim accipiam. Obstat huic regulæ lex 8. §. 1. *de leg.* 2. quæ ait, duo esse legata, si ita legauerim: *Titio decem, aut si noluerit ea decem, Stichum do, lego,* sed vnico Titium contentum esse debere. Sed respondeo ex eo §. confirmari potius regulam superiorem: namque ait, hoc casu duo esse legata. Cum dicat, hoc casu duo esse legata, significat aliis casibus duo non esse legata, & regulariter igitur vnum legatum esse. Cur vero hoc casu duo sunt legata videamus. Et ratio sumitur ex illis verbis, *si noluerit*, quia ita dixit, *Titio decem, aut si noluerit decem, Stichum lego*, quæ verba efficiunt, vt Stichus peti non possit vel exigi antequam pecunia repudiata sit. Cedit ergo dies pecuniæ primum, & ea repudiata, tum cedit dies Stichi legati. Duo sunt dies, ergo duo sunt legata, & aliud alij quasi vicarium & succedaneum. vnius legati dies, quibus cedat, duo esse non possunt, quæ ratio est manifesta, cuius tamen odorem Baldus nullum sensit, Accurs. suboluit: vt si ita legauit, *decem aut Sticum do, lego*, non inferendo illa verba, *si noluerit decem*, proculdubio vnus dies est legati, vt intelleximus ex initio *l. cum illud.* Vnum est igitur legatum alterutrius rei, vnum legatum in alterutra causa, vt ait *l.* 8. §. *vlt. de legat.* 1. Hoc apertissimum. Sed obstat etiam superiori regulæ *l. plane* §. *pen. de legat.* 1. quæ, si legetur fundus aut vsusf. disiunctiuo modo, ait, duo esse legata, & in arbitrio esse legatarij, an velit fundum vindicare, an velit esse contentus vsufr. Plerunque contenti sumus leuiori legato, & pinguia spernimus, quidni? Cum & legatum omne sint sæpe qui spernant, & repudient. potest quis certa ratione duci, vt malit vsumfruct. quam fundum plenum, vel vt gratificetur heredi, vel fastidio quodam honoris sibi delati, aut dum quis non vult videri auarus in exigendo legato, hoc non debet mirum videri. Hoc igitur mittamus & interea retineamus quod lex ait, *si legetur fundus aut vsusfr. duo esse legata*, quod mirum in modum aduersatur superiori re-

A gulæ. Quid respondeamus? Sciendum est, primum fundi appellatione significari plenum dominium, vt appellatione cuiuslibet rei, id est, proprietatem & vsumfr. Ergo qui fundum legat, vsumfr. etiam legat. vsusf. est pars fundi, vel potius, non est certe pars fundi: neque enim est corpus, vt fundus, sed ius incorporale: sed in iure habetur pro parte fundi, ita vt liceat Iureconsulto dicere, vsusfr. est pars fundi, quod non liceret philosopho, *d. l. si Titio, de vsufr.* vbi id latius exposui. Item sciendum est, vnum legatum non posse scindi à legatario. scinditur, si legatarius partem legati amplectatur, partem respuat. legatum est honor: honorem neque decet, neque licet fastidire insipide & inconstanter: aut suscipi omnis debet ex integro aut nullus. hereditatem non possum adi-

B re pro parte, & repudiare pro parte: hanc superbiam, hanc incõstantiam: hoc fastidium non recipimus. Exemplum hereditatis sequimur in legato, si duo sunt legata, vt si legetur fundus vel pecunia coniunctiuo modo, sane possum fundum amplecti, pecuniam spernere, vt cõtra pecuniam amplecti, fundum spernere, quia non discindo legatum, non illud discindo, & non etiam illud, neutrum discindo, sed illud amplector, illud non amplector. Duo sunt legata, illud volo, illud nolo, *l.* 4. 5. & 6. *de leg.* 1. Et vt posui, legato mihi fundo & pecunia certa, non possum partem fundi petere, & partem pecuniæ, cæteras partes negligere, quia scindo legatum, scindo & dissipo iudiciũ defuncti. Idemque erit omnino, si disiunctiuo modo legetur fundus, aut pecunia certa, quamuis eo casu vnum sit legatum, non duo, non possum eligere fundum inte-

C grum vel summam integram. quicquam non dissipo, quia non scindo quicquam hoc modo. verum non possum petere partem fundi, & partem pecunię quia scindo legatũ, *l.* 8. §. *vlt. de leg.* 2. Quid igitur, si legatur fundus, aut vsusfruct. eiusdem fundi, quę est species *d. l. plane* §. *pen.* an possum eligere vsumfructum? quod non videtur, quia eligendo vsumfr. scindo legatum fundi, cuius pars vsusfr. est. Atqui hoc est contra voluntatem defuncti, vt non possim eligere. Ergo quod ad hanc regulam attinet, ne quid fiat contra voluntatem, melius est, vt dicamus, duo esse legata, & omisso fundo vsumfr. solum eligi posse, sicut si legasset fundum aut partem fundi. Si totum quiddam aut partem, si familiam aut vnum ex familia, si gregem aut aliquot capita ex grege, possum totum seu

D vniuersum mittere. & amplecti partem, quasi duobus legatis relictis secundum voluntatem defuncti, qui voluit hoc modo, vt possim fundum scindere admisso vsufr. solo, vel parte fundi tantum. vsusf. electio scissio est fundi. quod admittitur ex voluntate defuncti, quasi relictis duobus legatis. Cum autem legatur fundus aut pecunia certa, pecuniæ electio non est scissio fundi, quia ea pecunia non est pars fundi. Igitur vt pecuniam eligere liceat, non est necesse vt legatum quod est vnum, constituamus esse duplex: quod est necesse legato fundo aut vsufr. vt exitum habeat voluntas defuncti, qui vel vsumf. solum, quamuis sit pars fundi, voluit eligi posse, id est, qui fundum scindi posse, si hoc malit legatarius. Et ita explicanda est, ratio *d.* §. *pen.* ad quod facit *l. Titio, de leg.* 2. *si Titio, de vsuf. leg.* Nunc transeamus ad alteram par-

E tem huius legis.

Ad §. heres.

Heres meus Titio dato, quod mihi Seius debet: si Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepisset, (nec) locupletior factus esset, quia nihil eius debet, nullius momenti legatũ erit. quod si verbo debiti naturalem obligationem, & futuram solutionem cogitauit, interim nihil Titius petet, quasi tacite conditio inserta sit: non secus, ac si ita dixisset, Titio dato, quod pupillus soluerit: vel si legasset, quod ex Arethusa natum erit, vel fructus, qui in illo fundo nascentur. Contrarium non est, quod si medio tempore legatarius moriatur, & postea partus edatur, fructus perueniat, pecuniam pupillus

ex soluat: heres legatarij petitionem habet: namque dies legati, cui conditio non adscribitur, quamuis extrinsecus expectanda sit, cedit.

PRopositio hæc est. testator ita legauit, *heres dato Titio, quod mihi Seius debet*, quibus verbis videtur legasse Titio obligationem Seij, ita vt in hoc tantum teneatur heres legatario, vt ei cedat actionem aduersus Seium. His igitur verbis legauit nomen Seij, quod legari non potuit alio genere, nisi eo, heres dato, hoc est, per damnationem. nomen nunquam legatur per vindicationem. Igitur si nihil debeat Seius, nullum est legatum, quia id, quod legato continetur, non est, quia deficit substantia legati, vt diximus in *l. cum tale, sup.* Nunc finge: Seius defuncto debuit aliquid naturaliter, non ciuiliter, & vt dixi, testator damnauit heredem B dare quod Seius debet, sed naturaliter tantum, non ciuiliter, puta, Seius est pupillus, qui accepit mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate, ex qua factus est locupletior, quæ species ponitur in *l. h.* Certissimum est, pupillum accipientem pecuniam sine tutoris auctoritate, non obligari ciuiliter. Idemque erit, si promiserit pecuniam stipulanti sine tutoris auctoritate: nam & in minore idem iuris est, vt si stipulanti promittat, non obligetur: quia lex Lætoria vetat minorem 25. annis stipulari, id est, promittere. Ergo, hoc est certissimum, pupillum mutuam pecuniam accipientem, & promittentem sine tutoris auctoritate, non obligari ciuiliter. quæritur, an obligetur naturaliter? Sunt hac in re multæ leges, quæ pugnant inuicem, & est summus C omnium labor in eis adducendis in concordiam. fuit mihi olim maximus, & diu in desperatione fui. sed hodie liquido constat, quod posuimus in *l. pupillus, de verb. obligat.* pupillum mutuam pecuniam accipientem sine tutore, obligari naturaliter, si ex ea fuerit factus locupletior. Et ita est accipienda *l. si pupilli, ad leg. Falcid. l. si eius pupilli, ad Trebell. l. 1. de nouat.* vt constat ex *l. naturaliter in fine, & seq. de condict. indeb.* Et notandum est, hac lege nostra, quæ ponit, pupillum obligari naturaliter ex pecunia mutua, pupillum factum locupletiorem: nam pessime vulgo legebatur, *nec locupletior factus esset*. qui articulus *nec* abest à Florentinis, non deest. Est igitur illo loco ἀσύνδετον, hoc est, oratio soluta sine coniunctione, *si pupillus nummos accepisset, si locupletior factus esset*, hoc est, & locupletior, & naturaliter obligatur, *l. pupillus, de obligat. & action. l. quod pupillus, de condict. indeb.* Et hoc D quidem casu, si non esset factus locupletior, non valeret legatum, quod initio proposuimus, herede damnato præstare, quod pupillus deberet: quia nihil deberet, nec ciuiliter, nec naturaliter. at pupillo obligato naturaliter, puta facto locupletiore ex pecunia credita, nonnullas vires habebit legatum, si, vt verisimile est, testator verbo debendi, id est, his verbis significare voluit naturalem obligationem, *l. quibus §. dominus, de condit. & demonstrat.* vt sæpe testatores improprie loqui solent, vt ait lex *non aliter §. pen. de legat. 3.* Proprie enim id tantum debetur, quod peti potest, hoc est, quod ciuiliter debetur. naturale debitum peti non potest, *l. si is, qui nummos §. fundus, de solut. & l. Stichum §. à Titio, eod. tit.* siquidem adhibeatur interpretatio ea, quam tradidimus in *d. l. si pupillus, de verborum obligat.* satis perspicue. Idem ostenditur in *l. fideiussor, l. qui eum, l. heres §. seruo, de fideiussor. l. 1. §. id quod natura, ad legem Falcid.* Denique, quod natura tantum debetur, peti non potest: & hunc tamen habet effectum, quod si sit solutum, non possit etiam repeti quasi indebitum, vt superiores tituli ostendunt, & vt soleo dicere, in eo, quod natura debetur, neque verbo, *peto*, neque verbo *repeto*, est locus: igitur neque est debitum prorsus, neque indebitum: quia nec quasi debitum petitur, nec quasi indebitum repetitur. & consequenter, si in specie

A cie proposita pupillus heredi soluerit, quod naturaliter defuncto debuit, id heres legatario præstare cogitur. non potest ei cedere actionem, siue petitionem debiti, quæ nulla est: sed si pecuniam soluerit, prius debet eam legatario præstare, atque ita hoc legatum nonnullas vires habet, quasi scilicet tacita conditione iniecta legato, *si pupillus heredi soluerit heres dato: quod pupillus mihi debet, si id pupillus tibi soluerit*. sicut si ita legasset palam, *heres dato, quod pupillus tibi soluerit*: nam his verbis etiam inest tacita conditio, si soluerit: sicut si legauero hominem, qui ex illa ancilla nascetur, inest tempus, ita & in hoc legato inest conditio, *si quis nascetur.* Et similiter, si legentur fructus, qui ex fundo nascentur, inest tacita conditio. Quibus omnibus exemplis Papinianus vtitur hoc loco. Ergo in proposito casu, si heres damnetur Titio dare, quod pupillus debuit naturaliter, inest tacita conditio, si pupillus soluerit heredi, quod naturaliter debuit defuncto, quæ tamen conditio tacita non impediet transmissionem: Nam si interim decesserit legatarius, antequam pupillus soluerit heredi, non ideo minus transmittit legatum ad heredem suum, quia tacita conditio non efficit legatum conditionale, quæ venit extrinsecus, vt ait Papinianus in fine huius legis, hoc est, extra scripturam testamenti, quæ non est scripta in testamento, *l. 6. hoc tit. l. in his, l. cond. de cond. & demonstr.* Quæ lex *conditionis* est ex eodem libro, & statim est applicanda ad finem huius legis. Ait enim conditiones, quæ extrinsecus veniunt, vt cum hac lege in fine ait, *quæ extrinsecus veniunt, non ex ipso testamento*, hoc est, quæ tacite insunt, non faciunt legata conditionalia, hoc est, non impediunt transmissionem ad heredes legatariorum. Hæc est sententia huius §. Vnum est notandum, quod omisi. dixi ex naturali obligatione, qua tenetur pupillus, non nasci actionem; est ita secundum ius antiquum, sed hodie ex Constitutione Diui Pij, nascitur vtilis actio, si ex pecunia credita factus est locupletior, *l. pupillus, de auctorit. tutor. l. 3. commod. l. 3. §. pupillus, de negot. gestis.* Ergo post Constitutionem Diui Pij, nempe hodie, maior esset effectus istius legati. Namque heres tenetur hodie legatario cedere vtilem actionem. Sed quod tractat Papinianus in hoc §. ita tractat, ac si non esset Constitutio Diui Pij. Denique tractat de eo, quod obtinuit ante Constitutionem Diui Pij, sicut etiã Scæuola in *l. si pupillus, de verb. obligat.* Et sane idem Papinianus in *l. cum tale §. 1. de condit. & demonstr.* de iure tractat, quod fuit ante Constitutionem Diui Marci. Et ita etiam in *tit. de precario*, sane tractatur de interdicto de precario, respicit tamen ius antiquum: nam hodie non est necesse ire ad interdictum de precario, cum suppetat actio ciuilis ex precario, id est, præscriptis verbis, *l. 2. l. interdictum, l. duo §. vlt.* De precario multa scribunt iuris auctores, de iure antiquo, tanquam de iure recenti, non quod ignorent, antiquum esse, sed quia libeat illis se exercere, quod non est absque fructu: alioquin non recte disputaretur eo modo de quæstione proposita hac *l. cum illud.* nam hodie non esset expectanda solutio, quandoquidem statim heredes tenerentur legatario cedere E actionem.

Ad princip. l. 10. de vsu & habitat.

Si habitatio legetur, an perinde sit, atque si vsus, quæritur? Et effectu quidem idem pene esse legatum vsus & habitationis, & Papin. consensit lib. 18. quæst. Denique donare non poterit, sed eas personas recipiet, quas & vsuarius. ad heredem tamen nec ipsa transit, nec non vtendo amittitur, nec capitis deminutione.

PApinianus citatur ab Vlpiano in *l. 10. in princip. de vsu & habit.* in hanc sententiam: effectus idem pene est legati habitationis, & legati vsus ædium; effectum

pene vtriusque legati eundem esse. Et ita Pomponius in A *l. si quis vnas ædes, de vsufr.* legata habitatione, vel excepta habitatione, vsum ædium exceptum videri. Idem igitur pene est habitatio, & vsus ædium. Quid est *habitatio*? vsus ædium. Quid *vsus*? habitatio ædium. Effectus vtriusque legati idem est: nam vtriusque ius perimitur morte legatarij, nec transit ad heredem. Et inde feudum habitationis dicitur finiri morte accipientis, *lib. 4. feud.* secundum distributionem naturalem *tit. de feud. habitat.* Et vtriusque legati dies cedit ab adita hereditate, non à morte testatoris, *l. 2. l. si habitatio, quando dies leg. ced.* Ac præterea is, cui legata est habitatio, non solus ipse habitare potest, sed eas personas, si velit, recipiet, quas & vsuarius recipere potest, puta familiam suam, vxorem, liberos, seruos, libertos, mercenarios, hospitem, inquilinum, cui forte locauerit cœnaculum ædium, dum ipse B quoque inhabitet, & alias quasdam personas, quæ enumerantur in illo *tit. de vsu & habit.* Item sicut vsuarius vsum alij donare, aut gratis concedere seorsim sine se non potest, *l. 8. eod.* ita etiam is, cui legata est habitatio, non potest seorsim sine se aliis concedere, siue donare habitationem totam, vt est scriptum in *d. l. 10.* Quod Constitutio Iustiniani etiam non permisit, *l. cum antiquitas, C. de vsufr.* quæ loquitur de locatione tantum. vt is, cui habitatio competit, possit etiam alij locare: non permittit etiam donare. plus est donare, quam locare: nam qui locat, fruitur habitatione percipiendo mercedem. Qua ratione, & quod Constitutio ait de locatione, possis trahere ad venditionem, quæ duo negotia simillima sunt, locatio & venditio. Nam & qui vendit, quodammodo C fruitur habitatione, dum pretio fruitur: qui donat, omne ius illud à se alienat. Ergo dicam, hodie etiam non licere donare alij habitationem: nam hoc est ius omne à se abdicare. Constitutio Iustiniani loquitur de locatione, non de donatione. Ex ea Constitutione inducitur vna differentia inter vsum & habitationem, habitationem posse alij locari, vsum non posse alij locari. Plus inesse videri habitationi, quam vsui nudo. Et in aliis causis etiam differentia est inter vsum & habitationem. At recte Papinianus, vt refertur in *l. 10.* dixit, pene idem esse. Primum enim vsus capitis deminutione amittitur: habitatio non item. Et ratio redditur in *l. legatum, de capit. minut.* quia legatum habitationis in facto magis, inquit, quam in iure consistit. Difficilis est ratio, (vt solent sæpe iuris auctores suas astringere rationes) sed dilatanda D est. Vsus iuris est potius, quam facti, hoc est, ius vtendi potius significat ius aliquod, quam actionem seu factum ipsum vtendi, atque ideo facile iure ciuili tollitur, maxime ius tale, quod personæ cohæret, quandoquidem persona capitis deminutione immutatur. Habitatio autem facti est potius, quam iuris; quod facti est, naturale est, quod autem naturale est, iure ciuili non perimitur. Ergo habitatio iure ciuili, hoc est, capitis minutione non perimitur; vsus nomen est iuris, habitatio, facti nomen est. Item vsus amittitur non vtendo, habitatio non amittitur non vtendo, quandiu domus manet, quia scil. vsus nomen refertur ad personam eius, qui vtitur; eo igitur non vtente, vsus disperit; habitatio autem refertur ad E rem ipsam, quæ inhabitatur, adeo vt sæpe accipiatur pro domo. Et vt constat ex *d. l. cum antiquitas*, fecit dubitationem, an habitatione legata, videatur domus legata, hoc est proprietas. Verbum enim habitationis est ambiguum, nam & rem ipsam, quæ inhabitatur, significat, seu proprietatem. Sed in dubio videbitur legasse tantum inhabitationem, habitatione legata, non ædes ipsas, nisi eam fuisse mentem defuncti legatarius probauerit. Potuit enim (*nec mirum*) habitationem accipere pro domo ipsa: vsus nudus numquam accipietur pro domo ipsa. Igitur non est eadem vis vtriusque vocabuli: nec mirum igitur, si non sit per omnia idem effectus vtriusque legati.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XIX. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 7. de iur. & fact. ign.

Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.



Regula est de errore iuris vel potius ignorantia. nam iuris ignorantia stultitia est potius, quam error. Nostri auctores stultitiam vocant iuris ignorantiam, stultum iuris ignarum. Error proprie est ignorantia facti, de qua non est regula in *d. l.* sed de ignorantia iuris tantum. Et est regula, *iuris ignorantiam non prodesse in acquirendo*, id est, si quis aliquid velit acquirere, nihil ei proficiet ad acquirendum ignorantia iuris; iuris item ignorationem non obesse in conseruanda aut persequenda re sua, & vt est in *l. 8. hoc tit.* iuris ignorantiam non prodesse in compendiis, in lucris, si quod captes lucrum: non obesse etiam in damnis amittendæ rei suæ; iuris ignorationem premio non affici, sed neque damno mulctari. Denique ob iuris ignorationem, neque nos expensum captare, nec acceptum metuere. Hæc est regula, quæ ita varie concipi potest, sed nihil ago, nisi declaro, quid sit iuris ignorantia, & quæ sit ratio huius regulæ, & quid iuris ignorantia efficiat, vel non efficiat, & nisi omnia exemplis facio dilucida. Iuris ignorantia, non est ignorantia artis nostræ, sed iuris ignorantia, est ignorantia eius iuris, quod sciunt omnes, etiam plebeij & idiotæ, plerumque rustici. Omnes sciunt ius naturale, id omnes ex natura ipsa hausimus, & ad id non eruditi, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus. Et hoc de iure naturali est certissimum, adeo vt nec ad id pertineat regula; sed ad ius ciuile. Porro omnes sciunt ius ciuile, id est, leges publice propositas, & in æs incisas, aut vt hodie fit, scripturæ expressione frequenti, multiplici diuulgatas passim, & frequentatas. Hæ leges finitæ sunt, sane possunt esse, aut esse debent, vt eleganter ait *l. 2. eod. t.* infinitas leges perdere remp. Solebant olim publice perscribi leges in foro, vel incidi planis literis, vnde de plano recte legi possent. Et iniquissima mens fuit Caligulæ Imperatoris, qui, vt Suet. refert, leges quidem, vt irretiret populum, proponebat minutissimis literis, & angustissimo loco, vt ne cui leges legere & describere liceret, nec tamen ideo minus his legibus teneretur, quod erat iniquissimum, & iusta est earum legum ignorantia. Quod palam publicatum est claris literis, vt legendi sit potestas vnicuique, ius ignorare non possum, aut si ignoro, ipse mihi ignorantiæ causa sum. Quamobrem eo iure teneor, perinde atque si hoc scirem. Lex omnis est publica, nemo ignorare videtur, quod est publicum, hoc est, quod patet omnibus, aut si quis ignorat, pro sciente habetur, alioqui nemo non depelleret publicam vtilitatem. Quod si ex ipsis legibus oriatur aliqua dubitatio, est in vrbe bene constituta copia iuris interpretum, quos licet consulere, quam rationem spectauit *l. regula §. sed iuris ignor. hoc tit.* Et ait recte, ita facile esse ius scire vnicuique quo ciuitas vtitur. Id ergo nescire esse latam culpam, magnam negligentiam, stultitiam nescire, quod sciunt omnes. Et ait Arist. 3. Eth. *puniri eos, qui quid eorum, quæ legibus continentur, ignorauerint, vel oportuit scire, & erat facile ea scire.* Et sane

punitur, qui committit in legem, qui deliquit contra ius, etiamſi obtendat iuris ignorantiam: neque enim cauſatio hæc recipitur, ſiue ſit ius naturale, ſiue ius ciuile. ſane ius naturale neminem excuſat crimine aut pœna, ſi ſit atrocius crimen, qood natura prohibet, vt furtum, homicidium, adulterium: non excuſat fœminam ignorantia iuris naturalis, non minorem 25. annis, non ruſticum, ſed quandoque miſeratio ſexus, vel ruſticitatis, vel ætatis, iudicem perducit ad mediocrem pœnam, *l. auxilium, de minor.* in milite pœna exaſperatur, *l. quædam, de pœn.* At iuris ciuilis ignoratio ſane his pœnis excuſabit fœminam, & ruſticum, & minorem 25. annis, *l. diuus* §. *pen. l.* 5. *ad leg. Cornel. de falſ. l. ſi quis in graui* §. *ſi quis ignorans, l. ſi id quod* §. *doli, de iuriſd. omn. iud. l.* 1. §. *vlt. de edendo, l.* 5. §. *noſtrum, ad l. Iul. de adult.* Punitur etiam dolus, non lata culpa. Citra delicta autem in aliis negotiis gerendis iuris ignoratio nemini nocet, vt ſi indebitum ſoluero per iuris ignorantiam, non ideo mihi eſt deneganda conditio, puta, ſi id nec naturaliter, nec ciuiliter debui: Contra, iuris ciuilis ignoratio etiam non prodeſt, hoc eſt, lucrum non adfert, non prodeſt in lucro, non obeſt in damno: vt ſi per iuris ignorantiam ſoluero indebitum, non ideo condicam, quod nec alias condicerem, non hoc lucro afficiar, quia ius ignoraui, quia res, quam ſolui facta eſt aliena, nec vel remota ignorantia iuris condici poteſt; ac conſequenter ignorantia iuris, etiam condici non poteſt, *l. cum quis, C. de iur. & fact. ign. & l. regulariter* §. *ſi quis, h. tit.* In vſucapione quoque iuris ignorantia non prodeſt, vt ſi emero à pupillo ſine tutoris auctoritate, putans me poſſe id vſucapere, non eſt idonea hæc cauſa ad vſucapionem, *l. numquam, & l. ſi fur. de vſurp. & vſuc. l.* 4. *hoc tit.* Et ſimiliter heredi volenti acquirere hereditatem non prodeſt ignoraſſe ius, quia in acquirenda hereditate præſtituta ſunt quædam tempora, puta centum dies, non prodeſt, inquam, vt poſt ea tempora admittatur. Quod adeo verum eſt, vt nec fœminis ius ignorantib. ſubueniatur in lucris, *l.* 3. *l. quamuis, h. t.* niſi ſint minores 25. annis, nam hoc ætati ſine diſtinctione ſexus ſæpe dari ſolet, etiamſi ius ignorauerit, *l. reg.* §. 1. *h. t.* Mulieribus quoque ſolet ſubueniri ius ignorantibus, ſed non in lucris, *d. l. reg.* §. *ſi quis.* Aliquando etiam ruſticis non habentibus copiam Iuriſconſulti, quem conſulant, ſed raro parcitur ruſticitati ob ignorantiam iuris: aliquando excuſabit ruſticum iudex, ſyluicolam puta qui plerumque iuris eſt ignariſſimus, imo iuris percipiendi incapaciſſimus. Et recte *d. l. regul.* §. *ſed iuris*, ſi non fuerit ruſtico copia Iuriſconſulti: aliquando ſubueniri etiam iis in compendiis. ſed raro, non temere. Regula hæc difficillimos explicatus habet. & cuius periti ita ſunt vulgo interpretes noſtri, vt ad primam quidem partem ſciant multa exempla, ad ſecundam nullum. iuris ignorantia non prodeſt acquirere volentibus, in negotiis ſc. ciuilibus gerendis: neque enim hanc regulam aptari velim ad pœnales cauſas, de quibus tamen poſtea, ſed ad contractus, & alias cauſas non pœnales. Ergo in gerendis ciuilibus negotiis iuris ignorantia non prodeſt acquirere volentibus. Acquiſitio eſt lucrum, quod ſc. obuenit ſine deminutione rei ſuæ: & retro, lucrum eſt acquiſitio rei alienæ ex cauſa lucratiua, non oneroſa. quod acquirimus ex venditione emptione, non eſt lucrum, ſi emero vero pretio, quod acquiro ex legato, ex donatione, eſt lucrū. Lucrum eſt, quod ex alieno mihi obuenit ſine vllo onere meo. Quæ ſententia huius partis eſt, iuris ignorantiam in lucris non prodeſſe, in acquiſitionib. lucratiuis, vt quemadmodum in *l.* 45. iuris ignorantia non prodeſt in vſucapione: vſucapio eſt acquiſitio lucratiua, eſt lucrum coniunctum cum alieno detrimento, *l.* 18. & 19. *ex quib. cau. maior.* Ergo in vſucapione nunquam prodeſt iuris ignorantia, hoc eſt, ignoranti ius non procedit vſucapio. Exempli gratia, non poſſum vſucapere rem, quam à pupillo emi ſine tutoris auctoritate, etiamſi pu-

A tem, me eam rem iure emiſſe: neque enim exiſtimatio mea eſt ignoratio iuris, *l. nunquam, in prin. de vſuc. l.* 2. §. *ſi à pup. pro empt.* non poſſum etiam vſucapere, quod licet mihi vſucapere, ſi ignarus iuris putem, id me vſucapere non poſſe, *l. ſi fur.* §. 1. *de vſuc.* Quod notandum. Neque huic exemplo obſtat *l. iuſto* §. *filius, de vſuc.* in cuius ſpecie poſſidet quis, quod poteſt poſſidere, licet putet ſe id non poſſe poſſidere. Cur ergo etiam non vſucapit quis, quod poteſt vſucapere, licet putet ſe id non poſſe vſucapere? Et eſt ſpecies §. *filiusfamil.* huiuſmodi. Sciendum eſt filiumfam. peculium non poſſidere, aut rem peculiarem ſibi, ſed patri; filium igitur tenere quidem rem peculiarem corporaliter, ſed non poſſidere, quia ius peculij ad patrem pertinet: non poſſidet rem ex cauſa peculiari B quæſitam, quia & hæc res eſt peculiaris. Hoc eſt certiſſimum. Finge nunc: filiusfam. emit rem alienam, ignorans eſſe alienam, à non domino; atque etiam ignorans ſe patremfam. factum morte patris: putabat ſe eſſe filiumfam. & erat paterfam. ac in ea cum eſſet opinione, rem quam emerat ſibi traditam, cœpit poſſidere, exiſtimans ſe eſſe filiumfam. atque ita ignorans, ſe eam poſſe poſſidere, non ignorans filiumfam. qualem ſe eſſe putabat non poſſe poſſidere rem peculiarem, an poſſidet & vſucapit? ſic videtur, quia plus eſt in re, quam in opinione, & eſt paterfam. reuera, & poſſidere eam rem poteſt, ac vere nihilominus poſſidet & vſucapit. Reſpondendum; omnem eum errorem, de quo agitur in §. *filiusfamil.* conſiſtere in facto, quia talem ſe exiſtimat eſſe, vt C non poſſit poſsidere ignarus conditionis ſuæ, qui error eſt facti, non iuris, ignorans ſc. mortem patris, qua factus eſt paterf. ipſe. Vnde magis ſpectatur, quod in veritate eſt, quam quod eſt in exiſtimatione mentis, vt ſi quis putet ſe emiſſe rem à non domino, qui tamen erat dominus & accepiſſet errans in qualitate venditoris, non in iure ciuili, non ideo minus videtur traditione dominium acquiſiſſe, *l. pen.* §. *qui ignorans, hoc tit.* At ſecus eſt, ſi putet ſe vſucapere non poſſe rem, quam poteſt vſucapere, errans in iure, non in rei qualitate, ſiue natura, non in facto. Hic eſt merus error iuris, idcirco non procedit vſucapio, & ita accipienda *d. l. ſi fur.* §. 1. Vnde relinquitur verum eſſe, in vſucapione non podeſſe ignorantiam iuris, eſſe enim vſucapionem ſpe- D ciem lucri. Error iuris non prodeſt in acquirenda hereditate aliena, puta non prodeſt ius ignoraſſe, quo agnoſcendæ bon. poſſeſſionis præſcripta ſunt certa tempora vt poſtea admittatur, quod imperitia iuris peccauerit, ac nec fœminis quidem prodeſt, *l.* 3. *l. quamuis, C. de iur. & fac. ign. l. iuris, qui admit. ad bon. poſſ.* Minoribus 25. annis prodeſt etiam in lucris, & militibus, & ruſticis aliquando, *l. pen. hoc tit.* Ergo nec fœminis, nec maſculis maiorib. 25. annis, iuris ignorantia prodeſt: in lucris, & ruſticis etiam raro. Et ita quoque in damno amittendæ rei ſuæ, non tantum fœminis ſuccurritur, *l. vlt. C. de iur. & fac.* Idque Iuſtinianus ait in *l. vlt. C. qui pot. in pig. hab.* non ſc. pro lucro fouere mulieres, ſed ne damnum patiantur, ſuiſque rebus defraudentur, in damno, inquam, amittendæ rei ſuæ, non tantum fœminis ſubuenitur, ſed E etiam maribus, *l.* 8. *h. tit.* Cuius rei exemplum eſt in *l.* 8. *fideicommiſſa, de leg.* 2. Eſt ſpecies elegans: vir ab vxore herede inſtituta, certorum prædiorum fideicommiſſum reliquit ſuis libertis poſt mortem vxoris. ipſa moriens ea prædia per fideicommiſſum reliquit, non libertis mariti, quibus erant relicta priore fideicommiſſo, ſed etiam libertis propriis, & libertis mariti, qui petere poterant ea prædia ex teſtamento mariti, cuius non erant ignari, in ſolidum ſc. repulſis libertis mulieris. lapſi ignorantia iuris, longo tempore vſi fideicommiſſo ſunt promiſcue cum libertis mulieris, an amiſerunt petitionem prioris fideicommiſsi? Minime. Ignorantia iuris fecit longo tempore, vt non peterent liberti mariti fideicōmiſſum ſibi debitum. longo tempore non tollitur actio fideicommiſsi, quia perpetua eſt actio, quæ ſi tēpore ſublata eſſet,

puta triginta annis prætextu iuris ignorantiæ non restitueretur, *l. sicut, inf. C. de præscrip. 30. ann.* At ea actione nondum perempta tempore, iuris ignorantia suum petentibus nihil obest. Suum enim est, non tam quod suum proprietate, sed etiam, quod suum est obligatione, id est, sibi debitum. Et ita sæpissime accipitur in iure, & ita sane accipere oportet in *h. l.* 7. suum sc. vel proprietate vel obligatione, & rem suam in *l.* 8. Et ita quoque, vt vtar alio exemplo, mulieri in petenda dote nihil obest ignorantia iuris, quia rem suam petit, quæ sc. dominio suo nunquam abscessit, neque enim dotis datio plane alienatio est: sed ea ignorantia obest mulieri, hoc est, non prodest persequenti lucra nuptialia ex donatione propter nuptias. Cujus rei exemplum, sed satis difficile explicatu est apud Harmenop. *1. Epitom. l.* 3. *ad fin.* Ex eo iure, quod ea ætate obtinebat, quodque obtinuit olim, vt refert Leo philosophus in *Nou.* 110. & quod ius esset hodie perquam vtile. Quæso quid non hodie mulieres post mortem viri artibus omnibus deripiunt? & conuasant mobilia omnia, quæ maritus reliquit etiam in fraudem propriorum filiorum: huic rapacitati quemadmodum occurremus? exemplo Leonis philosophi in *d. Nou.* restituto iure veteri, vt sc. mulier, quæ post mortem viri insidens bonis defuncti, non fecisset inuentarium omnium rerum, quæ in bonis, aut ex bonis fuissent, sub moueatur a petitione rerum dotalium non extantium, quod sc. ipsa eas suppressisse præsumeretur potius, quam maritus ipse consumpsisse veluti ὑπόβολυ aut donationis propter nuptias. Qua constitutione placebat etiam eam mulierem filio vel filijs teneri cæterarum rerum nomine, quas filij iurassent in bonis patris fuisse mortis tempore. Est præclarissima Constitutio & poterit quandoque in vsum reuocari. Placebat etiam, vt quæ noluisset facere inuentarium, non esset potior in hyp. ob causas dotis alijs creditoribus defuncti. Nam non potest non duci malo consilio, quæ inuentarium facere detrectat. Id vero inuentarium Leo vult fieri intra menses tres. Hoc interpretes ita accipiunt vt fiat intra tres menses in vrbe, in prouinciis vero intra annum, vt ait Harmenopul. exemplo inuentarij, quod fit ab herede, *l. vlt. C. de iure delib.* & inuentarij, quod fit à tutore vel curatore, vt idem Harmen. refert 5. *Epit. t.* 11. Dices, tu vis remedio inuentarij occurere fraudibus, & dilapidationibus mulieris: nec occurris tamen. Nam dum iubes inuentarium fieri intra tres menses, satis das eis spatij ad dilapidanda bona defuncti, vel vnus dies quandoque sufficerit ad euertenda vasa pretiosa, & pecunias omnes: satius itaque esse ita constituere, vt statim à morte mariti coram publico scriba faceret inuentarium rerum, quæ in pecunia sunt, quæ faciliores inuestigatu sunt, & quæ facilius auerti possunt, & subduci; cæterarum autem rerum, quæ sunt in longinquo intra dies, quibus ad ea loca, in quib. sunt, perueniri potest, alioqui, vt dixi, spatium ei dabimus satis, ad euertendam rem defuncti. Sed respondeo, tempus illud non præstituit inchoando, sed absoluendo inuentario: inchoari scilicet voluit inuentarium, & perfici saltem intra tempora, & pretiosa quæque conscribi primum primo die sine mora vlla, deinde cætera prædia prout exigit familiæ, vel prædiorum, vel opulentiæ ratio. Quod obtinet etiam in inuentario conficiendo à tutore: Et valde pertinet etiam, quod ij dem interpretes multis locis volunt, & est quod proprie pertinet ad quæstionem, vt ignoscatur mulieri dotem suam persequenti, si ignoratione iuris inuentarium non fecerit, non etiam persequenti lucra nuptialia, iuxta id, quod diximus, mulieri subueniri ne damnum patiatur rei suæ, non etiam, vt lucrum faciat. Hoc tamen necesse est, vt mulieri, si dotem suam persequatur, quæ lapsa ignorantia iuris non fecit inuentariū, præstet iusiurādu m:ius ἀποκειβῆς est error in vna litera, oportet scribere ἀποκρυβῆς per υ, vt se purget iure iurando, nihil se subtraxisse, aut subduxisse ex bonis defuncti & ita quoque Græcis actio ad exhibendum quæ est de exhibendis rebus quæ supprimuntur, cælantur appellatur περὶ ἀποκρυβῆς πραγμάτων ἀγωγὴ, *l'action du recelement des choses.* Nec vero mirum videri debet eo casu, si fiat distinctio rei dotalis, & lucri nuptialis, damni & lucri secundum regulam nostram; cum etiam, si, quod notandum est, mulier ignorans ius, ignara iuris, puta nesciens se in causa dotis præferri omnibus creditoribus, etiam anterioribus, quod est priuilegium dotis comprehensum iure communi, si ignorans, inquam, hoc ius, alios creditores defuncti prætulerit sibi, nihilominus habebit integram petitionem dotis, *si elle ne s'est payée la premiere*, nec propter imperitiam iuris damnum dotis suæ faciet: sed

B non habebit persecutionem lucrorum nuptialium, puta, si in eis persequendis existimarit, potiorem esse causam posteriorum creditorum defuncti, quæ non est potior, si sint posteriores, *l. vlt. sup. qui pot. in pign. hab.* Ergo in lucro captando nuptiali, vel quo alio, nec masculo, nec fœminæ iuris error quicquam prodest. Ex hac regula iuris oritur quæstio in debito soluto, *an sc. indebitum solutum per ignorantiam iuris posit repeti condictione indebiti?* Si sit solutum per ignorantiam facti, constat posse repeti. Sed quæritur, *an etiam indebitum solutum per ignorationem iuris posit repeti?* Res non caret dubitatione. Nam in damno versari videtur, qui indebitum soluit per imperitiam iuris; ergo ne imperitia iuris ei noceat, subueniri ei debet, data condictione indebiti.

C Contra, lucrum cogitare videtur, qui indebitum quod soluit, reperit: Nam quid est lucrum? Acquisitio rei alienæ ex causa lucratiua, vel ex causa non onerosa. Is autem, qui rem indebitam soluit, ac post condicit rem alienam sibi dari oportere, intendit in rem, quæ sua fuit quidem, & nunc est aliena, acquirere vult rem alienam sine impendio vllo, & vt dictum supra, iuris error non prodest. Ergo non parit ei condictionem indebiti: oblitus sum dicere deesse negationem circa finem *tit.* 13. *lib.* 1. Harmenopuli, Illo loco, ὑπόβολον ἢ πλώμενον & legendum esse, ὑπόβολον μὴ ἢ πλώμενον Nunc tractemus de quæst. supra proposita tantum, non decisa, an ei, qui indebitum soluit per ignorantiam iuris, competat condictio indebiti? Ostendi rem non carere dubitatione. Sane opus fuit eam definiri Constitutionibus prin-

D cipum, vt sc. indebiti soluti per ignorantiam iuris, non esset repetitio: vt soluti per ignorantiam facti tantum, esset repetitio, quod constat ex *lege pen. §. vlt h. t. l. cum quis, C. eod. l. error, C. ad l. Fal.* Ergo Constitutionibus definitum est, indebiti soluti per ignorantiam iuris, non esse condictionem; imo & consequenter, non esse actionem mandati, puta si fuisset inutiliter obligatus ignarus iuris, inutilem stipulationem habens pro vtili soluerit, quod fide sua esse iussit: neque id quod soluit, repetit ab eo, cui soluit, condictione indebiti, neque ab eo, pro quo soluit, per actionem mandati, *l. si fideiussor §. non male, mand.* Quo loco male Accursius eum habiturum alterutram actionem saltem, vel mandati, vel condictionem scribit: nam vtriusque denegandæ eadem ratio est consequentiæ. Deniq; (quod statuo generaliter)

E in eo, quod amisi recuperando, ac rursus acquirendo, ignorātia iuris mihi non prodest, puta si quid amisi solutione, vt dixi, vel temporis præscriptione legitimi, *l. scire, inf. C. de præscr. 30. ann.* Iuris ignorantia facit, ne quid meū amittā: non faciet, vt id, quod amisi, non amiserim, facta infecta non facit. Ea ratione *l.* 2. *inf. de confes.* is qui per errorem iuris confitetur se debere, quod non debet, nō ideo minus habetur pro confesso. Confessio similis est solutioni. Qui soluit errore iuris, non ideo minus videtur soluisse, & alienasse rem suam, quam qui confessus est errore iuris, qui habetur pro confesso, qui errore facti, nō habetur pro confesso. Nam nihil est magis contrarium confessioni, quam error facti. Confiteor enim de facto, etiam si mihi factum non liquet; nihil igitur confiteor; sed cum de facto mihi liquet, si errans in iure confiteor,

ſane habebor pro confeſſo. Nec n. ignorantia iuris poteſt efficere, vt qui eſt confeſſus, non ſit confeſſus, vt qui ſibi ſua confeſſione damnum accerſiuit, non accerſiuerit, qui damnum iam fecit, vt non fecerit, qui rem ſuam amiſit præſcriptione temporis vel ſolutione, vt non amiſerit. Denique ignorantia iuris non reſtituit quicquã rei amiſſæ. Sed hoc tantum præſtat, ne rem amittat nondum amiſſam, vt in exemplis relatis de fideicommiſſo ex *l. qui fideicommiſſa, de leg.* 2. & de dote *ex Harmenop.* Et eadem ratione, ſi filiofam. pecuniam credidi contra S. Ctum Macedonianum, cum exiſtimarem eum factum patrem fam. errore iuris, puta exiſtimans eum factum militem exceſſiſſe poteſtate patris, quod eſt falſum, §. *filiusf. Inſtit. quibus mod. ius pat. pot. l.* 3. §. 1. *ad Maced.* Nec quod ius ignoraui, hoc colore conſequar, vt quod perdidi non videar perdidiſſe, *d. l.* 3. Et ſimiliter, ſi vxorem duxi eam, quæ nondum virum eluxerit, infamis ſum ex edicto prætoris. mulier quæ nubit antequam eluxerat virum, infamis eſt; is quoque qui eam duxit vxorem, antequam peregerit luctum prioris mariti, infamis eſt. Igitur ſi eam vxorem duxi, quæ nondum eluxerat priorem maritum, ipſo iure infamis ſum, nec poſſum me excuſare ignorantia huius iuris, dicens me edictum prætoris ignoraſſe: Nam pretextus ignorantiæ iuris non poteſt delere infamiam, in quam incidi, *l. liberorum* §. *notatur, de his qui not. infa.* Statuamus igitur, in eo quod amiſimus, recuperando ſeu recipiendo, iuris ignorantiam nobis non prodeſſe. In hoc tantum prodeſſe, vt ne incidamus in damnum, quod veremur, quodue impendet nobis. Accurſius contra Conſtit. principum, quas retuli initio de non repetendo indebito ſoluto per errorem iuris, ſæpiſſime ſcribit indebitum ſolutum per errorem iuris repeti poſſe, hac ratione, quæ illum decepit, ne damnum faciat qui ſoluit. inepta ratio: Qui enim ſoluit indebitum, verſatur in damno, non damnum timet; Damnum enim iam ipſe ſibi attulit, ſoluendo indebitum, ipſe ſibi defuit, vt & modo ſi vult reſarcire damnum, quod ſibi ipſe fecit. & creauit. ſi vult ſibi reſtitui ſolutum, lucrum captat non per cautionem futuri damni, quia non iam rem ſuam petit, ſed alienam. ſolutio ſpecies alienationis eſt. Idem etiam Accurſius male accepit indebitum, quod ſcilicet vno iure debetur, non altero, puta iure naturali, non ciuili, vel contra. Nam in hac quæſtione de condictione indebiti, indebitum dicitur, quod nullo iure debetur, id eſt, in hoc tantum genere indebiti valet differentia inter errorem facti, & errorem iuris: puta quod nullo iure debui, nec ciuili, nec naturali, ſi per errorem facti ſolui, repetam: ſi per errorem iuris, non repetam. In alio genere indebiti, puta quod vno tantum iure fuit indebitum, non vtroque, ſane nihil intereſt ſoluerit quis errans in iure, an errans in facto, & neutri etiam repetitio competit: quia & debiti naturaliter tantum & debiti ciuiliter tantum retentio eſt. Sane debiti naturaliter, & multo magis debiti ciuiliter, ſit retentio, cum & huius ſit petitio. Abutitur etiam Accurſius ſæpiſſimè in hoc tractatu legib. ipſis. de errore iuris accipit *l. ſicut dotem* §. *ſi mulier, ſol. matr. l.* 5. *C. de condict. indeb.* quæ ſunt de errore facti. Item in lege *mulier ad SCtum Turpill.* quæ de neutro errore eſt, ſed non opus, vt hæc faciam perſpicua. Pergamus ad maiora. Diximus, parem eſſe cauſam maſculorum & fœminarum, in lucris nec maſculis, nec fœminis ius ignorantibus ſuccurri, in damnis ſuccurri. Addamus etiam in pœnalibus cauſis citra negotia ciuilia, vbi dolus coercetur tantum, non culpa, vtrique ſexui ſubueniri ius ignoranti, euidentiſſima ratione, quia dolo caret, qui in iure errat, *l. ſed etſi* §. *ſcire, de pet. hered. l. ſi quid* §. *doli, de iuriſd. omn. iud. l.* 1. §. *vlt. de edendo, l. ſi quis in graui* §. *ſi quis ignorans, de Senatuſc. Syl. & Claud. & l.* 12. *ſi quis in iuſ.* Iuris ignorantia non eſt dolus, ſed lata culpa. Quod rectiſſime Accurſus ſcripſit in *d. leg. liberorum* §. *vlt.* vbi au-

A tem etiam culpa coercetur, mari ius ignoranti maiori 25. annis non ſuccurritur, vt ſi mas iure ciuili inceſtum contraxerit per illicitum matrimonium errore iuris, per matrimonium ſcilicet, alioquin ſciet ſe facere ſtuprum ſaltem, & contra legem Iuliam, quæ eſt de omni ſtupro; ſed ſi per illicitum matrimonium errore iuris iure ciuili inceſtum contraxerit, vt ſi duxerit ſororis filiam, putans matrimonium non eſſe illicitum, coniunctionem iſtã non eſſe illicitam, ei non ſubueniri quamuis careat dolo: quia & hoc caſu culpa coercetur, quæ lata eſt & magna. non omnis iuris ignorantia, lata ignorantia eſt, & ſumma negligentia atque inexcuſabilis. Mulieri tantum, ius ciuile ignoranti ſuccuritur etiam ſi inceſtum contraxerit per illicitas nuptias, inceſtum iure ciuili, vt *l. ſi adulterium. & ſeq.* §. *ſtuprum, ad leg. de adulter.* & in caſu etiam *d. l. liberorum.* §. *vlt.* Nam ei

B parcitur, quæ ignorantia iuris nupſit, antequam eluxiſſet virum. Si mulier iure gentium inceſtum contraxerit, puta cum parente, auo, aut proauo, nepote, pronepote, vel cum his, qui parentum aut liberorum loco ſunt, cum quibus iure naturali inceſtum contrahitur, tum mulieri non parcitur, mulieri in iure naturali erranti non ſubuenitur; imo nec illi vnquam: quia nemo ſc. ignarus iuris naturalis, aut poſſit eſſe, aut præſumatur eſſe. At contra ea, quę ante propoſuimus, videtur etiam in contractibus de cauſis non pœnalibus, quamuis lucroſæ ſint, hoc eſt, etiam in lucris mulieri ius ignoranti ſubueniri, vt in *ſpecie l. de die*, §. *ſi ſeruus, qui ſatiſd. cog.* Proponam primum ruditer ſententiam huius §. Ait Papin. in *d.* §. reum actori cauere iudicatum

C ſolui ante litem conteſtatam, maxime in iudicijs in rem, & cauere dato fideiuſſore. Finge: dedit ſeruum fideiuſſorem, ait Paul. *actori ſubueniri, vt ex integro caueatur*, id eſt, vt detur alius fideiuſſor idoneus. actori ſubuenitur etiam maiori 25. annis, ſc. quoniam ſubiicit, *maiori quoque ſubueniri.* & mox, *forſitan, & mulieri ſubueniri propter imperitiam*, iuris igitur, nam regulariter ignorantia non dicitur imperitia. Valde quæritur, qui ſit ſenſus eorum verborum, *minime ſubueniri, forſitan & mulieri, &c.* An hic eſt ſenſus, minori & mulieri ſubueniri, qui quęve iudicatum ſolui fideiuſſorem accepit, vt ei ſc. ex integro caueatur? An vero hic eſt ſenſus, minori & mulieri ſubueniri, nec obligetur, qui quæve pro altero cauit iudicatũ ſolui? Vel hic neceſſe eſt ſit ſenſus, vel ille, vtro-

D que offenditur. Priore ſenſu offendimur, quia & maiori 25. annis, innuit ſubueniri, ſi ſeruum fideiuſſorem acceperit iudicatum ſolui, vt fruſtra ſit adiectum etiam minori ſubueniri & mulieri. Poſteriore etiam ſenſu offendimur, quia cõſtat & in aliis omnib. cauſis minori ſubueniri cauſa cognita, & mulieri ipſo iure ex SCto Vell. non propter imperitiam iuris, *vt ait* §. *ſi ſeruus*, ſed propter infirmitatẽ ſexus, aut facilitatem, quod facillime intercedãt pro aliis, *l.* 2. *ad SCtum Vell.* Priori tamen ſenſui acquieſcendũ eſt, non huic vltimo: magis enim hoc vult Paul. in *d.* §. *ſi ſeruus* pro reo fideiuſſerit, iudicatum ſolui, quem cõſtat, nec obligari naturaliter ex iſta cauſa fideiuſſionis, nec etiam de peculio, *l.* 2. *de fideiuſſor.* Hoc caſu actori ignoranti cõditionem fideiuſſoris, hoc eſt, exiſtimanti eum eſſe li-

E berum hominem, erranti igitur in facto, non in iure ſubueniri, vt ex integro ei caueatur; actori, inquam, maiori 25. annis, actori autem minori 25. annis etiam ignoranti ius ſubueniri, vt exiſtimet ſeruum recte intercedere. Adiicitur, *forſan & mulieri ſubueniri*, propter imperitiam iuris. forſitan, verecunde & timide ait, mulieri ius ignorãti ſubueniri in lucro. Regulariter enim minori quidem ſubuenitur etiam in lucro, ſiue maſculo, ſiue fœminæ, ſed nõ fœminæ maiori. Qui ergo regulariter fœminæ maiori 25. annis in lucro non ſubuenitur, ſi ius ignorauerit, verecũde ait, hoc caſu quo lucri cauſa agitur, forſitã mulieri ſubueniri: nam lucrum eſt ſatis acceptio, hoc eſt, fideiuſſoris acceptio, quia promiſſori iũgitur adpromiſſor, & intereſt duos reos habere, *l.* 3. §. *vlt. de lib. leg.* Sed non adeo

magnum lucrum, vt respondeat statim, vt hoc inuidere oporteat mulierculæ ius ignoranti. Nam & eius emolumenti rationem non habent ICti in hoc genere legati, *heres meus soluito Titio, quod ei Caius debet*: nam ex eo legato ICti non dabant actionem Titio petitori, quasi non admodum illius interesset, duos reos habere, vt ex Iul. Vlp. retulit, *l. si cui legetur* §. *si Titio, de leg* 1. In quo tamen est reprehensus Vlp. à Marcello, *d. l.* 5. §. *vlt. de lib. leg.* Et alio quoque argumento ostendam, satis acceptionem nõ esse tanti: nam si per errorem iuris soluero rem indebitã, vt ante dixi & modo eam rursus acquirere velim, condicere non possum. Sed si satisdationem legatorum remissam testamento, putans non posse eam remitti ignorans iuris, ignorans Constitutionis D. Marci, si eam præstitero, indebitã igitur, quod fuisset remissa à testatore, benigne, vt ait *l.* 1. *vt in poss. leg.* mihi conceditur, vt liberationem condicere possim, quia non adeo magnum lucrum capto. Est igitur in *d.* §. *si seruus*, vnus casus quo mulieri ius ignoranti subuenitur. nec mirum, cum sit etiam alius casus, quo mulieri ius ignoranti in lucro subuenitur, *l. Diuus, ad l. Corn. de falsis.* Tertius etiam casus est *in l. 2. de iure fisci.* Ius ex SCto Liboniano est vt qui sibi adscribit legatum dictante testatore, repellatur à legato quasi falsarius. Finge: filia iussu matris testatricis sibi adscripsit legatum ignara SCti. non repellitur à legato, à lucro non repellitur, sed ideo, quia illud fuit nominatim exceptum SCto, *l. Diuus* §. *pen. ad l. Corn. de falsis.* Idem euenit in hoc casu: Finge mulieri legatum relictum est. illa putat ducta errore iuris, se non posse capere solidum legatum, ne rem ipsam celet fiscum, se ipsam defert fisco dicens: mihi ille reliquit legatum, quod ego mihi videor solidum capere non posse. spe præmij sc. quod promissum est se deferentibus, vt scil. seipsum deferens corradat aliquid ex legato, ne totum amittat. Seipsam igitur deferens fisco quasi incapacem solidi, quæ tamen erat capax, an sibi præiudicat? minime. Ergo ei ius ignoranti in lucro subuenitur facillime, quia ita Constit. cautum est in fraudem fisci, cui boni principes raro fauent, *l. 2.* §. *vlt. de iure fisc.* Hi sunt tres casus. Et ita verum esse reperio quod ait *l. pen.* §. 1. *h. tit.* mulieri acquirere volenti in quibusdam subueniri propter imperitiam iuris. Regulariter non subuenitur, nec abs re, *l. quamuis, C. eod. t.* Non solet mulieri in lucro subueniri, quæ verba, *non solet*, significant plerunque iuris ignorantiam mulieri non prodesse in lucro captando, nonnunquam prodesse vt in *l. non solet, loc.* Non solet locatio dominium mutare, ita est: sed ait, *non solet*, quia nonnunquam dominium mutatur, vt in specie *legis item si pretio* §. *pen. & l. in nauem, eod. tit.*

Ad l. 35. de milit. test.

Miles, si testamentum imperfectum relinquat, scriptura, quæ profertur, perfecti testamenti potestatem obtinet: nam militis testamentum sola perficitur voluntate. Quique plura per dies varios scribit, sæpe facere testamentum videtur.

QVod traditur in *l.* 35. est de imperfecto testamento militis, quę cum regula præcedenti conuerti potest. militibus ius ignorare permissum est ex Constitutionib. principum, adeo, vt etiam in lucris eis subueniatur propter imperitiam iuris, *l pen.* §. *si filiusfam. de iur. & fact. ignor. l.* 1. *C. de iuris & fact. ignor. l. vlt.* C. *de iure delib.* Quia vt significatur in *d. l.* etiamsi ex militibus quidam possint esse periti iuris, tamen omnes arma magis, quam iura scire præsumuntur, aut certe obliti esse legum, si quas sciuerint olim, postquam ceperunt arma. Denique milites presumptione sunt ignari iuris. Et recte Iul. Frontin. de limitibus agrorum, *Dum* inquit *magis armorum exercerer curis, totum hoc negotium* (literarum sc.) *veluti oblitus*

A *intermiseram, nec quicquam aliud, quam belli gloriam cogitabam.* & Tacit *in Agric. credunt plerique militaribus ingenijs subtilitatem deesse, quia castrensis iurisdictio secura & obtusior ac plura manu agens calliditatem fori nõn exerceat.* Et priuatio hæc subtilitatis & calliditatis forensis est, quæ dicitur simplicitas militaris, *l.* 1. *h. t. l.* 3. *C. eod. tit.* Denique omnes milites simplices esse existimantur, id est, incallidi rerum forensium, expertesque subtilitatum & apicum iuris. His consequens est, quod ijsdem Constitutionibus principum cauetur, vt si milites in faciendo testamẽto non obseruauerint diligentem obseruantiam & subtilitatem legum, nihilominus rata sit eorum voluntas, nec eis imputetur, si ICtum non adhibuerint: nam sine Iurisconsulto quomodocunque fecerint testamentum, valet, vt in antiquo monumento, quidam ita præscripsit quasi testamento suo: *dolus malus abesto & Iurisconsultus.* In illo monumento sequitur: *ius aditus, libertis libertabusque meis danto.* huic voluntati, ne fraus
B fieret, præscripsit, vt abesset dolus malus, nec adesset Iurisconf. qui cauillationum est callidissimus. Et similiter in *l. pen.* §. *Lucius, de legat.* 2. quidam contestatur se testamentum fecisse sine vllo IC. his verbis: *Lucius Titius hoc testamentum scripsi sine vllo Iurisperito rationem animi mei secutus potius, quam miseram & nimiam diligentiam, & si minus quid legitime minusue perite fecer*, *pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.* paganus fuit qui ita scripsit, & plectitur: nam hæc voluntas non habetur pro testamento, & sustinetur tantum iure codicillorum, quia
C his verbis satis declarauit, qualemcunque voluntatem se valere velle. non potest valere vt testamentum, valebit tantum vt codicillus. Voluntas pagani imperfecta, non est testamentum, vt quælibet voluntas militis, vt ait *l. proxima sup.* quæ est etiam Papin. ex lib. 14. testamentum est, & vt ait in hac l. *testamentum militis imperfectum perfecti potestatem obtinet, quia sola voluntate perficitur. Sola voluntate*, id est, nuda voluntate, nec exigit solemnia, nec testes probationis exigit. testes, id est, hanc speciem probationis non exigit, signa, subscriptiones non exigit, legum obseruationem nimiam non exigit. Denique testamentum militis nuda voluntate perficitur. imperfectum testamentum dicitur duobus modis, specialiter & generaliter. Specialiter & proprie dicitur, quod non est signatum septem testium signis: nec testes sufficiunt septem, sed signa requiruntur, non tantum iure ciuili, sed
D etiam prætorio. Hoc ergo testamentum, quod signatum non est, destituitur & iure ciuili & prætorio. Ergo plane imperfectum est, quia si laboret alio vitio, vt puta, si sit iniustum, id est, si in eo filius fam. sit præteritus, vel si sit ruptũ agnatione sui heredis, iure prętorio valet, id est, modo sint signa testium, prætor daturus est bonorũ possessionem secundum tabulas, *l. postumus, de ini. rup. l. cum tab. de bon. poss. secun. tab.* Quæ tamen post constituetur sine re, vbi constabit aut iniustum, aut ruptum esse testamentum. At si tabulæ non sint obsignatæ septem testium signis, prætor non est daturus bon. possess. sec. tabulas. Itaque omni iure imperfectum est testamentũ, quod signatum non est. Ergo plane imperfectum est. Et hæc est summa imperfectio testamenti, summum vitium. Et ita perfectum testamentum pro eo quod obsignatum
E est 7. testium signis accipitur in *l. 6. ad l. Corn. de fals. & imperfectum in l. hac consultissima* §. *non subscriptum, C. de testam.* vbi *pro imperfecto* legend. non, *pro infecto.* quod 7. test. signis obsignatum non est. Generaliter imperfectum dicitur, quod vitio quocunque laborat, siue non signatum sit, siue iniustum, ob præteritionem sui heredis, siue irritum ob cap. minutionem, siue ruptum ob agnationem postumi. Falsum quoque quis non dicet esse imperfectum. quinimo potius nullum est prorsus: hęc omnia vitia imperfecti generali appellatione continentur, *l.* 1. §. *siue, de tabul. exhib. l.* 2. §. 1. *quemad. test. aper. l. si duobus* §. *si prius, de bon. possess. cont. tab.* Imperfectum etiam est, quod notis, *par chifres*, conscriptum

ſt, non literis, ſi ſit factum à pagano. Imperfectum eſt etiam, quod quis cœpit facere, nec perficere potuit morte præuentus, aut verbis amiſſis, vt in ſpecie *legis ſi is qui teſtam. qui teſtam. fac poſ.* Imperfectum etiam eſt, quod quis fecit ſuper portione bonorum tantum. Et quoquo modo imperfectum ſit teſtamentum militis, ſi modo falſum non fuerit, perfecti teſtamenti poteſtatem obtinet. Nam etſi notis conſcriptum ſit, valet, *l. Lucius, h. tit.* ſi ſignatum non ſit valet, ſi ſanguine proprio, vt *l. milites, C. de teſtam. mil.* ſcriptum ſit in clypeo, aut vagina, aut thorace, aut gladio, ſi in puluere in ipſo articulo moriendi. Hegeſ. lib. 5. *Vere*, inquit, *bellicum teſtamentum eſt, quod non atramento ſcriptum, ſed ſanguine, non in charta, ſed in mucrone.* Item teſtamentum militis irritum non fit cap. minutione, *l. 6. §. irritum, de ini. rup. l. miles filius famil. & ſeq. h. tit.* Et præterea nec iniuſtum eſt teſtamentum militis, ſiue non iure factum, in quo ſciens ſe habere filium, eum præteriit; nec rumpitur etiam agnatione poſtumi, vbi ſcilic. ſcierit, vxorem eſſe grauidam, quia præteritio & ſilentium militis pro exheredatione habetur. ſilentio exheredat filium mater, non pater, niſi ſit miles. Item non rumpitur teſtamentum adoptione filij, puta ſi poſt factum teſtamentum miles aliquẽ adoptauerit ad vicem filij naturalis & legitimi: non rumpitur ſucceſſione in locum ſui, *l. 7. l. 8. h. t. ſi tui C. eod. tit.* Ac poſtremo non rumpitur etiam teſtamentum militis poſt facto alio teſtamento, ſi quidem miles plura teſtamenta facere voluerit, *l. quærebatur, hoc tit.* Vt in hac ſpecie. Finge: Miles de tertia portione bonorum primum teſtamentum fecit: poteſt enim de parte bonorum teſtari, de parte non, quod tamen paganus non poteſt. Deinde idem miles ſecundum teſtamentum fecit de alia tertia parte bonorum, poſt aliud de alia tertia. Tria teſtamenta ſunt & omnia valent. Et hoc eſt quod ait Papin. in hac *l. quique plura per dies varios ſcribit, &c.* Miles igitur pluribus teſtamentis decedere poteſt, paganus vno tantum: Nam ſi eandem ſpeciem poſueris in pagano, quã ego poſui in milite, non dicam tria eſſe teſtamenta, & omnia valere, ſed dicam vltimum teſtamentum tantum valere, etiamſi in eo ſit heres inſtitutus ex tertia tantũ parte bonorum: namque ne ſit pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus, quod ius ciuile abhorret, dicimus tertiam partem adſcriptam heredi, aſſem ad ſe trahere, in *l. 1. §. ſi ex fundo, de hered. inſtit.* nihil refert vnicum heredem ſcribas. Cauſa teſtati, vt dicitur, trahit ad ſe cauſam inteſtati, *l. pen. de ini. rupt.* Illud non eſt omittendum, vehementer hodie errare nonnullos, qui idem eſſe exiſtimant, milites & nobiles, ſiue vt diximus gentiles, *gentilhommes*, qui quæ iura prodita ſunt de militibus, putant pertinere ad nobiles: nec enim iſtas perſonarum conditiones confundere vnquam oportet. Nam & plerunque plebeij & ignobiles milites ſunt, nec militia definimus eſſe plebeij, non definim⁹ eſſe plebeij, ſicut nec filius fam. militia definit eſſe in poteſtate patris, quod ex definitione militum & nobiliũ conſtabit. Milites ſunt qui in numeros relati, & in expeditione degunt, *enrollez*: nobiles ſunt, quorum non dico parentes, ſed maiores, (Nam opus eſt ad comparandam nobilitatem longa auorum ſerie) qui feudũ à Principe acceperunt, vel vt conſtat ex lib. Feudorum à valuaſore Principis, puta Duce, vel Comite, Marchione, &c. Sunt igitur nobiles, quorũ maiores feudum acceperunt à Principe, vel à valuaſore Principis ſiue capitaneo adiũcto onere militiæ. Nobilitati adiunctũ eſt on⁹ militiæ, fateor, ſed nõ ſunt milites, niſi quamdiu in expeditione occupãtur & teſtamentum eorum citra expeditionem non pertinet ad priuilegia militum. Etiam vehementer errant, qui id ſolum teſtamentum militis putant eſſe ſolutum legibus, quod miles facit in procinctu, in acie, in hoſtico, in ipſo diſcrimine vitę. Nam & teſtamentum, quod miles facit in expeditione, in caſtris, in ſtatiuis, iure militari valet, alioquin nihil diſtaret hac in re miles à pagano. Poteſt fieri vt in ipſo procinctu interueniat paganus aliquis. hic in acie, in ipſo procinctu, ſi fecerit teſtamentum minus ſolemne, ſi fecerit teſtamentum inperfectum, feciſſe potius videbitur, & perfeciſſe, quia & pagano deprehenſo in acie remittitur iuris ſolemnitas, & id temporis teſtamentum à pagano factum licet perfectum, vires habet, *l. vlt. h. tit. l. vn. de bonor. poſſeſſ. ex teſt. mil.* Et hac ratione patet, quia tunc temporis, hoc eſt, in procinctu apud quemlibet prope inter mortua eſt memoria. Obliuiſcuntur diſciplinæ, qui ad pugnam eunt, inquit Xenophon, par eſt eo tempore ſubtilitatem legum remitti tam pagano, quam militi. Alio tempore ſoli militi remittitur, vt ſi miles teſtamẽtum fecerit in ex peditione,

B in caſtris, vel vt loquitur, *lex 3. §. is qui, de re milit.* in foſſato, vel in ſtatiuis, in præſidiis, *en garniſon*, iure militari valet. Et puto in §. 1. *de milit. teſt. Inſtit.* dum ait, in teſtamento faciendo non vti priuilegio militum eos, qui citra expeditionis neceſſitatem in ſuis ſedibus degunt vel aliis locis: puto inquam, male quoſdam ſedes interpretari ſtatiua. iure poſſumus, & debemus interpretari ædes ſuas, vt nominatim *l. vlt. C. de inſtit. milit.* Baſil. pro *in ſuis ſedibus*, habent, *in ſuis ædibus*, nihil moror ſiue legere volueris ſedibus, ſiue ędib. idem eſt. & male Theoph. ſedes interpretatur *ſedeta*: quia ſedeta, vt Suidas interpretur, ſunt foſſata, id eſt, caſtra, aut ſane ſedeta ſunt ſtatiua. Et falſum eſt, militem teſtari non poſſe in ſtatiuis iure militari. Igitur non poſſis ſedes, ſedeta interpretari, ſed ædes potius. Explicarem etiam *l. 11. & l. 13.* ſed ne ſim tædio, reſeruabo in diem craſtinum.

C

Ad l. 11. 12. & 13. de iure codic.

Qui graui vtero vxorem eſſe ignorabat, codicillis ad filium ſcriptis, libertates dedit. nata poſt mortem patris filia, cum de ea nihil patrem ſenſiſſe conſtitiſſet, placuit libertates à ſolo filio præſtari poſſe. L. 12. Redemptis à ſorore partibus. L. 13. Illud enim ſine dubio dici non poteſt, etiam filiam manumittere cogendam, cum ab ea nihil pater petierit, & iure ſuo heres extiterit.

Explicabo duas quæſtiones, quæ ſunt in *l. 11. 12 & 13. de iure codic.* Et his, quę diximus de militari teſtamẽ-
D to, non male coaptari poterunt ea, quæ dicentur hodie de poſteriori quæſtione: nam ex ea intelligitur, imperfectum teſtamentum eſſe etiam id, in quo inſtitutio heredis ſcribitur verbis precariis. Sed de prima quæſtione prius dicamus, quę pendet ex ſpecie huiuſmodi. Vir, qui putabat vxorem non eſſe grauidam, teſtamentum non fecit, codicillos fecit: nam & codicilli ab inteſtato fieri poſſunt, & eos codicillos ſcripſit ad filium, quem habebat, nihil cogitans de poſtumo vel poſtuma, exiſtimans ſcil. vxorẽ vacuam eſſe vtero, & in eis codicillis filium rogauit, *vt ſeruum aliquem manumitteret.* non poteſt codicillis factis ab inteſtato relinquere directam libertatem, relinquit fideicommiſſariam. Poſt mortem eius nata eſt poſtuma, de qua nihil ſperabat. codicilli non ſunt rupti agnatione po-
E ſtumi, quia ab inteſtato facti eſſe proponuntur, qui ſi facti eſſent ad teſtamentum, ſane rupto teſtamento agnatione poſtumi, vel poſtumæ, & ipſi rumperentur, *l. 3. l. ab inteſtato, l. pen. h. tit. l. 1. C. de codic.* Sed, vt dixi, codicilli, qui facti ſunt ab inteſtato, non rumpuntur agnatione poſtumi vel poſtumę. Ergo in ſpecie propoſita vterque, filius ſcil. ad quem ſcripti ſunt codicili & poſtuma patri heredes extiterũt. Quæritur, *an vterque obligetur præſtare fideicommiſſariam libertatem?* Hęc eſt prima quæſtio huius l. an & à filio & à filia peti poſſit fideicommiſſũ libertatis ſcriptæ in codicillis ſcriptis duntaxat & miſſis ad filium? Et videtur neuter obligari. Ac primum quidẽ ſane nõ obligatur filia poſtuma, quia nihil ab ea petiit pater, hoc eſt, eam non onerauit fideicõmiſſo præſtãdæ libertatis. Ac præterea filia ſuo iure heres exiſtit patri vt ait Papinian. initio. l. 13. non ex iudicio defuncti filius heres

heres extitit patri, ex iudicio defuncti, quia scribendo ad eum codicillos, videtur sua sponte ei relinquere legitimam hereditatem. *l.* 8. §. 1. *h. tit.* Denique filius venit ad successionem ex tacito iudicio patris, filia suo iure, non ex iudicio patris, cum de ea pater nihil cogitauerit, qui graui vtero vxorem esse ignorauit. Hæc duo sunt opposita, iure suo, & iudicio defuncti, *l. cum ab vno, de leg.* 2. Ab vno vnaue, qui quæve venit ex iudicio defuncti, fideicommissum relinqui potest, ab eo autem eaue qui quæue non venit à iudicio defuncti non potest, l. 3. *de leg.* 1. Et vero etiam à filia fideicommissum non relinqui potest, de qua nihil etiam sensit. Ergo constat filiam postumam non obligari fideicommisso præstandę libertatis. Dico etiam filium non obligari, licet rogatus sit seruum manumittere in codicillis ab intestato, quia seruus ille est communis inter illum & sororem. Vnus autem ex dominis seruum communem non potest manumittere, & libertas est indiuidua, quia pro parte libertas non potest præstari. Ac præterea ea libertate fideicommissaria pater non onerasset filium solum, vt verisimile est, nisi solum putasset eum sibi heredem futurum, quod est traditum in *l. pen. inf. h. tit.* Ergo neuter obligatur onere præstandę fideicommissariæ libertatis. filia non obligatur, filius non obligatur, quamuis rogatus sit & oneratus. Et ita quidem se res habet summo iure, sed ex æquitate, fauore scil. libertatis, ne pereat libertas, vt Papin. docet hoc loco oblata æstimatione pretii filio, qua scil. redimat partem serui à sorore ipse filius post redemptionem serui, libertatem præstabit, vt scil. scribitur in specie *l. cum filius, de leg.* 2. *l. iudicatæ, de excep. rei iudic. l. duobus, de lib. cau.* Et ita redempta parte sororis, seruus fideicommissariam libertatem à solo filio petet, non à filia postuma. Redimet autem patrem sororis frater de pecunia oblata à seruo, aut pro seruo, non de pecunia sua, arg. d. *l. cum filius,* & soror compelletur vendere partem suam, *l.* 1. *C. de com. seru. man.* ne scil. seruus defraudetur libertate sibi relicta, & hoc est quod ait hæc l. 11. Obstat huic sententię, quod est in fin. *l. pen. h. tit.* in eadem specie: quæ pro parte præstari non possunt, eorum nihil esse præstandum. libertas pro parte pręstari non potest. ergo nullo modo est pręstanda. Ergo nulla est præstanda, nec à filio, nec à filia, ergo nulla debetur, Sed, vt dixi, ita est accipienda lex *pen.* & adiiciendum, summo iure ita est, non deberi libertatem, sed ex æquitate & fauore libertatis, redempta parte sororis à filio; hoc est, postquam redemerit filius partem sororis de pecunia oblata à seruo, aut nomine serui, præstabit seruo libertatem, arg. *d. l. cum filius.* Et ita oblata pecunia, & redempta parte seruus petet libertatem fideicommissariam à solo filio, non à postuma. Denique solus filius præstabit libertatem fideicommissariam. Obstat huic sententiæ rursus *lex alieno* §. 1. *de fideicomm. libert.* vbi ponitur eadem species: moriens aliquis intestatus filium rogauit nominatim, vt seruum manumitteret. Natus est postumus vel postuma. Ait ab vtroque præstandam esse libertatem, quod mirum in modum videtur pugnare cum illis legibus: sed nihil est, quod tam facile expediri possit. Ita distinguendum est: aut filius redemit partem à sorore, & tunc ab eo solo præstatur libertas: aut filius à sorore partem non redemit, sed ipsemet seruus se ab ea redemit, oblato vel soluto partis pretio. Et hoc sane casu libertas præstabitur ab vtroque, arg. *d. l. cum filius.* In l. 11. dixit Papinia. à solo filio præstari libertatem, sed adiicitur modus ex alio loco Papiniani, redempta parte sororis ab ipso filio scil. Quæ species addenda est siue modus etiam ad *l. aliud* §. 1. *& ad si l. pen. h. tit.* nisi scilicet filius redemerit partem postumi vel postumæ de pecunia seruili. Obstat etiam *l. cum pater* §. *cum existimaret, de legat.* 2. species est pene eadem. Quidam fecit codicillos ab intestato, eosque scripsit ad consobrinam, nesciens se etiam habere consobrinum. qui simul ab intestato cum consobrina veniet ad successionem, quod eodem gradu sit: & ab eadem consobrina fideicommissum reliquit. vtroque herede existente ab intestato lex ait, consobrinam pro parte dimidia fideicōmisso releuari, quia pars bonorum ei aufertur concurrente consobrino, & pro alia parte dimidia consobrinum non teneri, qui rogatus non est: fideicōmissum igitur infirmari pro parte, quandoquidem proponitur sola consobrina rogata nominatim, non consobrinus: ergo pro parte consobrini infirmatur fideicommissum. Et iure quidem ita est, sed post emendabitur. Interea illud obseruabis, illum §. loqui de rebus diuiduis per fideicommissum relictis, & eas separari à libertatib⁹ fideicōmissariis, quæ diuidi nō possunt, & debentur omnino ac præstantur redempta parte consobrini. Et idem obtinet in seruitutibus prædiorum, quæ & ipsę sunt indiuiduæ, *d. l. cum filius.* aliæ res diuidi, & pro parte præstari possunt: & integræ præstabuntur indistincte, siue ad filium scripto codicillo, & ab eo relicto fideicōmisso rei diuiduæ, postuma nata sit postea, de qua nihil cogitauit defunctus & fideicōmissum à filio relictū sit eis verbis, *quisquis mihi heres erit,* vel nominatim à filio. primo casu, *quisquis mihi, &c.* certū est, filium teneri pro parte, & postumam pro altera, quia omnem heredē onerauit illis verbis, *quisquis mihi heres erit, l.* 3. *& l. ab intestato, h. tit.* Quid si nominatim fideicommissum reliquerit tantum à filio? Et hoc casu videtur solus filius teneri, vel in solidum, vel quod magis est, pro parte dimidia tantum, vt releuetur, sed interim videtur solus ipse teneri, *l. pen. h. tit. l. post emancip.* §. 1. *de leg.* 3. Et in simili casu *l. quidam* §. *vlt. h. t.* Sed æquior est sentētia Vlpiani qui hac in re Marcellum notauit in d. *l. pen.* his verbis: *Imo duntaxat partem debet. lex pen.* est Marcelli. Sed hæc verba sunt ex nota Vlpiani: *imo duntaxat partem debet.* Marcellus scripsit filium totum debere, qui rogatus est nominatim. Vlpian. notat, *imo dūtaxat partem debet,* perinde ac si dixisset, *quisquis mihi heres erit,* aut pro parte infirmatur fideicommissum; hoc est, pro altera parte nō tenebitur postuma, quod est verius. Cur tenetur filius pro parte tantum, vt voluit Vlpianus, quamuis ipse solus sit rogatus nominatim? quia hoc fit ex æquitate, quia filia ei facit partem & aufert partem. Æquum est igitur vt pro ea parte filius releuetur, quod res diuisionem patiatur. & eadem nota est addenda ad Scæuolam, sicut in simili casu eadem nota additur ad Scæuolam, *d. l. quidam* §. *vlt. hoc tit.* ex Africano in *l.* quæ eam sequitur *l. sed cum, de iure codicill.* Summa hæc est: libertatem fideicommissariam prestari omnino, quia diuidi non potest, & præstari remedio redemptionis. eodemque remedio prestari seruitutem prędii, quæ etiam est indiuidua, rem diuiduam, si relicta sit his verbis, *quisquis mihi heres erit,* pręstari à filio pro parte, à sorore pro altera parte. si relicta sit nominatim à filio, præstari tantum pro parte filij, pro parte intercidere fideicommissum.

Ad §. tractari eiusd. l. 13.

Tractari solet de eo, qui cum tabulas testamenti non fecisset, codicillos ita scripsit: Titium heredem esse volo: sed multum interest, vtrum fideicommissariam hereditatem à legitimo per hanc scripturam, quam codicillorum instar habere voluit, reliquerit, an vero testamentum facere se existimauerit: nam hoc casu nihil à legitimo peti poterit. Voluntatis autem quæstio ex eo scripto plerunque declarabitur: nam si forte à Titio legata reliquit, substitutum adscripsit, heres si non extitisset, sine dubio non codicillos, sed testamentum facere voluisse intelligitur.

Altera quæstio est perbreuis, quæ proponitur in §. 3. l. 13. Species est: *Titium heredem esse volo.* Hæc verba sunt precaria, non directa. verbum volo, est precarium, sicut verbum, *rogo, mando, cupio, peto.* non est directum verbum, sicut si dixisset, *heres esto.* Hæc

igitur verba ſunt precaria, *l. quidam teſtamento, de leg. 1. l. 11. §. ſi filio & l. nomen, de legat 3. §. vlt. Inſtit. de ſing. reb. per fid.* Hæc igitur ſcriptura, *Titium heredem eſſe volo*, non eſt teſtamentum, etiam ſi quis ita dixit, *volo facere teſtamentum*, quia teſtamentum non fit verbis precariis. Quid eſt teſtamentum? inſtitutio heredis directa. Inſtitutio non fit verbo precario, non fit verbo, *volo*, ſicut nec verbo, *facio*, nec verbo, *inſtituo*: Nam vt Vlp. ſcripſit in fragmentis, hanc inſtitutionem plerique *improbabant*, *Titium heredem inſtituo*, & illam quoque, *Titium heredem eſſe volo*, ſed ita erat inſtituendus heres: *Titius heres eſto*, vel, *Titius heres ſit*, quæ verba ſunt directa & imperatiua. Quæ tamen differentia verbum hodie eſt ſublata à Iuſtin. *in l. quoniam, C. de teſtam.* Nam hodie ſi ita teſtator heredem B ſcripſerit, Titium heredem eſſe volo, ſi voluerit facere teſtamentum, verborum precarium accipitur pro directo, & valet teſtamentum. Sed mittamus Conſtitut. & tractemus, quod hic à Papiniano dicitur, vt debemus. Secundum ius vetus, quod obtinuit ante Conſt. hæc ſcriptura, *Titium heredem eſſe volo*, non eſt teſtamentum, etiamſi voluit facere teſtamentum, quia id non fecit ſolemni verbo & ciuili, quo facere debuit. At quemadmodum intelligemus, voluerit facere teſtamentum an codicillos? Eſt quæſtio voluntatis: voluntas ſola non facit teſtamentum, niſi militis. *Volo facere teſtamentum*, vtor & verbis precariis ego qui ſum paganus, imperfectum eſt teſtamentum meum, quia non ſola voluntate perficitur, ſed & verbis ſolemnibus, & aliis quibuſdam obſeruationibus adhibitis. C Ergo ſi volo facere teſtamentum, nullum eſt teſtamentum: ſi volo facere codicillos, valebunt codicilli, & proximus agnatus mihi heres erit ab inteſtato, & deducta Falcidia reſtituet bona Titio, quia videor fideicommiſſariam heredit. Titio reliquiſſe à legitimo herede, quandoquidem codicillos facere volui, non teſtamentum. Et hæc voluntatis quęſtio declaratur ex ſcripto. *voluntatis quæſtio*, inquit, *plerunque declaratur ex ſcripto.* Tullius *de inuent. propius accedere ad voluntatem ſcriptoris illum, &c.* Et ſane in hac ſpecie, cum ita ſcriptus eſt heres, *Titium heredem eſſe volo*, illum voluiſſe facere teſtamentum ex ſcripto declarabitur, vt puta, *ſi à Titio legatum reliquerit*: nam legata ab inteſtato relinqui non poſſunt, *§. præterea,* D *Inſt. de fideic. heredit.* Item, ſi in eadem ſcriptura Titio ſubſtituerit vulgari modo, ſi heres non eſſet directo modo, quia nec codicillis ſcriptis factis ad teſtamentum ſubſtitutio ſcribi poteſt. Idem quoque erit, ſi in eadem ſcriptura filium exheredauerit, eadem ratione, quia exheredatio inutiliter ſcribitur codicillis, ſiue ad teſtamentum facti ſint, ſiue ab inteſtato, *§. vlt. Inſt. de cod. l. non codicillum, C. de teſtam.* quæ ait, ſatis probari ex inſtitutione & exheredatione, defunctum noluiſſe facere codicillos, ſed teſtamentum. Ex ſcripto igitur colligitur, voluiſſe eum facere teſtamentum: Hoc eſt, ſi ita heredem ſcripſerit, Titium heredem eſſe volo, ex ſcripto ſatis apparet, eum voluiſſe teſtamentum facere: teſtamentum eſt imperfectum propter verbum *volo*. Non valet etiam iure codicillorum, quia noluit fa- E cere codicillos, ſed teſtamentum, & non appoſuit clauſulam codicillorum, vel hanc clauſulam, *vt & ab inteſtato valeret ſua voluntas.* Denique ea voluntas nullo iure valet, propter id ſolum verbum, *volo*, etiam ſi nihil ſit præterea in ea ſcriptura, quod reprehendas. Et confirmatur *l. ex teſtamento, C. de fideic.* quę lex eſt coniungenda cum *d. l. non codicillum, C. de teſtam.* nam eſt eorundem Imperatorum ad eundem, & ſubſtitutio eadem, quæ ita integritati eſt reſtituenda: ſub *die* 8. *Id. Decembr. Caſarib. Coſſ.* Et res eſt eadem. Vtriuſque legis nexus euidentiſſimus *lex non codicillum*, ait, ex inſtitutione & exheredatione defunctum teſtamentum facere voluiſſe, non codicillos. Additur *in l. ex teſtamento*, ſi id teſtamen-

A tum, quod voluit facere, iure factum non ſit, ſi ſolemniter factum non ſit, nec fideicommiſſa ex eo deberi, id eſt, nec iure codicillorum id teſtamentum valere, quia omiſſa eſt clauſula codicillaris. Et ita in ſpecie noſtra, ſi voluit facere teſtamentum illis verbis, Titium heredem eſſe volo, nullo iure teſtamentum ſuſtinetur, etiamſi omni alio vitio careat, & Titius nihil poterit petere à legitimo herede iure fideicommiſſi, quia non fideicommiſſum facere voluit, ſed directam inſtitutionem.

Ad l. vnum ex familia 67. de leg. 2.

Vnum ex familia, propter fideicommiſſum à ſe cum moreretur, relictum, heres eligere debet: ei, quem elegit fruſtra teſta- B *mento ſuo legat, quod poſteaquam electus eſt, ex alio teſtamēto petere poteſt. Vtrum ergo non conſtitit, quod datur, quaſi creditori relictum? an quamdiu poteſt mutari voluntas, non recte creditori comparabitur? ſiue tamen durat electio, fuiſſe videtur creditor, ſiue mutetur, ex neutro teſtamēto petitio competit.*

Lex valde celebrata ab omnibus, nec immerito. Eſt enim plena rerum quotidianarum copia. Eius legis prima propoſitio hæc eſt: *vnum ex familia, &c.* Finge: heres rogatus vni ex familia defuncti dare fundum illum, cum moreretur, hoc modo: *rogo te heres, vt vni ex familia mea fundum illum des ſiue reſtituas, cum morieris.* valet legatum ſeu fideicommiſſum, quia in arbitrio heredis non ponitur, an det, quod eſſet inutile, ſed cui det, *l. vtrum §. cum quidam de reb. dub.* Et heres eligere debet vnum, cui C det. An poſſit eligere duos vel plures ex familia defuncti, poſt videbimus, modo conſiſtamus in terminis ſuperioris propoſitionis: vnum ex familia heres eligere debet, quia & vni proponitur relictum eſſe fideicommiſſum, non vni nominatim; quo caſu non eſſet electioni locus, ſed vni incerto, hoc eſt, vni ex duobus vel pluribus, quem elegerit heres, cui conſtituerit ſe velle dare, vel ſi heres nullum elegerit, omnibus debetur fideicommiſſum ab herede heredis, qui ſcilicet ſunt in familia & nomine teſtatoris, quod latius demonſtrabitur inferius. Nunc adnotemus, multum intereſſe, vtrum quis fideicommiſſum reliquerit ſimpliciter vni ex familia, cui voluerit heres dare, *cum morietur.* Hoc adiecto pono duos caſus, & inter eos eſſe diſcrimen: Nam priori caſu, ſi fideicommiſſum D reliquerit ſimpliciter vni, cui vellet heres dare, heres ſemel tantum eligere poteſt, cui velit dare, nec tamen ſtatim poſt mortem teſtatoris cogitur eligere, & dare, ſed datur ei modicum & iuſtum ſpacium arbitrio boni viri ad deliberandum & conſultandum, cui det, in l. 24. *infr. h. t. l. cum quidam ita, de legat. 2.* Et obtinet ſemper: tota enim cauſa teſtamentorum conſtat voluntate defuncti, modo nuda, modo ſolemni & iuſta. Igitur, etiam ſi ſimpliciter teſtator fideicommiſſum reliquerit vni, cui vellet heres dare ex voluntate defuncti, heredi erit plena & perpetua eligendi libertas, vt in ſpecie quam tractat Quintilianus declam. 318. amicus amicum heredem inſtituit, & petiit ab eo, vt ex duobus libertis, quos reliquerat, vtri vellet decem milia daret, hoc conſilio, vt ſpe electionis adducti liberti viuo heredi obſequerentur, tanquam patrono, cum prædiuinaret, nullam apud eos fore reuerētiam amicitiæ, quæ inter eum & heredem erat. Si probetur hoc fuiſſe conſilium patroni, hoc propoſitum, hæc ratio teſtamenti, heres non compelletur alterum eligere, quamdiu viuet, non ei præſtituitur certum tempus arbitratu boni viri, intra quod hunc vel illum eligat, ſed electionem trahet, ſi velit, vſq; ad extremum vitæ diem, perinde ac ſi patronus nominatim fideicommiſſum contuliſſet in tempus mortis heredis vt in poſteriore caſu ante propoſito, *rogo te heres, vt vni ex familia mea, quem elegeris, fundum illum reſtituas, cum morietur.* Quo caſu conſtat, heredem poſſe ſubinde mutare voluntatem & electionem in *§. 1. & §. rogo h. tit.* heredem poſſe varia-

te posse variare, pœnitere, modo hoc velle, modo illud: modo velle, modo nolle, quia quicquid confertur in mortẽ, eius arbitrium currit sursum deorsum tota vita, atque ideo omne spacium vitæ heredi est liberum ad eligendũ, & suprema electio seruatur non prima: non sufficit hunc eligere, si non durat electio, & contra non officit hunc reiicere prælato altero, si qui reiectus fuit primum, nunc eligitur. Ergo certissimum est, hoc casu ambulatoriam esse voluntatem heredis vsque ad supremum vitæ exitum, sicut dicitur de voluntate testatoris, eam non esse firmam & stabilem, sed fluctuare & ambulare vsque ad mortem: morte sola confirmari testamentum, morte item sola heredis confirmari electionem. Et hoc diximus, si fideicommissum sit ita relictum, cum morietur heres. Hæc adiectio manifeste rem confert in mortem heredis. Sed idem erit omnino, eadem erit vis verborum, si non dixerit, *cum morietur heres*, sed *cum volet heres*, hoc modo: *rogo te heres, vt vni ex familia mea, cui volueris, & cum volueris fundum illum præstes & restituas.* Idem igitur est, si non dixerit, cum morietur heres, sed cum volet, aut cum voluerit, sed quandocunque volet, aut voluerit, vt in *l. vxorem §. Scæuola tit. seq. l. cum pater §. vlt. h. tit.* Et ita obseruandum, vehementer, multum interesse dixerit testator, *tantummodo cui volueris, rogo te vti des*, nullo alio adiecto: nam hoc casu heres semel duntaxat eligere potest. Hæc enim verba, *cui volueris*, non habent tractum, nisi iusti & modici temporis ad deliberandum, *vt dixi ante.* Verum si dixerit, *cum volueris*, vel *quandocumque volueris*, hæc verba tractum & extentionem habent vsque ad mortem heredis: interim si quem elegerit, variare potest, & ab electione recedere aliumque eligere. Notanda est hac in re alia verborum differentia, *rogo te, cui volueris dare*: nam semel tantum eligere potest, *l. 17. §. vlt. hoc tit.* At si dixerit, *cui volueris relinquere* hoc modo, *rogo te, vt vni ex familia cui volueris fundum illum relinquas*: hoc casu heres subinde sententiam, electionem mutare potest. heredi est perpetua voluntas eligendi, quamdiu viuit, §. *sed si fundum*, in *h. l.* quia verbum, *relinquendi*, rem trahit vsque ad mortem, in *l. 11. §. si filio, l. seq. l. 1. §. vlt. de tab. exhib.* Relinquere est morientium, non viuentium: dare est viuentium magis. Atque ita differentia est inter dare & relinquere hoc modo: *heres rogo te, vt des, vel rogo te, vt relinquas*, quam differentiam etiam obseruant Grammatici quodam loco Hom. Il. 2. Qui locus etiam seruit exemplo fideicommissi. Scribit, Vulcanum sceptrum, quod fabricauerat dedisse Ioui, Iouem Mercurio, Mercurium Pelopi, Pelopa Atreo, cum hi dederint vltro & sua sponte. at subiicit, Atreum reliquisse Thyesti, & Thyestem reliquisse Agamemnoni, quia scil. vterque nõ rem libenter dedit, quam necessario reliquit. Atreo Thyestes fuit frater, cum quo gerebat iustas inimicitias. Agamemnon autem Atreo fuit filius maior natu, sed adhuc impubes. noluit pater lubrico ætatis sceptrum relinquere, & maluit vel fratri inimico relinquere, fide interposita restituendi Agamemnoni, quam fidem fratri Thyestes etiam exhibuit, & proprio Ægystho filium fratris prætulit Agamemnonem. Atque ita vterque Atreus Thyesti, & Thyestes Agamemnoni magis necessario reliquit, quam libenter dedit, vt testamentis certe non tam libenter damus, quam necessario relinquimus, non daturi si viueremus. Denique relinquimus, quod asportare nobiscum non possumus. Et hæc differentia satis colligitur ex supradictis locis, ex §. *sed si fundum huius l. coniuncta leg. 17. §. vlt. h. t. & ex supradictis alijs legibus.* Ex his intelligimus, *quod initio dixi*, multum interesse, vtrum quis legauerit simpliciter cui voluerit heres dare, an cui voluerit heres dare, cum morietur, vel cum voluerit, vel quãdocumque voluerit, vel cum voluerit relinquere. Sed addendum in vtroque casu hoc ius esse commune, vt priore casu, si legauerit simpliciter cui voluerit heres dare, vt herede non eli-

A gente, omnibus competat petitio fideicommissi, *d. l. 17. §. vlt. l. Labeo §. vlt. de statulib.* Sin vero fideicommissum reliquerit hoc modo, *cui voluerit dare: cum morietur: nemine electo, omnes, qui sunt ex familia defuncti vocantur ad fideicommissum*, §. *sed si vno, h. tit.* Ergo quodam modo videtur esse duplex fideicommissum, purum & conditionale, perinde ac si ita dixisset, *vni ex familia, quem moriens heres elegerit, vel si non elegerit, omnibus.* Qua de causa in hac *l. §. si fil.* vno electo ex familia ab herede, lex ait, cęteros conditione defici, quasi scilicet, videatur in omnium persona legatum fuisse condicionale, in electi persona purum. Eligit autem libere heres, quem vult ex familia defuncti, vel proximiorem, vel vlteriorem, non seruatis gradibus cognationis, & vnius electio excludit cæteros. Et ita
B accipiendum est, quod ait initio huius legis, *& vnum eligere sufficiat*, cuius scil. cumque gradus sit, ad excludendos cęteros, qui sunt ex eadem familia & nomine. Non eligente autem herede & moriente nemine electo, ipso iure omnes, qui sunt ex eadem familia, inuitantur ad fideicommissum. Sed si quamplurimi, aut pene innumeri, sane si diuersis fideicommissum inter partes, in minutissimas diuersis, atque ita inutile fideicommissum effeceris. Ideoque hoc casu cum nimis magnus est numerus eorum, qui sunt ex ea familia, æquius est ita rem temperare, vt proximiores admittantur, *l. 32. §. vlt. de leg. 2. l. peto §. frater, de leg. 2. h. tit.* Sicut si testator generaliter petierit ab herede, ne fundum alienaret extra familiam: nam hoc casu heres elegit, quem vult, §. *sed & si fund. h. t. &*
C *l. pater filium, ad l. Falc. & l. filius f. §. cum pater, de leg. 1.* Nemine autem electo, omnes vocantur gradatim: quando & magnus numerus familiæ, proximiores admittuntur, vt ante dixi, *d. l. peto §. si fideic.* Inde subsequitur quæstio, quam post proponemus. Initio legis propositæ, subiicit Papinianus. Heres rogatus est vni ex familia quem elegerit, fundum restituere *cum morietur, vel post mortem suam.* vnum elegit & ei testamento suo eundem fundum legauit. an valet legatum? Et respondet, statim inutile esse legatum, quia ei quem elegit, heres fundum debere cœpit ex priori testamento. Debitor autem creditori non iure legat id quod debet, *l. Mæuius §. 1. h. tit.* Et ita respondet Papinian. hoc loco. Sed obiicies: non ita heredem obligari ei
D quem elegit statim, vt non possit se absoluere, cum voluerit mutata voluntate, & alio electo. Sed respondeo: heredem obligari ei, quem elegit, ex priore testamento, quamdiu non mutauerit voluntatem: & si forte mutauerit, desinet obligari, & ex heredis testamento, quo ei quem elegerat, fundum legauit, non esse legati petitionem, quia mutata voluntate legatum illud extinguitur, quod etiam non fuit proprie legatum, sed electio, vel electionis repetitio superuacua, si prius elegerit, deinde legauerit electo eundem fundum; deinde, si heres alium elegit incipit obligari ei quem nouissime elegerit. ambulat obligatio ambulante voluntate heredis: vel si neminem elegerit heres heredis obligatur omnibus, qui sunt ex ea familia. Denique vel non facta electione ab herede, omnes, qui sunt ex ea familia, in-
E telliguntur creditores: vel facta electione, is tantum intelligitur esse creditor, qui nouissime electus est. Priore casu heres heredis omnibus frustra legauerit: posteriore heres electo frustra legauerit, quia debitor creditori inutiliter legat id, quod debuit: nisi amplius aliud sit in legato, quam in debito. Didicimus, herede rogato per fideicommissum restituere, vel dare cum morietur vni ex familia testatoris, quẽ ipse heres elegerit, hoc est thema, quod versatur in hac leg. ei esse plenam & perpetuã libertatem eligendi cui velit fundum dare, & variandi quamdiu viuit, & vltimam demum huius electionem valere, non primam, ac nullo electo, omnes qui sunt ex familia testatoris, ad fideicommissum vocari, non seruatis

gradus prærogatiua, nisi ingens sit familiæ numerus, & eligi ab herede posse vel vnum ex familia testatoris, cuiuscunque gradus sit, & vnius electione cæteros excludi, cæteros conditione deficere, vt in §, 1. *h. tit.* ait si forte tres sint ex familia eius, qui fideicommissum reliquit eodem vel dispari gradu, nil refert, & satis vnum esse eligere, & postquam paritum est voluntati, cæteros conditione deficere. Didicimus etiam, ei quem elegerit, heredem frustra in suo testamento legare fundum, quem statim electio fecit, vt ei deberet heres ex alio testamento: nam siue in ea electione perseuerauerit heres, videri creditori legasse, & debitor creditori iure non legat: siue electionem mutauerit, neque à primo testamento, neque ex testamento heredis ei quicquam deberi quia neutro testamento quicquam ei legatum videtur; non priore testamento, quia legatum proponitur ei, quem elegerit heres: nam istius personæ electio non durauit. non testamento heredis, nam legatum illud heredis mutatur. Porro mutatur electio non tantum alio electo sed etiam nullo alio post electo, nuda sc. voluntate, si declarauerit heres, se ei dare nolle, quem ante elegerit. nec est eadem ratio testamenti, & electionis testamentum non infirmatur nuda voluntate: electio infirmatur nuda voluntate, quod Accurs. seruat recte in princ. huius *l. ad verbum, mutetur.* Hæc est breuis comprehensio ante dictorum, cui illud adiecimus postremum, quod diximus de electione.

Ad §. si Falcidia.

Si Falcidia quæratur, perinde omnia seruabuntur, ac si nominatim ei, qui postea electus est, primo testamento fideicommissum relictum fuisset: non enim facultas necessaria electionis, propriæ libertatis beneficium est. Quid est enim, quod de suo videatur reliquisse, qui quod relinquit, omni modo reddere debuit.

§.2. ¶ *Itaque si cum forte tres ex familia essent eius, qui fideicommissum reliquit, eodem vel dispari gradu, satis erit vni reliquisse. nam postquam paritum est voluntati, cæteri condictione deficiunt.*

SEquitur alia quæstio, cui coniungitur explicatio §. 1. An heres, qui rogatus est vni, cui voluerit fundum restituere, possit duos, vel plures eligere, vel omnibus relinquere fundum? Et dicam statim posse: nam in §. 1. huius *l.* ait, satis esse vni relinquere. Sensus hic est: posse omnibus relinqui, sufficere vni relinqui. Et ideo, sicut in hoc genere legati conditionem subintelligimus, vt si heres neminem elegerit, omnes vocentur ad fideicommissum, qui sunt ex familia defuncti: ita non male subintelligimus, vt fundum restituat vni, cui volet, vel pluribus, quibus volet: nam & istud genus legati ita extenditur in §. *sed etsi fundum,* & §. *rogo fundum, h. t.* Ac præterea, si non eligendo heres efficere potest, vt omnes ad fideicommissum veniant, qui familiares defuncti fuerunt, cur non possit etiam idem eligendo, siue reliquendo omnibus? Ac rursus, si partem huius fundi heres potest assignare, & adscribere duobus, vel pluribus ex ea familia §. *si duos h. tit.* cur etiam non totum fundum poterit omnibus relinquere nulla habita electione, nullo habito discrimine personarum, quæ sunt ex familia? Nec quicquam mutat, quod fideicommissum vni relictum sit. Nam hæc verba sic accipiuntur, vt vel vni restituat ex familia. Idemque est sensus horum verborum, *peto ne fundus de familia mea exeat*: nam vel vni vel quibusdam, vel omnibus fundum heres relinquere potest. Et similiter è contrario, si dixerit, quibus volet ex familia restituas, satis erit, si vni restituat, vni relinquat, vnum eligat, *l.* 24. *h. t.* in testam. & in legibus. & in sermonibus omnibus, plerumque multa subaudiuntur: nã non possumus omnia fari, quæ meditamur, & nõ ta fari, vt meditamur. vis mẽtis vim orationis nostræ superat longissime. in testamentis pleraque sunt προσυπακουόμενα, id est, quæ subintelliguntur & si baudiuntur, vt *Grammatici dicunt*, quæ quidem vt in narrationibus, quas breues esse oportet, rhetores omitti iubent, quod satis perse intelligantur: ita omissa in testamentis supplentur facile: nam & testamenta breuitatem habent, testamentũ fit tribus verbis, *Petrus heres esto, l. 1. l. cum in testamento, l. si itaque heredes, de heredib. instit.* Iuuenal. *omnia soli forsan Pacuuio breuiter dabit.* & alibi: *qui se cautum atque legatum exiguis tabulis & gemma fecerat vna, l. 1. l. si ita quis heres, de heredib. instit.* Si igitur heres omnes, qui erant ex familia defuncti elegerit, omnes creditores fuisse intelligũtur, & fundus eis in testamento heredis frustra legabitur, res scil. debita à debitore creditoribus frustra legabitur, vel si omnes heredes scripserit in suo testamento interueniente Falcidia, in ære alieno fundum deducent, quasi sibi debitum, deinde Falcidiam ex legatis, seu deductionem Falcidiæ præcedit semper deductio æris alieni, in quo computabunt illum fundum, quasi sibi debitum: nam deducent non tantum æs alienum, sed & sibi debitum & id quod cui ex eis defunctus debuit, *l. pater famil. ad l. Falc.* Nec quicquam mutat, quod heres vnum vel quosdam eligere potuerit, & vnum præferre alteri: nec enim ideo videtur beneficium dedisse ei, eisue quos elegerit, quia necessario, vel hunc, vel illum, vel quosdam eligere debuit, vel omnibus relinquere illum fundum. Et quod necessitate fit, nõ est beneficium, non est liberalitas. Et hoc est, quod ait in §. 1. facultatem necessariam electionis, non esse beneficium propriæ liberalitatis, cum idem pareat, *l. rem legatam, de adim. leg.* Qua tamen in eandem rem quidam abutuntur, dum aiunt, *neminem in necessitatibus liberalem existere.* Nam ea lex hoc vult, multum interesse, vtrum rem legatam testator vendiderit, an donauerit: nam si vendiderit, distinguimus: aut vendidit propter necessitatem rei familiaris, & debetur legatum, quia non habuit animum adimendi legati, sed coactus necessitate rem legatam vendidit: si vero mera voluntate vendiderit, videtur ademisse legatum. Eadem distinctione non vtimur, si donauerit: nam quicunque donat mera voluntate, donat semper: nemo donat propter necessitatem rei familiaris, vt ea se absoluat dum premitur. Ergo nemo in necessitatibus liberalis existit, id est, nemo dum premit eum egestas donat: non enim hic est sensus, vt non sit donatio, quæ necessitate fit. Sed redeamus vnde abiimus. consequens est, quod ante diximus, vt si heres ei quem elegerit, fundum in suo testamento legauerit, aut prælegauerit, & interueniat Falcidia in testamento heredis, ex eo legato non detrahatur, quia non est legatum, quod necessitate relinquitur. Legatum est in genere liberalitatis, *l. cum non facile, si cui plus quam per leg. Falcid. l. pen. de testam.* Necessaria electio non est liberalitas, & legatum illud nihil aliud est, quã electio necessaria. electio est, quia heres est debitor fideicommissi. Necessitatis verbo significatur obligatio in *l. post certi temporis, C. de liber. cau.* Pactum nullam habere necessitatem, id est, ex pacto non nasci obligationem, quod & varie possit comprobari. Ergo quod ait Papinianus initio huius l. vnum ex familia heres eligere debet, plane necessitatem significat. *debet*, id est, cogitur, eligere vel reddere. Et vt ait in §. 1. omnino debet eligere vel reddere ipse, aut heres eius: nam si priusquam eligat, moriatur heres, heres eius omnibus cogitur reddere fideicommissum, fundus quidem est in legato ex testamento priore, non ex testamento heredis. Et ideo, si in testamento heredis interueniat Falcidia, in primo non interueniat, fundus ab herede legatus Falcidia non minuitur. contra, si in primo interueniat Falcidia, etiamsi non interueniat in testamento heredis, fundus minuitur per legem Falcidiam: quia perinde est atque si is fundus in primo testamento fuisset legatus nominatim ei, quem elegit heres, vel eis, quos elegit. non fuit legatum nominatim, quia incertum

est legatum hæc sunt opposita, incertum esse legatum, & nominatim esse relictum, vt in illa declamatione Quintiliani 318. Ac rursus non est plane incertum legatum, alioquin esset inutile, quia certæ sunt personæ, quib. incerto legauit, puta quem eligeret heres. §. *sub cond. Inst. de leg.* Ex his facillime intelligimus §. 1. Ex §. *si Falcidia*, inter cætera intelleximus, legata esse in genere liberalitatis, legatum siue fideicommissum in liberalitate, & beneficio consistere. Sane legatum definitur esse donatio quædam, *l. 36. h. t.* quo modo & fideicommissi definitio inchoari potest. Et definitur recte esse donatio quædam: nam est proprij cuiusdam generis donatio. non est donatio inter viuos, relinquitur enim potius, quam datur. legatum vel fideicommissum mortis causa dicitur capio, *l. mortis causa capitur, de mort. causa donat.* & non insinuatur: non est etiam donatio causa mortis, quia conualescentia non reuocatur, sicut donatio causa mortis. Est igitur proprij cuiusdam generis donatio, hoc est, donatio quædam, vt in *l. rogasti, de præsc. verb.* si me rogaueris mutuam pecuniam, & ego cum pecuniam non haberem, tibi rem vendendam dedero, vt pretio vtaris, lex ait esse genus quoddam proprij contractus, negotium gestum esse quoddam; id est, non esse mutuum, non esse commodum, sed proprij cuiusdam generis contractum. Et ita Arist. 4. *Ethic.* verecundiam esse metum quendam infamiæ: neque enim idem est prorsus, quod metus. verecundia ruborem, metus pallorem inducit. Ex eo autem quod diximus, legatum esse donationem quandam, & munificentiam, siue liberalitatem, scil. cuiusdam generis, in iure multa sequuntur ex eo verbo: vt non possis obligare rogando eum, cui nihil dederis: non possis ab eo legatum aut fideicommissum relinquere, quia de suo, non de alieno quemq, largiri oportet, *l. 6. §. vlt. t. seq.* Largitio, quæ fit de alieno, non est liberalitas. ergo nec legatum. quin in multis casibus largiri de alieno, est species furti, *l. si pignore §. 1. de furt.* Ex eo etiam sequitur, vt turpia legata non valeant, *l. turpia, de leg. 1.* quibus conuitio aliquo oneratur legatarius, vt si quis ita mulieri legauerit: *illi vt habeat, vnde ingluuiem suam exsaturet, sues omnes meas do, lego, scrophos, troias meas omnes do, lego*, vt Messalla in *lib. de orig. Augusti.* scribit sues vulgari sermone Latino appellari *troias*. vt solemus nos Galli appellare *des truyes*, & inde vexillo Troianorum insculptam fuisse suem. Ergo non sunt beneficij aut liberalitatis, quæ cõtumeliose relinquuntur. contraria sunt honori, ergo & legato, legatum enim est honos. Denique contra naturam legati est, alicui cum conuitio contumeliose legare. Qua ratione etiam iure veteri non valebat legatum relictum pœnæ causa, §. *pœnæ, Instit. de legat.* quia contra naturam legati est, vt sit pœna, non liberalitas, non honos. Et similiter ex his sequitur, quæ proprie pertinent ad thema legis nostræ, vt id non intelligatur esse legatum, quod necessario relinquitur: nam quod necessario fit, non fit liberaliter, necessaria electio non est legatum. Parere voluntati defuncti, non est legare, quia cogimur parere voluntati, exsequi voluntatem defuncti, vel nos, vel heredes, si non ei obsecuti fuerimus.

Ad §. sed si 3:

Sed si vno ex familia herede instituto, ille fundus extraneo relictus est, perinde fideicommissum ex illo testamento petetur, ac si nemo de familia heredi heres exstitisset. Verum is, qui heres scriptus est, ratione doli exceptionis, cæteris fideicõmissum petentibus facere partem intelligitur: nam quæ ratio cæteros admittit, eadem tacitam inducit pensationem.

§. 4 ¶ *Si duos de familia non æquis portionibus heredes scripserit, & partem forte quartam extero eiusdem fundi legauerit, pro his quidem portionibus quos iure hereditario retinent, fideicommissum non petetur, non magis, quam si alteri fundum prælegassent. pro altera vero parte, quæ in extrum collata est, virilem, qui sunt de familia petent, admissa* A *propter heredes virilium portionum pensatione.*

NVnc exponamus §. *sed si.* In hoc §. persequitur idem thema, quod proposui initio. est quæstio hæc laciniosa, & multis implicita interrogatiunculis, & quasi punctis. Heres rogatus vni ex familia defuncti testatoris, cui vellet fundum restituere cum morietur. Hoc est thema huius legis. Is heres precibus defuncti non præbuit fidum obsequium: Nam moriens heredem scripsit vnum quidem ex familia testatoris sui, sed fundum extraneo legauit per vindicationem: ita vt ne momento quidem resideret apud heredem scriptum. Quid fiet? non paruit voluntati defuncti, qui fundum extraneo legauit, licet vnum ex familia sibi heredem fecerit. Quæritur, *an fideicommissi petitio competat his, qui* B *sunt ex familia prioris testatoris?* Et sane ait Papinian. omnes qui sunt ex familia, perinde fideicommissum petere posse, atque si neminem ex ea familia sibi heredem fecisset heres prioris testatoris fideicommisso oneratus. Finge: tres erant ex familia testatoris, & heres eius vnũ ex eis sibi heredem fecit, fundum extero legauit. certe cæteri duo fideicommissum petent ab eo, id est, ab herede heredis, tametsi ipse etiam sit ex eadem familia, vna cum cæteris duobus. non potest à seipso fideicommissum petere; cæteri ab eo poterunt rectissime, ipse à se non potest petere. Et præterea, quod ad eius personam attinet, obligatio descendens ex primo testamento, aditione confusa est, quia creditor intelligitur debitori heres exstitisse. Quid ergo heres heredis, licet sit ex eadem fami- C lia, nihil ex eo fundo feret? Ita ius est summum: sed æquitas est, vt retineat portionem virilem in eo fundo, quod fiet ratione, hoc est, beneficio exceptionis doli mali. Nam cæteri petentes solidum fundũ ab eo, repellentur ratione, hoc est, exceptione doli mali, à petitione solidi fundi, & bessem tantum fundi consequentur; triens remanebit apud heredem heredis & ita partem faciet cæteris, hoc est, persona eius numerabitur in partibus faciendis. Et sic fundus diuidetur in tres partes, in tres trientes, & non tantum partem faciet cæteris, sed etiam partem virilem sibi deducet, & retinebit. Non omnis qui partem facit, & partem fert, *l. 7. hoc tit.* Hic & partem faciet, & partem feret, siue retinebit. Idque est æquissimũ: *Nam*, vt ait Papinianus, *quæ ratio cæteros admittit, eadem,* D inquit, *tacite inducit pensationem.* Est obscura ea ratio, *quæ ratio admittit cæteros*: Cur cæteri admittuntur? quia sunt ex familia prioris testatoris, & extitit conditio fideicommissi fundo ab herede legato, non vni ex familia, sed extraneo. Eadem ratio vocat heredem heredis in partem virilem, cum ipse sit ex eadem familia. Ergo admittitur, partem facit cæteris, partemque retinet sibi, hoc est, trientem. admittitur autem, vt ait, *per tacitam pensationem.* nihil refert dicas *pensationem*, an *compensationem*, vtrumque idem potest. Vocat autem pensationem non improprie, vt vult Accursius, sed proprie. Quid est cõpensatio? *reputatio partis debitæ pro rata.* Cæteris petentibus solidum, ipse compensat & reputat partem sibi contingentem, partem, quam ex primo testamento testator E secundus sibi debuisse intelligitur. Denique cæteris petentibus solidum, compensat partem sibi debitam, atque ea minus præstat cæteris. Hoc sane est compensare, & quasi soluere solidum: nam compensatio vicem solutionis obtinet. Et ita in §. *seq.* vbi eadem æquitas compensationis seruatur, ait, *admissa propter heredes, virilium portionum pensatione.* Verum cur hanc pensationem vocat tacitam, nec enim fit tacite, vt videtur, quia ante dixit, eam induci ratione exceptionis doli mali. Opus est igitur facto, hoc est, oppositione exceptionis, ergo compensatio non fit tacite, non fit tacito iure, sed opposita exceptione doli mali. Ea autem omissa non fit pensatio. Sic posset quis argumẽtari summa ratione. Sed nihilominus dicendum est hoc casu, vt in omnibus aliis semper induci tacitam compensationem ab herede heredis aduersus

cæteros, quia fit ex eadem familia pro portione virili, hoc est, eam pensationem induci tacito iure, mero iure, etiamsi sit omissa exceptio doli mali, quæ inest omnibus iudiciis tam bonæ fidei, quam strictis. Nam quod attinet ad causam compensationis, hodie exceptio doli mali inest omnibus iudiciis tam strictis, quam bonæ fidei, *l. 4. l. posteaquam, de compens. l. 4. & 5. C. eod. l. inter, de adm. tut.* vbi idem Papin. Æquitas merum ius compensationis inducit, id est, æquitas facit, vt fiat compensatio tacito iure: mero iure fiebat in strictis iudiciis opposita exceptione doli mali. Hodie hæc exceptio inest omnibus iudiciis, hoc est suppletur à iudice, etiamsi sit omissa: & inducitur compensatio, minuiturque petitio actoris vel consumitur ratione compensationis tacitæ, ratione exceptionis doli mali tacitæ. Nam hæc non sunt contraria. In hoc §. induci tacitam exceptionem, & fieri pensationem ratione exceptionis doli mali: fit enim ratione eius exceptionis, quæ inest, & quam exprimi necesse non est, aut peti à prætore, & adiici actioni. Hæc est sententia huius §. Ex eo intelligitur, confusione, quam inducit aditio hereditatis, tolli quidem obligationem, sed compensationem non tolli, quod est frequens in iure, *l. 14. C ad l. Falcid. l. vlt. ad Trebell.* Obseruandum etiam hoc est, recte ita poni speciem in hoc §. heredem scripsisse vnum ex familia, sed fundum extero legasse: nam si heredem scripserit vnum ex familia, & fundum nemini legauerit, cæteri excluduntur, quasi defecti conditione, *l. filiusfam. §. cum pater, de leg. 1.* quia penes vnum ex familia fundum remanere satis est, & remanebit penes heredem scriptum, qui est ex familia, si non sit alij legatum. Rursus ad hæc posset quæri, *quid sit statuendum de legato relicto extraneo: an extraneo erit legati petitio?* Fideicommissi petitio ratione eius fundi cōpetit omnibus, qui sunt ex familia, *an & legati petitio competit extero?* Distinguendum est: Aut heres, qui eo fideicommisso oneratus fuit, fundum legauit extero, sciens esse debitum ex testamento testatoris sui, *l. 49. mand.* Aut ignorans. Si sciens fundum esse debitum, eum legauit extero, heres eius extero tenebitur ad æstimationem fundi solidam, familiæ autem ad fundum: extero tenebitur quasi legatario, familiæ quasi creditoribus. Priores potioresque sunt creditores legatariis. *l. 1. C. de bon. auct. iud. poss.* nam legata non debentur nisi deducto ære alieno, *l. 1. §. denique, ad Treb.* Ideoque rem ipsam primum heres heredis præstabit his, qui sunt ex familia: deinde æstimationem legatario. Sed si ignorans, heres heredis legatario tantum tenetur pro parte cæterorum, §. *si rem* in hac l. Intelleximus ex §. *sed si vno*, herede rogato fundum vni ex familia testatoris, cui vellet relinquere, si is vnum ex familia heredem scripserit, fundum autem extraneo legauerit, cæteris qui sunt ex familia heredem heredis teneri fundum restituere, compensata & deducta portione virili sibi obtingente, & delata ex priore testamento: portionis virilis ei compensationem esse, petitionem esse confusam aditione hereditatis, quia vt debitoris heres extitit, testator suus debitor ei fuisse intelligitur ex causa fideicommissi priori testamento relicti: compensationem autem saluam manere, nec perimi confusione, imo fieri eam tacito iure ratione doli exceptionis, quæ hodie inest omnibus iudiciis, ex causa compensationis, & ex omni alia causa iudiciis tantum bonæ fidei. Hæc est sincera huius §. interpretatio. eadem est ratio compensationis in specie §. *si duos*. Heres rogatus est vni ex familia testatoris cui vellet certum fundum relinquere: & duos ex ea familia sibi heredes scripsit, fundi partem quartam extraneo legauit. cum scripsisset autem duos heredes ex disparibus partibus paruit voluntati defuncti pro dodrante, quia dodrantem reliquit duobus ex familia, quos sibi heredes fecit, pro quadrante autem non paruit voluntati defuncti, quia quadrantem fundi extraneo legauit: quo fit, vt omnibus qui sunt ex familia, competat fideicommissi

A petitio pro quadrante, non etiam pro dodrante, quia dodrans duobus ex familia relictus est, diuidendus pro hereditariis portionibus, qui etsi alteri eorum prælegatus fuisset, cæteris quadrantis petitio non competeret. Vnde si heres fideicommisso oneratus, duos ex familia heredes scripserit, & fundi quadrantem extero legauerit: cæteri omnes, qui sunt ex familia, quadrantem duntaxat fundi petere poterunt à duobus illis heredibus, sed in partibus faciendis numerabunt duos heredes scriptos. retinebunt ergo singuli heredes scripti ex fundi parte quarta viriles portiones, iure pensationis tacitæ, & reliquum restituent cæteris, qui sunt eiusdem generis, nominis, familiæ, qui similiter id inter se diuident pro virilibus portionibus, quia prior testator omnes videtur vocasse ad viriles portiones, *l. cum pater §. heredem, l. pen §. Lucius, h. t.*

B Et hoc est, quod ait in hoc §. quæ verba indigent interpretatione, *pro altera vero parte, qua in exterum collata est*, id est, pro quarta parte quæ extero legata est, virilem qui sunt de familia petent. *qui sunt de familia*, hoc est cæteri qui non sunt heredes scripti ab herede onerato fideicommisso, & sunt ex eadem familia prioris testatoris, & quomodo petent? *admissa*, inquit, vt recte Florentiæ, *propter heredes*, id est, propter illos duos heredes, *virilium portionum pensatione*. Quæ verba ita fient perlucida, si sic exponantur. cæteri qui non sunt heredes scripti, & sunt ex eadem familia, tantum petent fundi quadrantem legatum extero, verum tacito iure, mero iure, ipso iure. illi duo heredes scripti eis partem

C facient in eo fundi quadrante, quem petent. Ac præterea, quoniam Azo & Hugolinus aliquantulum laborant in interpretatione horum verborum, *pro his quidem portionibus, &c.* optimum esse puto, ea facere clariora. Ea verba nescio qua mente sic accipi posse arbitrantur, ac si palam diceret Papinianus, illos duos heredes dodrantem in eo fundo retinere iure hereditario, quod est manifeste falsum: nam fundus ille non fuit in hereditate heredis primo testamento instituti. Ideoque iure fideicommissi illi duo heredes retinent dodrantem fundi iure fideicommissi sibi relicti testamento primo, non iure hereditario, quia heredes extiterunt ei, à quo fuerat fideicommissum relictum: & consequenter, si lex Falcidia interueniat in posteriori testamento, eum dodrantem non im-

D putabunt in Falcidiam, *l. 4. ad l. Falc.* Quia in Falcidiam ea tantum imputantur quæ iure hereditario capiuntur, *l. in quartam, ad l. Falcid. l. filium quem, C. fam. ercisc.* Et vt debitor inutiliter creditori legat id, quod debet, titulo legati scil. ita & titulo hereditatis. Denique eum dodrantem capient titulo fideicommissi ex primo testamēto, non titulo hereditatis ex posteriori testamento. Et alius est sensus horum verborum, nempe hic: eos duos heredes, quasi electos ab herede primo per institutionem, secundum modum institutionis dodrantem eius fundi inter se diuidere pro hereditariis portionibus, non pro virilibus, quia vt proposuimus in princ. non fuerūt heredes scripti ex æquis partibus, sed ex disparibus. non ergo diuident fundi extraneo legati dodrantem inter se

E ex æquis partibus, sed ex disparibus, prout heredes instituti sunt. Quadrantem autem fundi extraneo legati contra voluntatem defuncti, omnes, hoc est, heredes & non heredes, eiusdem familiæ & gentis inter se diuident pro virilibus portionibus; quia, vt dixi, primo testamento prior testator intelligitur omnes vocasse in viriles portiones, vel in capita. Ambiguitas orationis soluitur discrimine veri & falsi, quæ videbatur inesse illis verbis, *pro his quidem portionibus, quas iure hereditario retinent.* Sensum, ex quo efficitur falsum, reiiciamus: sensum ex quo efficitur verum, amplectamur, quæ est certa regula ambiguitatum dirimendarum: vt si dicam hoc modo: *constat filium in potestate habere patrem*, vtrum dicam explicare facillimum est. Nam vel hoc dico, patrem esse in potestate filij, quod est falsum, vel filium esse in potestate patris, quod est verum. Et hoc est, quod diximus,

ambiguitatem solui discrimine veri & falsi. Illud non est omittendum, vt & in specie *h.* §. *si duos*, & in specie §. *sed si vni*, ponendum esse necessario fundum vel partem fundi, de quo quæritur, extraneo fuisse legatum ab heredibus, vel herede heredis primo testamento scripti, nec fuisse traditum extero. vnde quæritur, *quid sit dicendum, si heres heredis fundum vel partem fundi extero legatum tradiderit antequam cæteri agerent ex causa fideicommissi?* Sane hoc casu cæteris, qui sunt eiusdem gentis & familiæ, non tantum in heredem, sed etiam in extraneũ possessorem, est fideicommissi persecutio, & in rem missio, aut in rem actio, *l. 1. l. vlt. C. comm. de leg. Nou.* 39. Et est fideicommissi persecutio cæteris solummodo, non etiam heredi qui tradidit, licet sit ex eadem familia: quia fideicommissi tantum compensationem habet pro portione virili, non petitionem. non dabiur etiam heredi condictio certi vel incerti aduersus exterum, cui tradidit ratione omissa retentionis, ratione non retentæ partis virilis, quasi plus debito tradiderit: quia scil. retentionem tantum habuit aduersus cæteros, qui sunt ex eadem familia pro portione virili, non aduersus extraneum legatarium. Hæc habent rationem suam. sed sequitur ex eo magnum incommodum: nam ita fit, vt deterior sit conditio legatarij extranei traditione ei facta, quam traditione nondum facta: Nam si nondum tradiderit heres heredis fundum extero, vel partem fundi, ab eo consequetur æstimationem rei legatæ, si testator sciens legauerit: vel si ignorans, partem virilem, quam heres sibi detraxit Igitur ne hoc eueniat, æquissimum est, legatario subueniri aduersus heredem, à quo ei legatum relictum est, perinde atque si nihil accepisset, quandoquidem id quod accepit, abstulere cæteri, qui erant ex eadem familia. Et æquissima videtur esse sententia Accurs. vt si ab extraneo possessore, cui iam traditus est fundus, cæteri vindicent fundum, ille se defendat aduersus eos ex persona heredis, à quo accepit. potest vti defensione ex persona heredis, qui aduersus heredem regressum habet. Reputabit ergo cæteris, quod & reputasset ipse, à quo legatum accepit. Et hæc sufficient ad hunc §. Valde notandum, quod diximus in extremo vltimæ recitationis. Duobus ex familia prioris testatoris ab herede heredibus constitutis, vel vno ex familia instituto, fundo, de quo agitur, extraneo legato & tradito, si ab extraneo fundum vindicent, cæteri qui sunt ex eadem familia, eum possessorem extraneum posse compensare viriles portiones, aut virilem portionem, quam heres heredis, qui fundum tradidit, compensaret, si cum ipso ageretur, & eundem extraneum in residui æstimationem cum herede heredis experiri posse, si sciens prior heres fundum familiæ deberi, eum extraneo legauerit: alioqui, quod est iniquum deterior erit conditio legatarij post traditionem fundi, quam fuerit ante traditionem. nam ante traditionem vel agens consequeretur totius fundi æstimationẽ, si sciens prior heres ei legasset, vel portionẽ obtingentẽ heredi, si ignorans legasset prior heres, *vt in* §. *si rem, in h. l.* Hæc sunt subtilia magis, quam difficilia.

Ad §. sed etsi fundum 5.

Sed etsi fundum heres vni ex familia reliquerit, eiusque fidei commiserit, vt eum extero restituat, quæsitum est, an hoc fideicommissum peti possit? dixit, ita demum peti posse, si fundi pretium efficiat. Sed siquidem ille prior testator ita fideicommissum reliquisset, rogo fundum, cui voles, aut quibus voles ex familia relinquas, rem in expedito fore. Quod si talia verba fuissent: peto, ne fundus de familia exeat, heredis heredem propter sequens fideicommissum, quod in exterum collatum est, oneratum intelligi, petituris deinceps cæteris ex primo testamento fideicommissum, post mortem videlicet eius, qui primo electus est.

§. 6. ¶ *Et ideo, si electo vno fideicommissum in exterum non conferatur, non alias ei, qui electus est fideicommissum* A *præstandum erit, quam interpositis cautionibus, fundum cum morietur, si non ex familia cum effectu re.is :queretur, restitui.*

Quæ hactenus dicta sunt de fideicommisso fundi vni ex familia relicto, omnia locum etiam habent in fideicõmisso ita relicto, *peto ne fundus ille ex familia mea exeat.* Itaque quod ad ea, quæ hactenus diximus, attinet, nihil interest, dixerit testator, *peto vt fundum vni ex familia relinquas, aut peto, ne fundus ille exeat de familia mea.* Sed ex hoc §. *sed etsi fundum*, intelligemus in aliis causis esse differẽtiam inter hoc & illud genus fideicommissi, & duæ sunt præcipuæ differentiæ. Fundo relicto vni ex familia & tradito, ab eo, qui fundum accepit, fundus potest transferri in extraneum, nec perpetuo remanere debet in familia: fideicommisso autem relicto familiæ, vel herede rogato, ne fundus exeat de familia, ab eo, B qui prius accepit fundum ab herede, non debet fundus in extraneum transferri, sed reseruari debet, & relinqui aliis, qui sunt ex eadem familia. Qua de causa is, cui priore loco heres fundum tradidit, cauere debet heredi, *se eum fundum, cum morietur, familia relicturum, vel heredi redditurum*, quandoquidem cæteris competit fideicommissi petitio aduersus heredem, fundo quandoque in extraneum collato, *l. peto* §. *vlt. supra*, & ob id heredi caueat de indemnitate: denique heres rogatus, ne fundus exeat de familia, eliget vnum ex familia, cui fundum relinquat exacta cautione, *fundum extra familiam alienatum non iri, aut sibi restitui*, propterea quod fundo alienato extra familiam, ipse heres obligatur cæteris, qui C sunt ex eadem familia, quamdiu ea permanebit. Est igitur sane, cur heredi caueatur de indemnitate. Cautionis formulam totam Papinianus exposuit hoc loco, *fundum cum morietur, &c. fundum quem tibi trado, cum morieris, si non in familia cum effectu relinqueretur, mihi restitui, cum effectu*, id est, non verbo tenus, *re non verbo.* Hæc sunt opposita *l. 1.* §. *vlt. quod quisque iuris in al.* Posset spe relinquere in familia, relinquere in familia verbo, non effectu ipso. Quid enim si reliquerit vni ex familia, & iusserit eum extraneo soluere æstimationem fundi? Sane hoc casu verbo tantum tenus fundum reliquit in familia, non cum effectu. Igitur cautioni rectè inserit ea verba Papinian. *cum effectu.* Est etiam alia differentia inter hoc & illud genus fideicommissi. Si heres rogatus sit vni ex familia fundum restituere, & in suo te- D stamento vni ex familia sua eundem fundum legauerit, inutile est legatum, vt didicimus *in princ huius l.* quia debitor id, quod debet ex primo testamento creditori legasse videtur. Et consequenter ab eo fideicommissum relinqui non potest. ab eo, cui legaui inutiliter, & fideicommissum relinquo inutiliter, *l. 7.* §. *vlt. tit. seq.* Frustra igitur eum rogabo, vt fundum extraneo restituat, quamquam ipse sua sponte eũ possit alienare extraneo. Vnus tantum casus est, quo ab eo fideicõmissum relinquitur vtiliter, puta, si præter fundum eidem testamento legauerit, quantum fundi pretium efficiat. Hoc casu iure rogabitur fundum extero restituere, non quod fundus ei sit legatus, sed quia preter fundum aliquid amplius, quam efficit verum pretium fundi. Ergo E agnito legato compellitur subire onus fideicommissi, id est, fundum extero restituere. Neque ob eam causam heres heredis quicquam oneratur. Et hęc quidem ita, si heres rogatus sit, vni ex familia fundum restituere. Quid fiet altero casu, si testator ab herede petierit, ne fundus de familia exiret? Hoc casu res procedit longè aliter: Nam si heres elegerit vnum ex familia, eumque ita rogauerit, fundum extraneo restituere, puta amplioribus legatis relictis, hoc casu heres heredis ab eo, qui electus est non exiget cautionem illam, de qua diximus supra, *fundum in familia relictum iri, vel sibi restitutum iri*, ne scil. faciat contra voluntatem sui testatoris, qui fundum in extraneum transire voluit: heredis est tueri voluntatem defuncti, non infringere, atque ideo non exi-

git sibi caueri de ea non infringenda: & tantū eo, qui primus electus est, mortuo, aduersus heredem heredis, cui cautum non est, sequentibus qui sunt ex eadem familia, dabitur persecutio fideicommissi: denique aduersus heredem heredis, cæteris erit persecutio fideicommissi, neque tamen ei erit exactio cautionis aduersus eum, qui primus electus est: illa cautio exigitur ab eo, qui fundū extraneo restituere rogatus non est, non ab eo, qui rogatus est. Esset enim absurdum heredem à legatario exigere cautionem de fide non exhibenda testatori suo, à quo heres scriptus est. Itaque hoc casu valde oneratur heres, propter sequens fideicommissum, quia remedio cautionis non potest sibi prospicere. Priore casu propter sequens fideicommissum nil oneratur heres heredis. Et ita posteriorem partem huius legis interpretatur recte Azo in verbis huius §. Accurs. male legit, *propterea* pro *præterea*. Item in Pandectis Florent. perperam deest versus in hoc §. Et sane est frequens hoc in Pand. Flor. Igitur sic legamus, *sed etsi fundum, &c.* Dixi ita demum peti posse, si præterea tantum eidem relictum esset, quod fundi pretium efficiat. Circa priorem partem dubitat Accurs. non abs re, cur heres rogatus vni ex familia fundū restituere, si vnum ex familia heredē instituerit, eiusque fidei commiserit, fundum extraneo restituere, heres heredis familiæ teneatur? vt in §. *sed etsi vni.* Et tamen vt ostenditur *in hoc* §. *sed etsi fundum*, si heres rogatus vni ex familia fundum restituere, eum fundum vni ex familia legauerit, & alia quædam, quæ fundi pretium efficiant, & eius fidei commiserit extraneo fundum restituere, heres heredis familiæ non tenetur. Et ratio differentiæ breuiter apertissima hæc est: herede instituto vno ex familia, & fundo extraneo relicto à primo herede, scil. cæteri, qui sunt ex familia, conditione non deficiuntur, quinimo extitisse videtur conditio fideicommissi, quia vnus ex familia electus non est, quia nemini ex familia fundus relictus est: nec enim videtur relictus heredi instituto, cum sit relictus in legatis, non in hereditate: & relictus, quod magis est, per vindicationem, aut etiam ita, vt paululum consisteret in persona heredis instituti, & quasi nihilum temporis. Legata autem sunt separata ab hereditate. At fundo ab herede relicto vni ex familia, etiamsi eum iure rogauerit fundum extraneo restituere amplioribus legatis relictis: cæteri, qui sunt ex familia conditione deficiuntur: fideicommisso excluduntur penitus, quia verum est vni ex familia fundum fuisse relictum titulo legati, qui propter ampliora ea legata, non inutiliter fuit rogatus eundem fundum extraneo restituere: sequitur §. *rogo, hic.* Sed antequam vlterius progrediamur, res ipsa postulat, vt diligentius exponamus id ipsum, quod ex §. *sed etsi fundum*, discrimen constituimus inter hoc genus fideicommissi, *peto vni ex familia, cui voles fundum relinquas cum morieris*, & illud, *peto ne fundus de familia mea exeat.* Cōmunia quidem hæc sunt inter hæc duo genera fideicommissi. Primum quod heredis est electio, cui velit fundum relinquere ex ea familia, & ea quidem ambulatoria vsque ad supremum vitæ exitum. Deinde quod ei quidem, quem elegerit heres, frustra testamento suo legat eundem fundum, tum etiam, quod ab eo, quem elegerit, frustra alteri fideicommissum relinquit, præterquam vno casu, si ampliora legata ei legauerit. Ac postremo, quod non vnum tantum heres eligere possit, sed & duos, vel plures, vel omnibus relinquere eum fundum, & quod fundo nemini ex familia relicto, omnibus, qui sunt eius familiæ fideicommissi petitio competit. Quæ omnia demonstrata sunt in superioribus §§. & sunt communia vtriusque fideicommissi, siue dixerit, *peto vt vni ex familia relinquas cui volueris cum morieris*, siue dixerit, *peto ne fundus de familia exeat*, hæc, inquam, sunt communia. Differentiæ autem hæ sunt, quæ ponuntur in §. *sed etsi fundum*, satis obscuræ, vt rursus eas explanari sit operæpretium: fideicommissum relictum vni ex familia

A incerto, si heres vnum ex familia elegerit, & in voluntate perseuerauerit vsque ad mortem, vel si vni ex familia fundum legauerit, quod legatum nihil aliud est, quam electio suprema, nec iure proprio legati censetur, vel si vnum ex familia sibi heredem instituerit fundo extraneo, non relicto: is quicumque ex familia fuerit, ad quem fundus peruenit, eum fundum alienare extra familiam, & extraneo dare vel relinquere potest, quia testator noluit, vt is fundus curreret per omnem familiam, seu per omnem agnationem: imo vero & vno illo casu, de quo ante dixi, heres rogatus vni ex familia fundi restituere, ab eo, quem elegerit eundem fundum extraneo per fideicommissum relinquere potest, puta, si ei, quem elegit, aliquid amplius legauerit, quam fundi pretium efficiat, ne- B que ob istud fideicommissum quicquam onerabitur heres heredis. At fideicommisso relicto familiæ, vel herede rogato, ne fundus de familia exeat, is, quem elegerit, non debet fundum in extraneum transferre, sed conseruare eidem familię: imo ea de re cauere heredi heredis debet, se eum fundum non collaturum in extraneum. Alioquin heres heredis onerabitur, cui scil. cautum non est de indemnitate, si electo fundum pręstiterit, & is eum in extraneum contulerit, propterea quod post mortem electi, cui fundum pręstiterit, cæteris, qui sunt ex ea familia, heres heredis tenebitur ex caussa fideicommissi primo testamento relicti. Atque ita duplici pręstatione fundi, hoc est, fundi & æstimationis præstatione onerabitur, quod non est verisimile testatorē onerare priorem he- C redem voluisse, *l. Titia.* §. *qui inuita*, *l. Manius*, *hoc tit. de leg. 2. l. qui dotem*, *de dote prælag.* Ergo ne oneretur duplici pręstatione heres heredis, iuste desiderabit sibi caueri ab eo, qui electus est, cuique ipse fundum restituit, se eum fundum in familia relicturum. Et hoc ita sicut posui, si prior heres ab eo, quem elegit fundum extraneo per fideicommissum non reliquerit, sed ipse, qui electus est, accepto fundo eum in extraneum contulerit, vel conferre velit. nam ne conferat in extraneum in onus, siue perniciem heredis, obstringēdus est cautione illa. At si prior heres ab eo, quem elegit, fundum extraneo per fideicommissum reliquerit, quo scil. casu relinquere potest, puta amplioribus legatis eidem relictis, tunc sane heres heredis omnino onerabitur, nec vlla erit ratio expediendi se onere isto, videlicet, si is, qui electus est, cuique heres he- D redis fundum pręstiterit, eum ex caussa fideicommissi, vt debuit, extraneo restituerit. Nam de fundo non restituendo extraneo, vt iussit prior heres, aut si restituatur, de reddenda ęstimatione, heredis heres ab eo cautionem exigere non poterit contra voluntatem testatoris sui, *hoc est*, prioris heredis, cui ipse heres extitit, & qui fundum in extraneum transire voluit. Esset enim absurdum, si heres impugnaret voluntatem defuncti, vel vt dicam explicatius, si heres à legatario exigeret cautionem, de non exhibenda fide testatori suo, quam ipse debet, si præstaret quidem ipse fidem testatori suo, sed nollet præstari ab aliis, vel satis ageret, *id est*, satageret ne pręstaretur, & hac ratione, non potuit exigere cautionem superiorem, atque ita sibi prospicere de indemnitate, & nihilominus cæteris, qui sunt ex familia, tenebitur ex caussa fideicommissi E primo testamento relicti, quia fundus non permansit in familia. Atque ita hoc posteriore casu omnino oneratur heres heredis, propterea quod remedio cautionis indemnitati suæ consulere non potest: atque ita videtur prior heres omnino eum onerare voluisse, quando ab eo, quem elegit nominatim fideicommissum illud extero reliquit. Et hęc est sententia §. *sed etsi fundum.* verum opus est, vt huic rei clarissimum lumen adhibeatur. ait, *propter sequens fideicommissum*, quod sc. prior heres reliquit extero ab eo, quem elegerat ex familia. ait *heredis heredem oneratum intelligi.* Ergo, vt subiicit, cæteris tenetur ex caussa posterioris fideicommissi is, qui electus est, à quo heres heredis cautione exacta sibi prospicere non potuit. Denique heres heredis propter sequēs fideicommissum,

missum, ita oneratus est, vt nec exonerari possit, quia deficit remedium cautionis, nec suppetit aliud. Deinde ait, *si electo vno fideicommissum in exterum non conferatur.* Sensus hic est: si prior heres ab eo, quem elegit ex familia fundum extero per fideicommissum non reliquerit, non oneratur heres heredis, si modo sibi prospexerit cautione, quoniam hoc casu si exigat ab eo, qui electus est, nihil contra voluntatem testatoris sui facit, qui extero ab electo fideicommissum non reliquit. Ergo heres heredis prospiciat sibi cautione, & non onerabitur, *hoc est*, indemnis seruabitur ab eo, qui electus est, cuique fundum præstitit, nec etiam alias ei, qui electus est, fundum præstabit, quam si cauerit fundum in familia relictum iri, vel si non relinquatur, restitutum iri, aut æstimationem: siue quanti ea res est. hac cautione interposita, si is, qui electus est, fundum transtulit in extraneum, heres tenebitur cæteris petentibus fideicommissum ex primo testamento, sed indemnis seruabitur beneficio cautionis interpositæ, quæ ei parat actionem ex stipulatu aduersus electum, cui fundum præstitit.

Ad §. rogo. 7.

Rogo fundum, cum morieris, restituas ex libertis cui voles, quod ad verba attinet, ipsius erit electio, nec petere quisquam poterit quamdiu præferri alius potest defuncto eo, prius quam eligat, petent omnes. Itaque eueniet, vt quod vni datum est, viuis pluribus vnus petere non possit sed omnes petant, quod non omnibus datum est, & ita demum petere possit vnus, si solus moriente eo superfuit.

Facilior est species §. *rogo*. In summa hoc vult, vt quæ dicta sunt de fideicommisso relicto vni ex familia, *cum morietur heres*, eadem obtineant in fideicommisso relicto vni ex libertis, hoc modo: *rogo fundum, cum morieris, restituas vni ex libertis, cui voles.* Quid enim refert relinquere vni ex familia, an vni ex libertis, vel ex cognatis, vel ex fratribus? Igitur his omnibus casibus heredi est electio perpetua, electio ambulatoria, atque adeo incerta vsque ad supremum vitæ exitum. Hæc enim verba, *cum morieris*, hanc ei licentiam variandi dant. Ex sententia autem defuncti, quamuis vni figura verborum fideicommissum datum sit, heres potest, non tantum vnum eligere, quod habuimus in superiore §. sed etiam duos, vel plures, vel omnibus relinquere potest fundum. Item nemine electo omnes liberti veniunt ad fideicommissum fundi, §. *sed si vni*, & *l.* 17. §. *vlt de legat.* 1. Atque ita, quod datum est vni, non omnibus, figura verborum, sc. omnes liberti petent, si heres omnibus reliquerit, vel si nemini reliquerit, & petent ab herede heredis. Nam hæc verba, *cum morieris*, etiam tempus, quod erit post mortem heredis, complectuntur in fideicommissis, atque ita nihil refert dixero, cum morieris, an cum mortem obieris, *l. fideicommissi.* §. *si filio, de leg.* 3. Et consequenter, quod vni datum est, vnus non petet, si heres mortem obierit, viuis pluribus libertis, & nemine electo. Nam omnes admittuntur pro virilibus portionibus, & ita demum vnus tantum admittetur, si solus superfuerit moriente herede, priusquam eligeret. Denique si moriente herede nemine electo plures liberti fuerint, facient inter se partes viriles, hoc est, fundum partientur in partes viriles, §. *si duos, sup. l. cum pater* §. *hereditatem. de leg.* 2. Si superfuerit vnus tantum ex libertis, is solidum fundum capiet. Hæc est sententia §. *rogo.* Sed repetamus, quod diximus vltimo loco: si vnus tantum ex libertis superfuerit, moriente herede solidum fundum capiet, non concurrentibus aliis collibertis. Obstat vehementer huic dicto *l. pater* §. *filium de leg.* 3. Species hęc est: filiam heredem scripsi, & ita dixi: *veto domum illam de nomine meo exire, sed ad vernas eos, quos testamento nominaui, pertinere volo.* legaui vernis domum per fidei-

A commissum, hoc est, per verbum volo, vt in *l. species, de auro & arg. leg.* non legauit seruis vernis, quia inutile esset legatum, sed libertis vernis: nam vt seruorum alij sunt vernæ, hoc est: domi nati, *vt Martiali Apri vernæ* in viuariis nostris nati: *lupi vernæ*, in piscinis nostris nati: alij sunt serui pecunia comparati, alij hereditate relicti: ita liberti vernæ, qui serui vernæ fuerunt, & in antiqua inscriptione, *Libertus Acteus Tyrannus verna, scriba librarius Tyranni.* & in alia: *Caius Iulius Fortunatus Augusti libertus verna.* Vetat ergo testator fundum exire de nomine suo, sed ad libertos suos pertinere, quia scil. liberti sunt de nomine patroni. Lact. *de vera sap. Seruus*, inquit, *liberatus patroni nomen accipit.* & Tertull. alibi, *manumissus*, inquit, *patroni nomine ac tribu mensa honoratur.* Voluit igitur is testator post mortem familiæ fundum pertinere ad libertos suos vernas, quos eodem testamento fecerat libertos, vel vt loquuntur nostri auctores,, quos libertos perduxerat. Finge: familiæ susuperuixisse vnum libertum tantum vernam. Quæritur, *an ad eum tota domus pertineat?* Scæuola respondet in eo §. virilem tantum portionem ad eum pertinere, quod non parum pugnat cum hoc §. Accurs. adfert duas aut tres solutiones. nouam excogitauit Alciatus in *l. virilis, de verb. sig.* Has omnes refellemus, & perspicuam vere afferemus. Intelleximus ex §. *rogo*, herede rogato vni ex libertis, cui volet fundum restituere, *cum moreretur*, & moriente nemine electo, superstitibus pluribus libertis, omnes ad fideicommissum admitti, atque ita euenit, vt fundum vni datum, non omnibus, omnes percipiant, non vnus, eumque inter se diuidant pro virilibus portionibus. Et vt ita demum vnus fundum petat & percipiat, si is sol[us] heredi superuixerit. Et hæc sunt verba eiu- §. *rogo*. Itaque si vnus tantum ex libertis heredi superfuerit, aut superuixerit, ad eum totum fideicommissum pertinet. Et quin hoc Papin. sentiat in hoc §. nemo negat. Sed obiicitur *l. pater* §. *filiam, tit. seq.* vbi vt constat ex specie, ad vnum ex libertis, qui solus superuixit heredi, Scæuola respondet, virilem duntaxat partem fideicommissi pertinere, non ergo totum fideicommissum: Exspectas solutionem? dicam quam sentio veram: non eadem est species §. *filiam*, & *huius* §. *rogo.* In hoc § proponitur testator prædium per fideicommissum legasse vni ex libertis. in §. *filiam* ponitur testator prædium siue ædificium, aut domum per fideicommissum legasse libertis, non vni ex libertis, sed libertis vernis: & adiecisse, quia hoc testamento nominaui, scil. dando libertatem, quia ex l. Fusia Caninia erat danda nominatim, hoc est, seruorum propriis nominibus expressis, §. *libertas, Instit. de leg.* Quos ergo in hoc testamento nominaui, hoc est, quos in hoc testamento manumisi, *l. pen.* §. *Lucius, h. tit.* Nam & qui manumisit, necessario nominauit. denique, qui fideicommissum reliquit libertis, quos testamento nominauisset, plane retulit se ad nomina vernarum testamento expressa, atque ita videtur omnibus nominatim legasse, id est, omnibus propriis nominibus expressis, quandoque retulit se ad nominationem testamento factam. Proinde ædificium vernis legauit, nominibus propriis expressis: nominum nuncupatio partes viriles facit ab initio, maxime in fideicommissis, vt inferius demonstrabitur: & ideo singulis ab initio quasi diuisim partes adscriptæ fuisse videntur, & consequenter inter eos non est ius accrescendi. Nam hoc est ratum & certum, inter eos, qui partes habent ab initio, vel qui habere intelliguntur, nihil refert *l. si duobus* §. 1. *de legat.* 1. inter eos, inquam, non est ius accrescendi, sed inter eos tantum, qui initio solidum habent singuli, & concursu partes faciũt, *l. 3. de vsufruc. accresc.* Proponitur in *d.* §. *filiam*, prædium fuisse relictum libertis vernis his verbis, *dari volo*. ergo peto fideicommissum. Et appellatur etiam fideicommissum in eo §. Porro, quo iure est legatum per damnationem, eodem iure est fideicommissum. quæ per damnationem possunt legari, & per fideicommissum, vt definit

Vlp. in *Inst. de fideicom.* Res aliena per damnationem potest legari, non per vindicationem. ergo potest etiam legari per fideicommissum, quod demonstrabitur in §. *seq.* Si homo generaliter legetur per damnationem, vel illud aut illud, electio est heredis. Ergo idem obtinet etiam in fideicommisso, *l. si ita relictum fuerit, hoc tit. l. qui concubinam* §. 1. *tit. seq.* Si per damnationem eadem res legetur disiunctim ac separatim duobus aut pluribus, singulis solidum debetur, vni res qui occupauerit agere, aliis pretium rei: & inter eos non est ius accrescendi, quia concursu partes non faciunt, sed vnusquisque solidum percipit. Ergo idem obtinet etiam in fideicommisso, *l. vn.* §. *sin autem disiunctim, C. de cad. toll.* illo loco, *in vno tantummodo genere legati*, id est, in legatis per damnationem, vt constat. ex Inst. Vlp. Caij, *& Sentent. Pauli*, non vt Accurs. tentauit, in legatis per vindicationem. Et similiter, si coniunctim eadem res legetur duobus aut pluribus per damnationem, hoc iure, quod tractamus, quodque obtinuit ex Constitut. Iustin. *de cad. toll.* singuli ab initio partes habere intelliguntur, *l. 7. h. tit.* Ergo idem obtinet in fideicommisso, *l. vxorem* §. *agri, de leg. 3.* His consequens est, vt non sit inter eos ius accrescendi, quia ab initio partes habent, vt non concurrente vno nihil accrescat cæteris, sed deficientium portiones remaneãt in hereditate: atque ideo in specie §. *filiam*, inter libertos, quibus vna oratione prædium reliquit per fideicommissum, quod intelligitur præterea reliquisse propriis eorum nominibus expressis, quando ad ea se retulit oratio patroni: inter eos, inquam, libertos non esse ius accrescendi, nisi (quod non adiecit) adiecisset, donec ad vnum perueniat, hoc modo, prædium ad libertos meos vernas peruenire volo, donec ad vnum perueniat, vt in *l. pen.* §. *Lucius, h. tit.* Quo casu sane ex verbis testatoris, quæ sunt iudicia certissimæ voluntatis, etiam in fideicommisso induceretur ius accrescendi, *l. codicill. de vsu & vsufr. leg.* Cæteroquin non adiecit eam clausulam testator in eo §. *filiam.* Vnde sequitur, inter eos libertos fideicommissarios, non esse ius accrescendi, & eos, qui partes non ferunt, qui non concurrunt, qui ante heredem moriuntur, facere partem ei, qui heredi superuiuat, id est, nihil refert dicas, inter aliquos non esse ius accrescendi, aut partem non auferentem, partem facere alij, vel aliis. vtriusque sermonis idem est sensus, idem effectus. Vnde in ea specie, si moriente herede vnus tantum ex libertis superfit, prædij pars tantum virilis ei debebitur, quia inter fideicommissarios maxime nominibus propriis expressis, non est ius accrescendi: quia testator videtur singulis adscripsisse partes ab initio, & ideo noluisse, vt vltra portionem suam quisque quicquam amplius ferret: denique poterit heres moriens, cæterorum, qui præmortui sunt, portiones transmittere in exteros, quia libertorum tantum gratia, in ea specie, quam heri exposui, voluerat testator prædium exire de suo nomine, non vniuersæ familiæ suæ gratia: deficientibus ergo portionibus quorundam libertorum, quia non possunt accrescere superstiti, heres eas iure transmittet in extraneum, siue conferet. Et ita ratio eius §. explicanda est secundum ius antiquũ, vt innumeri in hoc tractatu, aut nunquam intelligentur, aut sumere debent interpretationem ex iure antiquo. Hodie ex Constit. Iust. in specie §. *filiam.* libertus superstes peteret totum fideicommissum, vt in specie §. *rogo*, quia hodie inter collegatarios & fideicommissarios, quocumque genere legatum relictum sit, & non habita differentia inter legatum & fideicommissum, inter eos est ius accrescendi, & non concurrente vno, accrescit aliis: non concurrentibus aliis adcrescit vni: denique nõ ab initio partes habere videntur, sed facere concursu, vbi non est concursus, deficientium portiones adcrescere cæteris. Nunc videamus, quid respondeat, aut quemadmodum interpretatus fuerit Accursius. & Alciat, *d.* §. *filiam.* Accurs. primum, quo loco lex ait, *defũcta herede &*

A *legatariis vernis*, mauult legere, *defuncta herede ad legatarios vernas, an ad vnum legatarios, &c.* id est, fideicommissarios, vt legatum sæpe significat fideicommissum, sed non contra. mauult autem ita legere, vt ponat heredi superuixisse omnes libertos, & quod lex ait, *ad vnum, qui superest, virilem portionem pertinere*; Ipse sic interpretatur, ad omnes, qui supersunt viriles portiones pertinere, non totum ad vnum libertum, id est, ad alium libertum, non vernam. Hæc est prima solutio Accurs. Sed neque illa scriptura, *ad legatarios vernas*, auctorem vllum habet, nec interpretatio illa *ad eum*, id est, *ad eos*, vllam vsquam approbationem habitura est. Præterea quod vrget omnino hac ratione fit, videl. si sic inteprete-tetur, vt quæratur in illo §. an fideicommissum, quod B est relictum vernis, non pertineat ad vernas, sed ad vnum non vernam: hac de re nemo nisi stultus, quæsiuerit, esset stulta quæstio, & ipse etiam Accurs. transit ad aliam solutionem. Et aliter, *virilem portionem* interpretatur totum fideicommissum. Quid non audet? confundit ea, quæ Iurisconsultus facit aduersa. Quærit enim, *an totum fideicõmissum ad libertum superstitem pertineat?* Quod si totum pertinere putasset Scæuola, statim suo more respondisset, pertinere. Cum vero non ita simpliciter scripserit, sed virilem pertinere, qui quæsierat, an totum pertineret, proculdubio significat, totum non pertinere. Et abutitur etiam Accurs. in ea re *l. virilis, de verb. signif.* quod dicat virilis partis appellatione, interdum totam hereditatem contineri. Ergo fretus illa lege, C licebit cuilibet deinceps exẽplo Accursij partem interpretari totum. licebit passim illa lege vti pro arbitrio suo ac libito, quod exemplum est vitiosum. Et sane illa l. *virilis* pertinet tantum ad l. Papiam, vt inscriptio indicat. Et interdum ait, id accidere, interdum contineri assem ex sententia sc. legum, quoniam æquitas postulat incidente aliquo casu, augeri significationem verborum. Iurisconsulti est augere significationem verborum pro loco & tempore, ac circumstãtiis cæteris, vt in illa lege Papia, si libertus fil. is reliquerit, patrono debetur virilis portio, *l. postea, de succ. lib.* An etiam si filij repudiauerint hereditatem liberti, non habebit, nisi virilem portionem? imo totam hereditatem, *l. intestato, de suis & legit.* Nam mens legis non fuit alia, quam vt virilem tantum partem haberet patronus, si liberto filij heredes existerent cum D effectu. Ergo eo casu virilis partis appellatione, in *l. Papin.* producemus etiam ad assem, sed ne abutamur passim: imo vero nunquã sine auctoritate veterũ. Alciat. in *d. l.* virilis, aliter explicauit *d.* §. *filiã.* qui multa innouare visus est, sed pleraq; incallide & infeliciter. Ponit filię superuixisse omnes libertos, quod primum etiam Accurs. posuerat, atque ita diem fideicommissi cessisse in persona omnium, quod ad transmissionem proficit: mox vero defunctos fuisse omnes libertos relictis heredibus extraneis, excepto vno, qui superuixit cæteris: & quæri in §. *filiam*, portiones defunctorum, vtrum pertineant ad heredes eorum extraneos, an ad superstitem collibertũ? Scæuolam respondere, pertinere ad heredes extraneos quasi transmissione, scilicet post diem fideicommissi cedentem mortuis fideicommissariis, & libertum super- E stitem partem duntaxat suam retinere. Sane erat cuilibet facile ita posita specie respondere, quia certissimum est, vbi est transmissioni locus, ius adcrescendi cessare, heredem meum præferri socio meo, post diem legati cedentem, perinde atque si legati dominium adquisiuissem. nam etsi nondum dominium adquisiui, tamen actionem adquisiui. Hoc ergo transmitto in heredem meum. Sed etiam quominus eam ponam speciẽ, moueor eo, quod lex ait, *vnum tantum libertum remansisse, vnum tantum superesse.* Igitur sane verũ est superesse, non tantum collibertis, sed etiam heredi, nec recte ex ordine illorum verborum, *defuncta herede & legatariis vernis*, colligit, priorem decessisse heredem: nam in coniunctionibus nullus est ordo, *l. quidã, de pecul. leg.* Ergo vt speciem posuimus

initio, decesserunt fideicommissarij, id est cæteri liberti prius decesserunt, deinde heres, atque ita decesserunt ante diem legati cedentem, excepto vno, qui superest omnibus & heredi & collibertis, quique tamen totum fideicommissum non percipit, quia non fuit inter eos fideicommissarios ius adcrescendi, & mortuorum libertorum portiones manserunt in hereditate, non accreuerunt superstiti.

Ad §. si rem tuam, & seq.

Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto, Titio legem, non est Neratij Prisci sententia, nec constitutioni locus, qua canetur, non cogendum præstare legatum heredem: nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit. Sunt enim magis in legandis suis rebus, quam alienis comparandis, & onerandis heredibus faciliores voluntates, quod in hac specie non euenit, cum dominium rei sit apud heredem.

§. 7. *Si omissa fideicommissi verba sint: & cætera, quæ leguntur, cum his, quæ scribi debuerant, congruant: recte datum, & minus scriptum, exemplo institutionis, legatorumque intelligetur. quam sententiam optimus quoque Imperator noster Seuerus secutus est.*

SEquitur noua quæstio in §. *si rem tuam*, de legato rei alienæ, vel rei heredis propriæ, an valeat? Et fuit in ea re iure ciuili constituta differentia inter genera legatorum: nam res aliena vel res heredis per vindicationem legari non potuit hoc modo: *illam rem L. Titio do, lego.* nō potuit etiam legari per præceptionem, hoc modo: *heres meus L. Titius eam rē præcipito*: nā præceptio est id, quod vni ex heredibus relinquitur præcipui titulo. His vero modis ea tantum res potuit legari, quæ fuisset testatoris ex iure Quiritium, vtroque tempore, hoc est, tempore mortis & tempore faciēdi testamenti, exceptis rebus quę pondere, numero, & mensura continebātur. In his enim satis erat, vel mortis duntaxat tempore rem fuisse in bonis testatoris, quod *Vlp.* in *Instit.* docet, idque demonstrat *l. Stichus seruus, de manumiss. testam.* dum in ea re libertatem comparat legato. libertas seruo alieno inutiliter legatur. res quoque aliena inutiliter legatur, videlicet per vindicationem, sicut nec libertas vindicationis modo relinquitur directo. Comparat ergo libertatem legato per vindicationem non aliis legatis. Idem demonstrat *l. 88. de verb. signif.* quem locum nondum obseruauit quis in eam rem. Illa lex significat aperte, non valere legatum fundi alieni. non loquitur de fundo incerto, quod ad vilissimum quid redigi possit: nam glebula quęlibet potest appellari fundus, quodcumque mitti potest funda est fundus, nisi exciderit, inquit Varro, qua caua funda patet; sed loquitur de fundo alieno, & eo quidem certo, cuius legatum aperte demonstrat nōn valere, quāuis is fundus possit emi pecunia hereditaria, & satis sit pecuniæ in hereditate: non valere igitur legatum fundi alieni relicti per vindicationem. Nam per damnationem valet res aliena, res heredis, res quæ nullo tempore testatoris fuit, legari potest per damnationem: *damnas esto heres illam rem L. Titio dare.* Item legari potest sinendi modo: *damnas esto heres sinere L. Titium rem illam sumere, & sibi habere.* quo tamen modo res tantum heredis legatur, non res aliena. Nam rem alienam heres facile siuerit L. Titium sumere si possit, & sinendi modus heredi imponitur frustra, nisi prohibere possit legatarium rem sumere, & sibi habere. Ex quo efficitur liquido, sinendi modo non legari rem alienam, sed rem heredis: *damno te heres mi, sinere rem tuam illū sumere.* res aliena atque etiam res heredis per damnationem legari potest, & per fideicommissum: nam quodcumque per damnationem relinqui potest, & per fideicommissum potest. Et hæc omnia Vlp. & Caius plene demonstrant in *Inst. & Paul. 4. Sententiarum tit. 1.* Et hæc quidem in hac re di-

A stinctio legatorum introducta est iure ciuili. Post S. C. Neroniano, vt eædem Instit. Vlpiani docent, cautum est, vt quocumque genere legati possent legari res, quæ non vtroque tempore testatoris fuissent ex iure Quiritium, sed quæ testatoris fuissent mortis tantum tempore: nam nouissime primus Iustinianus constituit, vt res quæ nullo tempore testatoris fuissent, quocumque genere legati legari possent. Et notandum etiam hodie, quoquomodo legata, siue relicta re aliena, aut heredis, differentiam esse aliquam inter rem alienam, & rem heredis. In re aliena ita distinguimus: aut testator rem alienam legauit sciens: quod legatarius probare debet, *l. verius, de probat.* Et hoc casu heres debet eam rem à domino iusto pretio redimere, & legatario præstare, *l. non dubium 14. §. vlt. tit. seq.* Iustum pretium est, quod iudex

B fecerit *l. is qui concubinam §. vlt. tit. seq.* vel si dominus eius rei nolit eam vendere, aut si iniusto & immodico pretio velit eam vendere, heres legatario debet præstare iustum pretium, quod iudicauit iudex §. *non solum, Inst. de leg.* & hoc si sciens legauerit. Si ignorans legauerit tanquam suam, cum putaret esse suam, non alienam, hoc est, si per errorem legauerit rem alienam, heres neq; redimere eam cogitur, neq; æstimationem præstare. Igitur inutile est legatum, inutile fideicōmissum: quia forsitan, si testator sciuisset rem esse alienam, eam non legasset. Facile legant res suas morituri. non ita facile legant res alienas, non ita facile emunt res alienas, vel emi volunt ab herede suo. Ergo in dubio magis præsumitur

C testator non legaturus fuisse rem alienam, si sciuisset esse alienam, nisi aliud suadeat coniectura voluntatis euidentissima: vt si rem alienam tanquam suam errans legauerit filio, *l. cum pater §. euictis, h. t.* vel si propinquo, cognato, affini, *l. cum alienam, C. de leg.* vel si vxori, *l. 11. in fi. de auro & arg. leg.* vel si alumno: Nam in alumnos omnes educatores sunt perinde affecti, ac patres: & fere non minor affectio erga alumnum, quam erga filium, *l. in testamento, de fideic. libert.* His personis præsumitur legaturus fuisse rem alienā, etiamsi scisset esse alienam. Eapropter his personis relictum legatum rei alienæ per errorem testatoris debebitur, & nihil officiet error legatario. Hoc casu excepto, error facit inutile legatum aut fideicommissum, quod Papin. in hoc §. ait esse ex Constitut. nēpe

D Constitutionem hoc casu subuenire heredi, ne præstet quod testator errās legauit, errās sc. in proprietate rei. Et intellige esse Constitut. Diui Pij ex §. *non solum, Inst. de leg.* Multa cōstituit D. Pius de legatis & fideicommissis: vt pœnæ causa relictum legatum non valeat, vt Capitolinus scribit, vt lex Falcid. habeat locum in fideicōmissis ab intestato, *l. filiusf. ad leg. Falc.* vt res eidem sæpius legata eodem testamento, semel tantum debeatur, *l. plane §. sed si municip. de leg. 1. & l. Mæuius. h. t.* & hoc quod tractamus modo, vt legatum relictum per errorem, puta, si rem alienam tanquam suam legauerit testator, non debeatur. Et Papin. hoc loco non tantum vtitur auctoritate Constitutionis, quam dixi esse D. Pij, sed etiam ei pręfert auctoritatem Neratij prisci ICti, quod scil. secundū sententiam Neratij ita constituisset D. Pius. Sicut in *l. 7.*

E *de cond. & dem.* narratur sententiam Neratij de cautione Muciana fuisse comprobatam Constitutione D. Pij, & aliam sententiam Neratij de vendendis bonis eius, qui latitat, aduersus actionem in rem, fuisse comprobatam Cōstit. Adriani, *l. Fulcinius §. idē videtur, ex quibus causis in possess.* Florere cœpit Neratius temporibus Adriani, vt *l. vlt. si à parente quis manumiss.* eumq; Traianus sibi successorem destinauit, sed Plotię suasu adoptauit Adrianū. Optimi principes nullam Constit. dabāt in medium sine auctoritate & sententia Iurisconsultorum, *l. Diui, de iure patron.* Const. principum sunt sententiæ Iurisconsultorū, vel opiniones. Et ita in §. *pen.* huius l. Pap. sententiā suā ait, secutum fuisse Seuerum Imper. edita Constitutione. Quæ legim⁹ igitur in Codice. ex iisdem auctorib. prōpta sunt, ex quibus ea, quæ habentur in D. Et sententia Pap.

quam secutus est Seuerus, pertinebat ad hanc speciem: Quidam fideicommissum reliquit oratione imperfecta, omisit quædam verba, nec cœptum sermonem absoluit, puta dixit, *Titio centum dari*, nec adiecit, *volo*. Imperfecta est oratio, *an inutile fideicommissum*? minime: si modo, inquit, cætera, quæ leguntur, cum his, quæ scribi debuerãt, congruant, in *l. cum pater §. imperf. h. t.* si dicto scriptum congruat, hoc est, si nulla sit scribiligo: nam obseruanda est ratio recti sermonis, *l. Plotius, de auro & arg. leg.* Finge dixisse Titium, centum dari, inutile est legatum propter scribiliginem, vel dixisse, *Caio dari centum volo, Titium decem*; Titio nihil debebitur, quia dicto scriptum non congruit, vel quia dictum scripto accommodari non potest congrue. Ergo, si salua sit ratio recti sermonis, sane propter omissionem quorumdam verborum non erit inutile fideicommissum, sed intelligetur plus dictum, minus scriptum, quod rem quæ agitur, non corrumpit. Superior enim est voluntas defuncti, quam & scriptura imperfecta indicat satis, & hoc se probasse Papin. ait, exemplo institutionis & legatorum. institutionis, vt in *l. 1. §. fin autem, l. quoties §. 1. de hered. inst. Titius heres*, valet testamentum, valet institutio, quasi plus dixerit, minus scripserit, & subintelligimus verbum esto. vel quod est maius: Finge, dixisse eum, scribere se eum ex semisse heredem, & scriptus sit ex quadrãte tantum: nihilominus erit heres ex semisse, quia scripto potior est dictio testatoris, vbi scil. ostenditur plus eum dixisse, quam scripsisse, *d. l. quoties §. 1.* Exemplo legatorum, vt in *l. si in testam. de leg. 1.* Si ita dixerit, *heres meus damnas esto Titio centum*, debetur legatum. Res ita seruatur in institutionib. & in legatis, quæ reguntur summo iure, & multo magis in fideicommissis. Et sic idem Papin. in *l. cum auus, de cond. & demonst.* quod est celebratissimum, vult in fideicommissariis hereditatibus semper intelligi hanc conditionem, si sine liberis decesserit, quod magni ingenij vir primus excogitauit, & probarunt posteri vsque in hunc diem, & in hanc rem pro coronide obseruanda est definitio *l. cum pater §. cum imperf. h. t.* si sit imperfecta scriptura, puta, si quæ verba omissa sint legati aut fideicommissi, verbum quod præcedit, vel sequitur, ad communionem assumi. Ad communionem est, quod Grammatici vocant ἀπὸ κοινοῦ, vt si ita dixit: *Caio dari centum volo, Seio decem*, & nihil addiderit præterea, repetitur, *dari volo.* Ad communionem assumuntur verba, quæ præcedunt, & dum ait, *verbum quod præcedit, aut sequitur*, significat duplam repetitionem ἀπὸ κοινοῦ: nam vel sumitur ex verbo præcedenti, vel ex sequenti, duplex ζεῦγμα est. Et hanc sententiam tandem ait Papinian. optimus Imperator Seuerus secutus est, imo vix vllus, vt supra dixi, princeps vllam Constit. dedit in vulgus sine iurisperito. Iurisconsultorum sunt, vel sententiæ, vel opiniones, in §. *responsa, Instit. de iure nat.* sicut etiam iudicũ sunt sententiæ, sunt & opiniones, *l. 6. §. 1. de interd. & rel.* Non potest præses Prouinciæ sententia sua aliquem deportare in insulam, sed potest ea de re opinionem suam scribere, & mittere ad principem, sibi eum hominem deportandum videri, hoc est, non potest ea de re sententiam ferre, non prohibetur tamen edere opinionem suam. Et ita vt philosophi, docent, alij sunt ἐπιστημονικοὶ λόγοι, hoc est, certæ sententiæ & irreprehensibiles, alij sunt δοξαστικοὶ λόγοι, hoc est, opiniones verisimiles, quæ etiam dicuntur πιθανοὶ λόγοι. Et cum alij Iurisconsulti scripserunt libros opinionum, Labeo scripsit libros πιθανῶν, hoc est opinionũ. Sicut etiam à Diogene refertur Chrysipp. scripsisse libros opinionum, non sententiarum. Verum vt redeam vnde abij: intelligimus in re aliena distinguendum esse inter testatorem scientem & ignorantem: distinguendũ esse, vtrum testator sciens rem alienam, an ignorãs legauerit. an eadem distinctione vtemur in re heredis propria, quam testator legauerit? minime. Et hæc est differentia inter rem alienam, & rem heredis, quam perstrinxi antea: nam siue sciens, siue ignorans legauerit res here-

A dis, hoc est, si etiam rem heredis legauerit errans, tanquam suam, legatum ab herede omnino præstãdum erit, & quidem præstanda erit non æstimatio, sed res ipsa, si eam malit legatarius præcise, vt *l. 70. si duobus §. qui confitetur, & seq. de leg. 1. l. Titium §. 1. de auro & arg. leg.* quia legata res est, non æstimatio, & rei præstatio est in facili. cum eius heres dominus sit. Quæ vero est differentia? cur si ignorans legauerit rem alienam tanquam suam, non valet legatum? Cur error testatoris officit legato? quia falsa opinio fecit vtique, vt legaret, quod non esset legaturus. Nam facilius legat quis rem suam, quam alienam emit ipse, vel emi vult ab herede suo: *faciliores*, inquit, *sunt voluntates in rebus suis legandis quam alienis comparandis, & onerandis heredibus ad emptionem rei.* Onus est heredi emere rem, quia curare debet, vt rẽ redimat, quia
B res legata est, non pretium. Cur autem, si rem heredis legauerit tanquam suam, error non officit legato? quia facilius quisque legat rem heredis, quam rem alienam, cũ & facilior præstatio heredi sit rei suæ, quam rei alienæ: denique facilius quis legat, quod iam habet ipse, vel heres suus, quam quod è longinquo petendum est. Ergo sententia Neratij, & Constit. D. Pij, vt Papin. ait, quæ induxit illam distinctionem inter scientem & ignorantem, pertinet tantum ad rem alienam, non ad rem heredis.

Ad §. vlt.

Item Marcus Imperator rescripsit, verba, quibus testator ita cauerat: non dubitare se quodcumque vxor eius cepisset, liberis suis reddituram, pro fideicommisso accipienda. Quod res-
C *criptum summam habet vtilitatem, ne scil. honor bene transacti matrimonij, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre præsumpserat. Et ideo princeps prouidentissimus, & iuris religiosissimus, cum fideicommissi verba cessare animaduerteret, eum sermonem pro fideicommisso rescripsit accipiendum.*

DIximus, non esse inutile fideicommissum rei alienę, vel rei heredis propriæ: fideicommissum rei alienę, si sciens legauerit, non si ignorans: fideicommissum autem rei heredis, etiamsi ignorans legauerit. Cui volumus addi etiam fideicommissariam libertatem: Nam & hanc si quis reliquerit seruo alieno, tanquam suo per errorem, heres eum redimere debet, & manumittere: vel
D si dominus nolit eum vendere, si quando is seruus ad heredem peruenerit, eum debet manumittere, *l. Paulus, de fideicommiss. libert.* Ergo vt fideicommissum heredis valet indistincte, siue sciens, siue ignorans eam rem reliquerit testator: ita & fideicommissaria libertas relicta seruo alieno: nam & multa alia fauorabiliter contra rigorem iuris recepta sunt pro libertate. Intelligimus ex §. *pen.* non esse inutile fideicommissum, si omissa sunt verba fideicommissi. verba fideicommissi sunt multa, sed cuiusque fideicommissi vnum est verbum principale, quod fideicommissum facit, veluti verbum, *rogo*, aut *volo*. Et hoc si omissum sit, non vitiari fideicommissum, vt si testator dixerit. *Titio centum dari*, nec adiecerit, *volo*, atque ita omiserit verbum fideicommissi, non ideo fi-
E deicommissum minus valet, *l. verbũ, C. de fideicommiss.* Nunc intelligemus ex §. vlt. non esse inutile fideicõmissum, etiamsi testator, qui fideicommittere voluit, non sit vsus verbo proprio fideicommissi: nõ est quidem scriptura imperfecta, sed est adstricta, & ligata verbo suo, cęterũ non proprio fideicommissi, an valet fideicõmissum? Primum videamus, quæ sunt propria verba fideicommissorum, quæ precaria dicuntur, & inflexa, verba fideicõmissaria, verba codicillaria, quib. aduersa verba directa, ciuilia, imperatiua, sunt verba testamentaria, id est, verba testamentorum propria, sine quibus non sunt testamenta. Verba fideicommiss. propria hæc sunt, *rogo, peto, volo, mãdo, fideicommitto §. vlt. Inst. de sing. reb. per fid. l. 2. C. comm. de leg.* Mando etiam in tit. mandati idem est, quod *rogo*.

mandatum perficitur his verbis: *rogo te, vt id facias*, vel, *mando tibi, vt id facias.* Denique nihil aliud est *mando*, quã *volo*, *l. illud* §. 1. *de iure codic.* Hæc quoque verba fideicommissum faciunt, *deprecor, cupio, desidero, opto.* Optatiuã verba sũt precaria. Idemque *exigo credo te daturum, certus sum te daturum.* Et quod plus est, *iniungo vti des.* iniungo nõ est directum verbum, sed precarium, *l. etiam hoc modo, l. & eo modo, de legat.* 1. Et vt adiicit Paul 4. *sent. tit.* 1. *impero*, quod fideicommissum facit, non legatum: *impero tibi des Titio centum.* Minus est imperare, quam iubere. Princeps imperat, & inde Imperatoris nomẽ. Dominus iubet. mitior est potestas principis, quã domini. Aliis forte auctoribus plus est impero, quam iubeo, sed nostri auctores sunt peritiores proprietatum verborum. An etiam verbum, *commendo*, est precarium? Commendo non facit fideicõmissum, vt si ita cauerit testator, heres *L. Titium tibi commendo*, neque videtur rogatus heres, vt ei restituat bona, neque si seruus sit, videtur rogatus, vt eũ manumittat. Verbum igitur, *commendo*, vtile fideicommissum non facit, *l. ex verbo C. de fideic. libert. l. quoties, C. famil. ercisc. l.* 1. §. *si ita quis, de leg.* 3. *l. Thais* §. *Titius, de fid. libert. l.* 65. *de hered. instit. & l. Titia* §. *vlt. hoc tit.* M. Tull. 3. de fin. *ex hac animorum affectione testamenta & commendationes morientium natæ sunt.* An illo loco commendationes sunt fideicommissa? minime. fideicommissa obligant, cõmendationes non obligant, quod obtinet etiam in contractibus. Neque enim mandatum contrahitur hoc modo: *illud tibi commendo.* Aliud est mando, aliud commendo, *l. si vero* §. *cum quidam mand.* Commendatitiæ epistolæ non obligant, *l. vlt C. quod cum eo, qui in aliena est pot.* Denique verbum, *commendo*, neque facit fideicommissum, neque legatum. neque ergo est directum, neque precarium. Verba aut sunt directa, aut precaria, aut neutra: communia nulla scio. Semper autem excipio ab eo, quod constituo de verbo *commendo*, nisi aliud senserit testator: nam non tam verba faciunt fideicommissum, quam voluntates defunctorum. etiam nuda voluntas & tacita fideicommissum facit, *l. cum proponebatur, hoc tit.* etiam nutus fideicommissum facit, vt si quis moriens interrogatus, an velit Titio dari eum fundũ, si annuat, vtile est fideic. *l. nutu. & seq.* Ergo ex volũtate defuncti, etiam quod libet verbum fideicom. facit; quia nec tã id verbum facit quam voluntas defuncti. Etiam illud vehementer obseruandum est, quod idem Paul. eodem lib. scribit, verbum *relinquo* non facere fideicõmissum, & multo minus legatum: *illi illum fundum relinquo*, neque est legatum, neque fideicommissum. hæc nomina omnia incognita fuere. Placet valde, vt *relinquo* neque sit directũ, neque precarium, quod demõstratur etiam *l.* 2. *C. de his, quæ sub mod.* Sed semper excipio voluntatem defuncti, quæ poterit colligi ex sequentibus verbis, vel antecedentibus. Finge, vt in *d. l.* 2. testatorem ita dixisse: *illi illum fundum relinquo*, & mox eum rogasse, vt eum fundum restitueret alteri: onus fideicommissi, quod ei iniunxit, argumentum præbet fideicommissi ante relicti, etiam parum apto verbo *relinquo*, Et sic in *l. Lucius* §. *filiam, ad Trebell. ibi: illum fundum relinquo*, legatum est, siue fideicommissum, quia mox subiecit, *quia legato contentus esse debet, &c.* & ita plane declarauit, se legare velle, vel per fideicommissum, alioqui verbum *relinquo* solum fideicommissum non facit. Nam etiamsi dicatur, *relinquo legatum, relinquo fideicommissum, relinquo hereditatem*, tamen hæc non recte relinquuntur. verbo *relinquo* non recte heres scribitur, hoc modo: *illum heredem relinquo.* Nam licet heres dicatur institui, vel substitui; tamen neque recte instituitur verbo, *instituo*, neque recte substituitur verbo *substituo*, vt Vlpian. *docet Institut. tit. quemad. heres scribi debet.* Hæc verba, *relinquo, instituo, substituo*, neque sunt directa, neque precaria, & longe errant interpretes, qui *instituo & substituo*, accipiunt pro directis verbis. Sunt enim neutra verba, & abutuntur *l. iam hoc iure, de vulg. subst.* illo loco, *hoc communi verbo. eosque inuicem substituo.* Ex quo efficiunt ver-

A bum substituo esse commune, hoc est, modo directum, modo precarium, quod longe abest à sententia Iurisconsulti: Nam commune verbum dicit in eo loco non verbum *substituo*, sed hanc orationem, *eosque inuicem substituo*, qua perficitur substitutio reciproca, quæ est communis, si fiat impuberibus filiis, hoc est, tam vulgaris est, quam pupillaris. Alias certe verbum substituo, vel instituo, neutrum est: sed interim ex eo intelligimus, etiamsi heres institutus dicatur, non recte eum institui verbo *instituo.* vel etiamsi substitui dicatur. non recte substitui verbo *substituo.* nec mirum igitur si licet fideicommissum relinqui dicatur, non tamen relinquatur verbo *relinquo*: Nam & similiter legatum dicitur relinqui verbis imperatiuis, id est, directis, nec tamen recte relinquitur verbo *impero*, quod magis est precarium: recte relinquitur B verbo *iubeo*, hoc modo per damnationem: *heredem meum dare iubeo*, sicut heres scribitur recte hoc modo, *illum heredem esse iubeo*, vt Vlpian. scribit *Reg. tit.* 21. Et quod in *l. Corn.* §. *vlt. de lib. leg.* verbum *iubeo*, videtur constituere fideicommissum, hoc fit ex voluntate defuncti, qui adiecit verbũ restitui, siue reddi, hoc modo, *reddi illi iubeo pecuniam quam ei debeo*: fideicõmissum est magis propter verbum *reddi*, quam *iubeo*, quod magis directum est. Nam hoc verbo rectissime hereditas relinquitur, atq; legatũ simul hoc modo, *heres esto, vel heres sit, vel heres erit*, vt idem Vlpian. docet. Quæ verba etiam obseruãtur in exheredatione, quæ nõ valet, nisi concipiatur verbis directis, *velut heres esto, vel sit, aut erit, vel heredem esse iubeo, l. filij etiam, de lib. & post.* Iustinianus qui veterem differentiã horum verborum noluit tam accurate obseruari, dicit in C *l.* 2. *C. comm. de leg.* dubitatum fuisse de verbo ἐνορκῶ. Nõ est ferendus illo loco Alciat. nec alii, qui cum in ea *l. Iustin.* referat verba precaria, & verba directa, velut *iubeo*, quod numerat inter directa, verbum *rogo, peto, volo*, inter precaria, illi faciunt duo nomina, hoc modo ἐν ὅρκῳ, pro ἐνορκέω, ἐνορκῶ, vt ποιέω ποιῶ id est, *adiuro*, contestor & conuenio te iureiurando, vt id facias siue des. Hoc verbum non dicebant esse commune. non habuere iuris auctores verba communia, quæ directe accipi possint, & inflexè, sed alii dicebant, id esse directum, alii esse precariũ, nec narrat Iustin. quid definiat, quia nec necesse fuit, cum velit quocunque verbo perfici legatum & fideicommissum, sicut Imp. Constantinus in *l. quoniam C. de testam.* Hæsitatum enim fuit de his verbis, *non dubito te redditurum*, D sed non multum fuit dubitatum: Nam certum est, his verbis parum aperte scribi fideicommissum. Hæc verba non faciunt fideicommissum, hæc verba neque sunt legati, nec fideicõmissi verba, nec vllam voluntatem certam exprimunt, nisi scil. suffragetur voluntas defuncti, quæ exceptio est perpetua, vt in specie huius §. *item.* quæ est talis. Vir vxorem heredem instituit ex esse, sic proponẽda est species, vt constat ex *l. seq.* & adiecit, *non dubito te bona mea liberis communibus redditurum*, qui scil. liberi erãt impuberes. eos igitur exheredauit: alioquin inutilis esset institutio, inutile testamentum, & fuit summa prouidentia testatoris: Nam eos non exheredauit notæ causa, siue mala mente, sed bona mente, non vt eis obesset, sed vt eis consuleret. Exheredatio non semper est nota, siue iniuria, aut damnum, sed prouidentia, aut cura suorum, vt E scilic. interim dum essent impuberes, donec peruenissent ad iustam ætatem, mater fideicommissaria, hoc est, quæ præsumebatur fore fideicommissaria, & liberorum amantissima, ea bona tueretur, & administraret. quæ exheredatio facta eo consilio consistit, & non parit querelã inofficiosi testamenti, nec excludit exheredatos bonis paternis omnino, non excludit etiam lucris nuptialibus obuenientibus liberis communibus. Nam *Nouel* 22. quæ est de his lucris, loquitur de exheredatis mala mente. Et sunt huius prouidentiæ testatorum multa exẽpla in iure, *l. pen. de cur. fur. l. multi, de lib. & post. l. si prius* §. *si qui nõ mala, & l. pen.* 2. *de bon. lib.* Recte igitur fuit instituta vxor ex asse. Sed quæritur, an ex illis verbis, *non dubito te liberis co-*

munibus bona reddituram, possit induci fideicommissum? A Sane quod ad verba attinet, non videtur vxori fideicommisisse, vt bona restitueret. Sed D. Marcus inspecta mente testatoris constituit, ea verba pro fideicommisso accipienda esse ex voluntate defuncti. D. Marcus *prouidentissimus princeps*, inquit, quia philosophus, & *iuris religiosissimus*, quia Iurisconsultus fuit, *l.* 5. *C. de repud.* Et eodem modo in Constit. Iustin. quæ auspicium facit, Iustinianus Princeps iuris religiosissimus. Habet autem hæc Constitutio D. Marci vtilitatem summam, ne honor transacti matrimonij cum vxore dulciter sine offensa, sine querela, & ne fides communium liberorum quibus subnixum fuit matrimonium, vt *l.* 1. §. *vlt. de lib. exhib.* ne bona spes, & fiducia, quam exinde accipit pater, decipiat patrem, qui melius de vxore præsumpserat. Ergo melius est dicere, B matrem inuitam cogi reddere bona liberis communibus cum morietur, quia enixa fuit voluntas patris, quam contulit in liberos. Enixa voluntas, id est, quoties testator valde vult, fideicommissum est. Hoc est, quod ait in §. *vlt.* Et eadem est vtilitas, *l. Pamphilo, tit. seq.* Legaui liberto centum, & adieci: *scio, quæ tibi relinquo ad filios meos peruentura*, id est, post mortem tuam, *cum sciam, eos tibi esse carissimos.* sane verba fideicommissi cessant, quia non videtur ei fideicommisisse, vt restituat centum filiis suis. Sed tamen, quia inhumanum est, decipi patrem à liberto, de quo melius sperabat, exigente etiam & impellente caritate filiorum, vt *l. liberorum, de verb. sign.* melius est, vt libertus inuitus compellatur centum restituere, vel heres C eius filiis patroni, veluti ex causa fideicommissi, quod confirmatur eo loco, arg. huius Constit. D. Marci. Sunt igitur duo casus persimiles. Nec obstat quicquam his, quæ proponuntur in §. *vlt & d. l. Pamphilo*, lex *generali, in princ. de vsuf. leg.* Testator liberto legauit vsumfruct. fundi, & adiecit: *puto si non contenderis cum herede meo, sed potius concordaueris, etiam proprietatem fundi te consecuturū*: Et hoc etiam fecerit heres & curauerit, vt cum liberto non contenderet. Quæritur, *an viuente herede libertus possit petere proprietatem fundi ex causa fideicommissi?* Et respondet, non esse fideicommissum. verba illa non inducere fideicommissum. Respondeo, in hoc §. *vlt.* dixit, *non dubito*, quod est scio. in *l. Pamphilo*, dixit, *scio.* at in *d. l. generali*, dixit *puto*, quod verbum est opinantis. Scientia D testatoris fideicommissum facit, vel quasi fideicommissum ex interpretatione voluntatis. Opinio fideicommissum non facit. cum dicimus, *puto*, non quasi certi dicimus ita ut sentientes, sed quasi existimantes, vt Plut. in Demost. ait, Demosthenem dicere solitum, *νομίζω οὐ πέπεισμαι.* & *Augustinus* 1. *retractationum*, excusat se, quod aliquid non cōfirmauerit, sed putare se dixerit, *scio & nō dubito, &c.* scientiā exprimit, vt *l. & eo modo de leg.* 2. quomodo Philostratus scripsit Apollonium semper locutū, & nimium verecūde vsum his verbis, *τὸ οἶδα*, & *τὸ δοκεῖ μοὶ*, & *τὸ χρὴ εἰδέναι.* & in vitis sophistarum eosdem sophistas his verbis arroganter semper vsos, *λέγω καὶ γινώσκω πάλαι*, id est, *iampridem scio*, nō verecunde, puto, quod nostri auctores numquam faciunt. Nec obstat *l. testatores* §. 1. *tit. seq.* sic dixit testator villicis suis: *curate agros attendere*, vt scil. rustici agros colant, *& ita fiet vt filius meus filios vestros vo-* E *bis condonet.* an filiis eius videtur relicta libertas per fideicommissum? Minime: Quia hæc verba consilium dant potius quam fideicommissum indicunt. *vt agris attendant diligenter, ita fore, vt filij eorum eis condonentur.* Consilium est, non fideicommissum. Consilium non obligat, *l. cum pater* §. *mando, hoc tit.* nisi aliud suadeat coniectura voluntatis, vt in *l.* 11. §. *hæc verba, tit. seq.* vt in obligationibus quoque, quæ sunt ex contractu, consilij nulla est obligatio, *l.* 2. §. *vlt. mand. l. consilij, de reg. iur.* non in obligationibus, quæ ex maleficijs nascuntur: nam consilium potest esse maleficium, non potest esse contractus, vel legatum, vel fideicommissum. Ac postremo obstat *l. pater* §. *vlt. tit. seq.* mater prædia legauit filijs, & adiecit, vt ea conseruarent successioni suæ, non abalienarent, & vt ea de re inuicem sibi cauerent per stipulationem & restipulationem. Quæritur, *an sit fideicommissum?* Resp. non esse, quod mirum. sed nihil est facilius: voluit testator eos obligari ex cautione, non ex fideicommisso, vt in *l. Balista, ad Trebell.* & ob id non est fideicommissum.

Ad l. peto 69. de leg. 2.

Peto Luci Titi, contentus sis centum aureis: fideicommissum valere placuit, idque rescriptum est. Quid ergo, si cum heredem ex parte instituisset, ita locutus est? peto pro parte tua Luci Titi contentus sis centum aureis: petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente, siue præcipiente, quo contentum esse voluit defunctus. Sine dubio facilius est, hoc probare, quam probari potuit illud: cum ibi fideicommissum petatur ab his quibus testator non est locutus. Idem dicemus, si cum ex asse scripsisset heredem, eius gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis.

FIdeicommissorum verba sunt preces in eum collatæ, à quo fideicommissum relinquitur. Fideicommissoris verba dirigūtur ad eum, qui fideicommissis oneratur, sermo habetur cum eo, non cum alio, & ita iure ciuili fideicommissum relinqui oportet: sed ex Constitut. principū, vtile est fideicommissum, etiamsi quis non loquatur cum eo, à quo fideicommissum præstari vult, sed cum eo, cui reliquit fideicommissum, veluti, *peto Cai Sei, vt contentus sis illa re.* Hic sermo non dirigitur ad heredem, sed ad fideicommissarium solum, vt hoc loco, *& l. cum quis* §. *nuncupatura, inf. t. seq.* vel etiam ita, *sufficiat tibi ea res, l.* 11. §. *si quis ita, t. seq.* vel ita: *volo tibi illam rem dari*, apud Paul. 4. Sent. tit. 1. vel ita: *rogo te, vt acceptis centum seruum tuum manumittas.* His verbis heres etiam videtur esse rogatus, licet non sit rogatus, vt ei det centum, *l. si seruus legatus* §. *pen. de leg.* 1. *& d. l.* 11. §. *cum esset, tit. seq.* vel etiam hoc modo: *scire te volo, donare me tibi aureos octingentos*, vt in specie *l. miles, hoc tit.* in qua miles ita proponitur epistolam scripsisse ad sororem suam, *scire te volo, donare me tibi aureos octingentos.* Sed idem sequendum in epistola pagani: siue is eam epistolam scripserit miles, siue paganus, fideicommissum facit, & *si defunctus*, sic est legendum in *d. l. miles*, cum eo loquatur, qui precario remuneratur, non cum herede, qui oneratur eo fideicommisso: verbum *dono*, in ea specie habetur pro precario. Est sane directum, sicut verbum do, *l. Aurelius l. Titius Seio, de lib. leg. l. quæsitum* §. 1. *de leg.* 3. Sed ex voluntate defuncti verbum directum habetur pro precario, sicut sæpissime directa institutio & substitutio, & libertas ex sententia defuncti, vel ex priuilegio quodam veluti militari, habetur pro fideicommissaria, *l. precibus, C. de impub. & al. subst. l. Scæuola, ad Trebell. inf. l. generaliter, l. si seruo, de fideic. libert. inf.* Ideo autem in *d. l. miles*, verbum *dono*, habetur pro precario, quia scriptum est in epistola fideicommissaria, in qua nihil directo scriptum valet. sic vocatur in *l. cū quis* §. *pater tit. seq.* quæ est imitatio codicillorum, *l. vn.* §. *sancimus, C. de lat. lib. toll.* vel est supplementum codicilli, *l. vxorem* §. *codicillis, tit. seq.* Quid est epistola fideicommissaria? quam quis post mortem suam demum aperiri voluit, non se viuo. Nō est igitur, vt quælibet alia epistola. Ergo verbum *dono*, quod est directum, scriptum in epistola fideicommissaria habetur precū loco, ne scil. pereat voluntas defuncti, quā vtique voluisse ei dari satis apparet ex verbo *dono*. Et differētia est inter *relinquo & dono*, quia *relinquo*, siue *derelinquo*, etiāsi relinquo certæ personæ, nō continuo eius dominiū in eum trāsire volo, quod est euidētissimū. Quid si relinquo in causa depositi? Quid si *derelinquo* potius, quam *relinquo*, quod sperno. Quod autē dono testamēto vel codicillis, vt epistola fideicōmissaria, vel alio iusto instrumēto mortis causa, vel inter viuos, sane in

alium transferre volo. Relinquo plerunque inuitus, puta moriés, intestat⁹ maxime: *do fine, dono mea sponte* & rectissime Eustat. ... *Hom.* relinquere esse necessitatis, dare beneuolentiæ, & munificentiæ. relinquo non est verbum liberalitatis. legatum est liberalitatis, fideicommissum est liberalitatis. ergo ex solo verbo relinquo, nō ducitur idoneum argumentum legati vel fideicōmissi. Ex verbo *dono*, ducitur argumentum alterius, ex ipso verbo argumentum legati, quia directum est verbum: ex mente defuncti potius, quam verbo argumentum fideicommissi. Verum quod ad rem principalem attinet, constat iam satis ex supradictis locis, vtile esse fideicommissum, etiamsi quis non cum eo loquatur quem onerat, sed cum eo tantū, quem honorat fideicommisso. Plus dico, vtile fideicommissum esse: etiamsi quis neque cum hoc, neque cum illo loquatur, sed cum extraneo quodam, vt in specie, *l. cum pater* §. *donationis, de legat.* 2. quæ talis est: Mater epistolā ad filium scripsit, nec misit tamē: fuit enim epistola fideicommissaria, quæ non mittitur ad eum ad quem scripta est sicut quælibet alia epistola, nec ei traditur legēda, nisi post mortem scriptoris. Igitur scripsit quandam epistolā ad filium, sed eam non misit ad filium, sed nesciente filio eam sacro commendauit, & deposuit eam apud æditimum, vel pontificē. Ea vero epistola mater filio donabat prędia quædam. *donandi* verbum est directum, non precarium, sed ex voluntate defuncti trahi potest ad fideicommissum, etiamsi in epistola nullum sit aliud verbum precarium, vt in specie *d.* §. *donationis* postea mater ad æditimum scripserit literas tales, *Si instrumentum, quod apud te deposui post mortem meam filio tradi volo*: Donatio prædiorum habebitur pro fideicōmisso, nec quicquā refert, quod mater precariam suam voluntatem declarauerit literis ad æditimum scriptis, cum de eo constet, in quem voluntatem suam contulit. Et eleganter in *d.* §. *donationis*, non oportere quæri cum quo quis loquatur de supremis suis, id est, de suprema sua voluntate, sed in quem voluntatis intentio dirigatur. Igitur eo casu filius fideicommissum petet ab heredib. institutis testamento matris, licet neque cum eis, neque cum filio locuta sit, sed cum extraneo, hoc est, cum æditimo. Et ait in illo §. *cum pluribus heredibus intestato diem suum obijsset.* Certum est esse scribendum, *cum pluribus heredib. institutis diem suum obijsset.* Nā ab intestato filius ipse matri heres extitisset ex Senatusconsulto Orfit. Eadem vero ratio est in specie *l. cum quis* §. *Seium, tit. seq.* Species hęc est: Seium & Męuiū libertos suos heredes scripsit, & Męuio substituit Sempronium. Deinde codicillos scripsit ad Seiū, non ad Mæuium coheredem, & in eis ita cauit: *Mæuium quem testamento pro parte dimidia heredem institui, eam partem accipere veto,* cuius in loco, *Sempronium heredem esse volo.* & ei Mæuio legauit (*vt ponit*) vini vetusti lagenas aliquot. hæc verba, *quibus vetuit Mæuius accipere partem hereditatis ei testamēto adscriptæ, & in eius locum Sempronium vocauit,* accipiūtur pro fideicommisso, & Sempronius fideicommissum petet à Mæuio, non à Seio: licet codicilli non sint scripti ad Mæuium, neque ad Sempronium. Denique, neque sunt scripti ad eum, qui fideicommissum debet, neque ad eum, cui debetur. Et placet tamen consistere fideicommissum. denique nihil refert, ad quem scribantur, satis esse intelligere quid voluerit qui codicillos fecit, nihil referre ad quem, sed cuius gratia, sicut nihil refert, vt Senec. 5. *de benefic. ait,* cui des beneficium, sed cuius gratia: si filio dedisti alieno patris gratia & honore, siue affectione, non filius accepit beneficium, sed pater in cuius honorē id dedisti filio: mens enim semper spectanda est dantis. Sūma igitur hæc sit conclusio, fideicōmissum consistere & valere etiamsi quis non alloquatur eum, à quo præstari vult fideicommissum, sed cum eo, cui præstari vult: imo etsi cum neutro loquatur, sed cum extraneo quodam inde colligit Papinian, eleganter hoc loco, multo magis valere fideicōmissum, si quis cum eo loquatur, à quo fideicōmissum relinquitur, etiamsi palam non edicat, cui, vel quibus relinquat, vt si Titium ex parte heredē instituit, & deinde cum eo ita locutus sit, *peto, vt pro parte tua contentus sis centum aureis,* non adscripta ea parte alij nominatim. Ex his verbis fideicommissi petitio est coheredibus Titij, quia videtur rogatus partem suam restituere coheredibus, retentis aureis centum, quos imputabit in Falcidiam, & si quid deest Falcidiæ, id in supplementū deducet, retinebit siue præcipiet, quia contentum esse eum defunctus voluit. Differentia est inter *retinere & præcipere, l. in quartā, ad leg. Falcid.* Retētio est facti, præceptio fit beneficio actionis: sed siue retinere, siue præcipere iussus sit pecuniā solidam, imputat in Falcidiam, quia eam videtur sumere ex sua parte, *l. cū pater, in princ. hoc tit.* Idē dicitur in specie *l. Paul.* 27. §. 1. *tit. seq.* ad quā facit etiā *l.* 2. *C. de cod.* Filium & filiam heredes scripsit: deinde ita cauit: *filia pro omni hereditate contenta esto illo prædio.* videtur filia rogatā restituere suā portionem fratri suo. Et idem omnino erit, si quis heredē scripserit ex asse, vt Papinian. hoc loco, & deinde cū eo ita loquatur, *peto pro hereditate, quam tibi reliqui, &c.* Nam his verbis heres institutus ex asse, videtur rogatus, vt fratri legitimo heredi testatoris hereditatē restituat retentis centum aureis. Et recte ait, *quæ ad fratrem iure legitimo rediret:* nam proprie legitima hereditas *redire* dicitur, quia ad eandem familiam recurrit. Et assentior Placentino, qui in *l. quoties* 73. *de reg. iuris.* ita legendum putat, *quo hereditas redit,* ab intestato scil. *eo & tutela peruenit.* Hæc sūt quę cōtinētur in 1. quæst. *huius l.* quibus duo obijcit Accurs. Primū, *l. filiumf.* §. *Diui, de legat.* 1. Ex quibus hoc eruimus, nudum præceptum nullius esse momēti, exempli gratia, vetuit, *ne fundus alienaretur,* & nihil præterea adiecit. nudum est præceptum, quod obligationem nullam parit, quando quidem non dixit, cuius gratia id præciperet: sicut si dixerit, *veto fundū alienari extra familiam,* non est nudum præceptum, quia fit familiæ suæ gratia: cui etiam eo nomine competit fideicommissi persecutio fundum alienato, & collato in exterum. Alias nudū præceptum nullius est momenti. In hac specie videtur esse nudum præceptum, *peto contentus sis.* nudum præceptum nullius est momenti, si non appareat, cuius gratia præceperit: sed in specie proposita apparet, eum præcepisse gratia alterius, cuius gratia præceperit, vt contentus esset tot aureis. Deinde obiicitur *l. cum pater, hoc tit.* §. *pater qui filio.* Filium pater heredem scripsit ex semisse, filias duas ex quadrante: deinde ita cauit: *fili pro tuo semisse contentus esto ducentis aureis, & vos filiæ pro quadrantibus vestris contentæ estote centenis.* vsus est hisce verbis, quæ proponuntur in hac *l.* Et tamen ait, non videri relinqui mutuum fideicommiss. inter fratres. Sed ratio est euidens, nō posse induci fideicōmissum, quia etsi induceretur, inutile esset: nam si esset mutuum fideicommissum, quantum daret filius sororibus, tantū acciperet à sororibus mutuatim, & è conuerso. Igitur nō voluit testator mutuū fideicōmissum facere, sed magis, vt solent frugi patresfamil. voluit æstimationem sui patrimonij facere, & æstimare semissem filij ducentis, quadrantē filiarum centenis. quæ tamen æstimatio nunquam propellet veritatem: hoc est, si quis ita æstimauerit portiones ascriptas, ea æstimatio nihil officit veritati, *l. is* §. *vlt. ad leg. Falcid. l. si fundus* §. *si libertus, de leg.* 1. *& l.* 1. *C. arbitr. tut.* Atque ita nihil omnino obstant illæ duæ leges.

Ad §. prædium 1.

Prædium, quod nomine familiæ relinquitur, si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona heredis veneant: tamdiu emptor retinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis post mortem eius non habituras, quod exter heres præstare cogeretur.

HVius §. species hæc est: quidam vnum ex familia sua heredem scripsit, & prædium nomine familiæ reliquit. Sic rectissime legit Haloander in §. 1. *huius l. prædiū*

quod nomine familiæ relinquitur, hoc est, quod relinquitur A his, qui sunt ex nomine, gẽte & familia eadem. Sed quod ad iuris effectum attinet, exponamus, quid sit prædiũ nomini familiæ relinquere. An relinquitur pure, vt adita hereditate, mox præsẽti die peti possit? minime. qui enim sibi heredẽ instituit vnum ex familia sua, & ab eo nomine familiæ prædiũ reliquit, sane hoc vult, vt vnus heres, qui est ex familia, eo prædio fruatur, moriens id familiæ relinquat, vt interim prædium extraneo non alienet, sed familiæ conseruet. hæc est vis, & potestas huius, siue legati, siue fideicomm. Hoc casu si viuus heres prædium extero vendiderit sua sponte, statim cæteris, qui sunt ex familia, competit fideicommissi petitio, perinde ac si moriens id reliquisset extero, *l. cum pater §. libertis, hoc tit.* Nam etsi fa- B miliæ fideicommissum, quod relictum est videatur collatum in tempus mortis heredis, vt scil. ab eo prædiũ trãseat ad cæteros, qui sunt eiusdẽ nominis & familiæ, tamen si is viuus discesserit à præcepto defuncti, si maturauerit prædium alienare, fidei commissarij, qui sunt ex eadem familia quodammodo, petent præmature fideicommissum. Denique, si is heres viuus sua sponte alienauerit, statim competit cæteris petitio fideicommissi. Quæritur in hoc §. quid si dicendum, *si alienatio sit necessaria, non voluntaria*, id est si is heres alienauit coactus. Finge, heredis bona venierũt sub hasta ex edicto prætoris vrgẽtibus creditoribus heredis, & inter ea bona etiam prædium legatarij: *an familiæ competit fideicommissi persecutio, quod extero sit alienatus fundus?* Differentia est constituenda hac in re inter creditores testatoris, & creditores heredis. prohibi- C tio illa, ne prædium heres extero alienet, non potest esse fraudi creditoribus testatoris, *l. filius famil. §. Diui, de legat. 1.* Nam & legata siue fideicommissa non debentur, nisi deducto ære alieno, *l. 1. §. denique ad Trebell.* Et ideo si propter creditores testatoris, heredis bona venierunt, & inter illa bona illud prædium, de quo agitur secundũ id, quod receptum est, heredem, qui inuentarium non fecit teneri creditoribus vltra vires, *l. quæ dotis, sol. matrim.* Et hoc est, quod dicitur, *quamlibet hereditatem esse soluendo*, hoc est, modo habeat heredem, qui sit soluendo: locupletem esse omnem hereditatem, quæ habet locupletem heredem, *l. libert. de bon. libert.* Si igitur propter creditores testatoris bona omnia heredis venierunt, iure pignoris alienatio tenet, nec potest infringi ex causa fideicommissi, *l. qui solidum §. vlt. de leg. 2. & d. §. Diui.* Hoc D enim casu familiæ nunquã competet fideicommissi persecutio, & rata erit perpetuo iure alienatio prædij, etiamsi sit collata in extremum, quia facta est propter testatorem ipsum quem absolui æquius est, quã fideicõmissum præstari. Quid vero si heres prædium illud vltro vendiderit, creditorum testatoris dimittendorum gratia videlicet, cũ nõ esset aliud in hereditate, vnde debita commodius exsolui possent? Rata alienatio est *l. pater in princ. tit. seq.* Et hęc de creditoribus testatoris. Quid si creditores heredis bona heredis vendiderunt, & in his etiam prædium illud, de quo agitur, quod est obnoxium fideicommisso relicto nomine familiæ? Sane interim viuo herede alienatio tenet, quia & bonis non venditis, ipse quandiu vixisset, E prædiũ tenuisset solus: sed sicut bonis non vẽditis, mortuo eo herede, extraneo herede relicto, familiæ persecutio competit, ita bonis venditis mors eius exspectabitur, & post mortem eius demum familiæ fideicommissi persecutio competet. Denique competet aliquando, quia alienatio prædij facta est, nõ propter testatorem, sed propter heredem. si facta esset propter testatorem, nũquam familiæ fideicommissi persecutio esset. Et est *h. §.* similis casus *l. Statius §. Cornelio Felici, de iure fisc.* qui loc⁹ solet frequẽter adduci in medium, tum in schola, tum in foro: Heres rogatus est post mortẽ suam hereditatem restituere. post heres exstitit, ac deinde ob delictum aliquod deportatus est, & bona eius confiscata sunt. hereditas, quam acceperat à testatore confiscata est. an fideicommissario competit statim fideicommissi persecutio? minime: quãdiu scilicet viuit heres deportatus, interim fiscus tenebit hereditatem, post mortem deportati, erit fideicommissi persecutio: vel si fideicommissarius pręmoriatur, hoc est, si ante deportatum moriatur, sane ea bona perpetuo iure manebunt apud fiscũ. Et sic etiam in specie huius §. apud emptorem perpetuo iure manebit prędium, si cęteri, qui sũt ex familia, moriantur ante heredem scriptum, quod notandum. Nam solet hic §. coaptari cum *d. §. Cornelio*, sed vix vnus cum alio congruit magis. Notanda est differentia inter heredem extraneum scriptum à priori herede, onerato fideicõmisso conseruandi prædium familiæ prioris testatoris, & vnum ex familia bonis quidem venditis propter creditores heredis. Extraneo mortuo herede familiæ fideicommissi persecutio competit, siue extraneũ, siue sibi heredem scripserit vnum ex ea familia. Ergo si propter creditores heredis bona venierunt, mortuo eo familiæ fideicõmissi persecutio competit, siue extraneum heredem scripserit, siue vnum ex familia admissa cõpensatione virilis portionis, quæ vni competit, vt diximus in *l. vnum ex familia §. substit. sup.* Bonis non venditis est differentia: Nam si heres prior extraneum sibi heredem scripserit, familiæ competit fideicommissi persecutio: si vnum ex familia, cætera familia excluditur.

Ad §. mater 3.

Mater filio impubere herede instituto, tutorem eidem adscripsit, eiusque fidei cõmisit, vt si filius suus intra 14. annos decesserit restitueret hereditatẽ Sempronio: non ideo minus fideicõmissum recte datum intelligi debet, quia tutorem dare mater non potuit: nam etsi pater nõ iure facto testamento tutoris fidei commiserit, æque præstabitur, quemadmodum si iure testamẽtum factum fuisset. Sufficit enim, vt ab impubere datum fideicommissum videatur, ab eo dari, quem is, qui dabat, tutorẽ dederat, vel etiam tutorem fore arbitrabatur. Idem in curatore impuberis vel minoris annis debet probari. Nec interest tutor recte datus viuo patre moriatur, vel aliquo priuilegio excusetur, vel tutor esse nõ possit propter ætatem, cui tutor fuerat datus, quibus certe casibus fideicommissum non intercidit, quod à pupillo datũ videtur. Hac denique ratione placuit, à tutore, qui nihil accepit, fideicõmissum pupillo, relinqui non posse: quoniam quod ab eo relinquitur extero, non ipsius proprio, sed pupilli iure debeatur.

QVod attinet ad hunc §. sciendum est, matrem non posse filio impuberi testamento tutorem dare, quia non habet filium in potestate, qua ratione etiam pater filio emancipato tutorem non dat. Tutoris datio pars est patriæ potestatis, sicut pupillaris substitutio. Sed hac in re est differẽtia inter patrem & matrẽ. Tutor datus à matre, non est quidem iure datus, sed confirmatur decreto prætoris vel præsidis, & cõfirmatur ex inquisitione, causa cognita, habita inquisitione morum, vitæ & facultatũ eius. Ac rursus ita demum confirmatur, si datus sit à matre pupillo heredi instituto, *l. pater, sup. de test. tut.* Nam si datur à matre præterito seu exheredato, plane inutiliter datus est, quia is nunquam confirmabitur. Et vt iampridem ostendi in *l. 4. C. de test. tut.* lex ait initio, matrem filiis tutorem dare nõ posse, & subiicitur exceptio, nisi eos heredes instituerit: vnde sequi debet affirmate, non negate. quod si eos heredes instituerit, solet ex voluntate defunctæ tutor eis datus confirmari: Nec enim confirmatur tutor à matre datus, nisi sit datus heredi instituto: datus autem à patre, etiamsi datus sit exheredato, confirmatur, & quidem sine inquisitione, & non exacta satisdatione, rem pupilli saluã fore, *l. 1. de confir. tut. inf.* à patre datur tutor personæ, à matre rei potius, quam personæ, id est, rei maternæ, quasi iudicium personæ minus conueniat matri, quã patri: & iudicium viri facilius confirmatur, quam iudicium mulieris, iudicium patris confirmatur sine inquisitione, iudicium matris non nisi ex inquisitione

inquisitione, *l. vlt. qui pet. tut.* Et hæc ratio differentiæ inter patrem & matrem. Item sciẽdum est, quod præcipue continetur in §. *matre, hac l* à tutore dato pupillo heredi instituto fideicommissum relinqui posse etiamsi tutor nihil ex testamento capiat, *l. eum, C. de fideicom.* quæ repetita est ex *l. 5. C. de reb. cred.* Hoc ideo, quia à pupillo videtur relinqui: Cur fideicommissum relinquit alter qui nihil fert? quia videtur relinqui à pupillo, valet fideicommissum, non tutoris proprio nomine, sed pupilli. Pono pupillum fuisse heredem institutum: nam ab exheredato non posset fideicommissum relinqui: cui nihil damus, eum rogando obligare non possumus. Ergo ab exheredato, nisi legatum aut fideicommissum ei relinquimus fideicommissum frustra relinquimus: & consequenter à tutore vel substituto eius: Nam quod à tutore relinquitur, à pupillo relinqui videtur. Cur vis hoc statuamus relictum à tutore relinqui videri, à pupillo: quia tutor pupilli loco habetur. Plerunque tutor est loco domini, *l. tutor qui tutelam, de admin. tutor l. qui fundum §. si tutor, pro empt.* Quid vero est hoc tutorem esse loco domini? an tutorem quasi dominum esse pupilli, sicut tutela dicitur esse vis & potestas in pupillum? minime. Tutor est loco domini, hoc est loco pupilli: tutor & pupillus vnum est, & ambo quasi vnus: & ideo tutor potest manumittere seruum pupilli consentiente pupillo, nisi sit actor rerum omnium pupilli, vt constat ex sententia quadam Adriani Imp. relata inter eius ἀποφάσεις. Item cautum est l. Attinia, vt res furtiua non possit vsucapi, nisi redierit in potestatem domini. id ita accipimus, vt sufficerit eam rediisse in potestatem tutoris, quia est loco domini, *l. sequitur §. si pupillo, de vsucap.* Seruus non torquetur in dominum, ita est: ergo nec in tutorem debet, *l. 2. C. de quæst.* Eademque ratione tutor non satisdat de rato vel iudicatum solui, §. *tutoris, Institut. de satisdat. tut.* quia nec dominus satisdaret, & loco possessoris dicitur esse tutor possidente pupillo, *l. pen. qui satisd. cogant.* Denique tutor est loco domini, id est, pupilli sui: & consequenter, quod à tutore relinquitur, à pupillo relinqui videtur. Vtile ergo fideicommissum est, etiamsi tutor nihil capiat ex testamento, modo pupillus capiat: & quod plus est, nihil refert, iure datus sit tutor, an non: nam etiamsi sit datus minus solemni testamento, fideicommissum ab eo relictum debetur, si modo, vt Rogerius supplet recte, testamento sit ascripta clausula codicillaris: alioqui non valeret fideicommissum à tutore relictum iniusto testamento, hoc est minus solemni: non etiam refert eo testamento relictus tutor confirmatus sit, nec ne: nam etiamsi non sit confirmatus, fideicommissum ab eo relictum pupillus debet, vt etsi tutor non fuerit, id debeat pupillus, vt si mortuus sit viuo patre, quod ostenditur in hoc §. vel etiamsi datus sit, vel per errorem puberi. Idem quoque dicitur, si tutor se excusauerit, si tutor fuerit nomine, non re: nam fideicommissum ab eo relictum pupillus præstabit, quasi à se relictum. Eadem est ratio curatoris: nam & curator est loco domini. Finge curatorem datum testamento impuberi, vel minori 25. annis: inutilis est datio, quia curator testamento non datur, tutor datur testamento, sed non curator: neque alia est ratio differentiæ, quam quod tutoris datio est legis: & eius, cui lex dedit nominatim, & quemadmodum dedit. Lex, quæ dedit ius patri dandi tutoris, non dedit etiam ius dandi curatoris in testamento. lex loquitur tantum de tutela. Ergo cura non potest deferri testamento impuberis aut adolescentis. Eadem est ratio, cur ventri detur curator, non tutor, *l. ventri, de tut. & curat. dat.* Et quia de curatore dando edicto comprehensum est, non de tutore: ergo quamuis curator non iure detur testamento, non tamen ideo

erit inutile fideicommissum à curatore relictum, quia ab eo relictum videtur cuius curatio ei deferebatur. Et pari ratione, si à tutore, qui nihil capit ex testamento, fideicõmissum relinquitur, pupillo non exstante, inutile est fideimissum, quia heredi à semetipso relictum videtur Et hoc est quod continetur in §. *matre.* Sequitur §. *frater leg. peto.*

Ad §. fratre.

Fratre herede instituto, petit ne domus alienaretur, sed vt in familia relinqueretur. si non paruerit heres voluntati, sed demum alienauerit, vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt. Quid ergo si non sint eiusdem gradus? ita res temperari debet, vt proximus quisque primo loco videatur inuitatus. Nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum lædi debet: Sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cauere, se familiæ domum restituturum. Quod si cautio non fuerit ab eo, qui primo loco admissus est, desiderata: nulla quidem eo nomine nascitur condictio: sed si domus ad exterum quandoque peruenerit, fideicommissi petitio familiæ competit. Cautionem autem ratione doli mali exceptionis puto iuste desiderari, quamuis nemo alius vlterior ex familia supersit.

EXplicabo §. *fratre*, si prius admonuero in pr. huius l. subiici statim debuisse §. matrem, quia ipso etiam ostenditur, vtile fideicommissum esse, etiamsi cum eo tum loquatur, cui fideicommissum relinquitur, non cum herede, qui fideicommisso oneratur. Et multo magis, si quis cum herede loquatur, tametsi non dicat palam, cui fideicommissum præstari velit, modo intelligatur, cuius gratia eum habuerit cum herede sermonem. Et quod his erat consequens, additur in §. *matre*, vtile etiam esse fideicommissum, si quis non cum herede loquatur, à quo fideicommissum præstari voluit, sed cum alio, puta cum tutore eius, aut curatore. Denique continuata serie, coniuncta scriptura poni debuisse §. *fratre* cum §. *prædium*, quoniam vterque est de fundo relicto familiæ per fideicommissum, & instituto herede vno ex familia, huius fideicommissi petitio est post mortem heredis, si moriatur fundo extraneo relicto: imo & si vnus fundum extraneo alienauerit sua sponte, & si viuus voluntariam fundi alienationem fecerit extraneo, fideicommissi petitio est statim, id quod est in §. *fratre*, apertissime. nec quicquam prodest ad impediendam petitionem fideicommissi, si fundum redemerit, aut quod fundum redimere possit, antequam moriatur. statim extitit fideicommissi conditio fundo vendito extero, & conditio, quæ semel extitit, non resumitur. Et hoc dixi, si voluntaria fuerit alienatio. Quod si necessaria fuerit, puta creditoribus ex edicto possidentibus bona, & distrahentibus, aut facta est propter creditores testatoris, aut propter creditores heredis. Si propter creditores testatoris, extinguitur fideicommissum, quia testator qui prohibuit fundi alienationem extra familiam, non videtur sensisse de huiusmodi causa alienationis, cuius ipse causa est ob magnitudinem æris alieni. Si propter creditores heredis facta sit alienatio, intelleximus ex §. *prædium*, non statim fideicommissi petitionem esse, licet fundus sit venditus extero, sed post mortem heredis demum, & tandiu scilicet apud emptorem manere, quandiu maneret apud heredem, si creditores eius non distraxissent bona, & inter ea bona etiam fundum illum. Quod idem fere de fideicomm libertate scripsit Papin. eodem lib. *l. rogo inf. de fid. lib.* quæ coniungenda est cum *d. §. prædium* & cũ §. *vlt.* qui ei debuit esse proximus. Est lex *rogo ex eod. lib.* & idem fere ponit in fideicommissaria liberta-

te quod §. *prædium* in fideicõmiſſo pecuniario. Species eſt: teſtator ita dixit: *rogo te heres mi, ne ſeruus ille alterius ſeruitutem experiatur*, id eſt ne alterius dominio ſubiiciatur, quã tuo, ne alienam ſeruitutem patiatur. his verbis videtur ſeruo data fideicommiſſaria libertas ſub conditione, *ſi heres eum alienauerit.* voluit eum ſeruum heredi quidem ſeruire, quandiu is viueret, ſed non alij. nihil eſt magis contrariũ ſeruituti, quam libertas. Qui ergo dicit, ne ſeruitutem patiatur alterius, ſane hoc dicit, vt liber fiat, vel poſt mortem heredis: imo & ſi viuus heres eum ſeruum vendiderit, ſeruus confeſtim petere poteſt libertatẽ, quaſi exiſtente conditione. nec prodeſt ad impediendam libertatis petitionem, ſi heres eum redemerit, quia vt ante dixi ſemel extitit conditio libertatis, *l. quidam, de fideicom. liber.* Et hoc ſi eũ vendiderit ſua ſponte. Quod ſi neceſſaria fuerit venditio, ſimiliter diſtinguamus: aut facta eſt propter creditores teſtatoris, aut propter creditores heredis. Si propter creditores teſtatoris, libertas peti non poteſt: imo nunquam petitur, *& l. cum fidei heredum eod. tit. de fid. lib.* dum ait, *nondum libertatem peti poſſe*, dum, vacat, vt illo loco Virgil. *at Phœbi nondum patiens immanis in antro*, id eſt, Phœbi non patiens. Quid ſi propter creditores heredis ſeruus ille venditus ſit, atque ita ſubierit alienam ſeruitutem? Et placet, hoc caſu ſtatim libertatem peti poſſe, non exſpectata morte heredis, *d. l. rogo*, quæ ad differentiam *l. cum fidei*, eſt accipienda de venditione neceſſaria, facta propter creditores heredis, non propter creditores teſtatoris. Et vt indicat Papin. in *d. l. rogo*, ſtatim libertas peti poteſt, quia nihil refert, qua ratione impleatur conditio libertatis fideicommiſſariæ. Nam libertas fideicommiſſaria, eſt quaſi ſtatulibertas: nõ eſt proprie ſtatulibertas, quia relinquitur directo, non precario. Et hoc diſtat, *titulus de fid. libert. à tit. de ſtatulib.* Sed tamen fideicommiſſaria libertas dicitur eſſe quaſi ſtatulibertas, & is, qui per fideicommiſſum libertatem accepit, accepit quaſi ſtatuliber, *l. non tantum §. cui fideicommiſſum, de fideicom. libert.* Nihil autem refert, quã ratione exiſtat conditio ſtatulibertatis: nam libertas cõpetit quoquomodo exiſtat, ſiue facto ſerui, ſiue facto alterius, ſiue alio modo. libertas competit: ergo idem ſequimur, & probamus in ſtatu libertate. Eſt igitur hac in re differentia inter fideicommiſſariam libertatem, & fideicommiſſum pecuniarium. Nam vt rem explanemus apertius, ſi propter creditores heredis bona heredis venierunt, & in his fundus familiæ relictus, non poteſt fideicommiſſum peti, niſi poſt mortem heredis, vt in §. *prædium*, mortuo herede extraneus emptor cogitur reddere fundũ, quem & extraneus heres reddere cogeretur bonis nõ venditis à creditoribus heredis: & vno tantũ caſu fundus apud emptorem extraneum perpetuo iure manebit, puta, ſi debitor, hoc eſt heres, cuius creditores bona vendiderunt ſuperuixerit cæteris omnibus, qui ex familia erant, *arg. l. Statius, §. vlt. de iure fiſci.* Quod ſi propter creditores heredis bona venierunt, & in his ſeruus ille, cui relicta eſt fideicommiſſaria libertas ſub prædicta conditione, ſtatim ſeruus experiri, & petere libertatem poteſt, vt in *d. l. rogo.* Libertas quodammodo repræſentatur ante mortem heredis: ſane facilius & properantius præſtatur, quam fideicommiſſum pecuniariũ. quacunque ratione ſufficit impleri conditionem libertatis, non etiam conditionem fideicommiſſi pecuniarij: nec enim intelligitur perfecte impleta, niſi alienatio fundi facta extero fuerit voluntaria. Hæc eſt ſententia *d. l. rogo* in §. *frater*, agitur de eodem fideicommiſſo. Sunt nonnulli errores in eo §. qui breuiter à me perſtringentur. Quidam fratrem heredem inſtituit, vnum igitur ex familia ſua, & eum rogauit, ne *domum quandam alienaret extra familiam*, quæ prohibitiones hodie ſæpiſſime ſcribuntur, teſtamentis præcipue nobilium, *ſed vt eam conſeruaret in familia*, heres non pariut voluntati,

A forte, quia moriens reliquit heredem extraneum, ad quem domus tranſiit cum bonorum vniuerſitate: filiæ competit fideicommiſſi petitio, hoc eſt petitio domus ex cauſa fideicommiſſi: Nam prohibita alienatione, videtur prohibita heredis inſtitutio: niſi dixerit, ne alienetur extero, *quoad viues, vt l. cum pater §. fundum, de leg. 3.* Sed ſi dixerit generaliter, *ne alienes*, neque viuus, neque moriens alienare extero domum poteſt. competit igitur etiam fideicommiſſi petitio, ſi viuus extero domum vendiderit: Nam ſtatim fideicommiſſi petitio familiæ competit. Quid eſt familiæ? hoc eſt, omnibus, qui ſunt ex ea familia, gradatim tamen ſi plures ſint, non eiuſdem gradus, ne per minuſculas partes fideicommiſſum inutile fiat, *l. 32. §. vlt. de leg. 2.* Prima igitur erit cauſa proximorum, deinde ſequentium: nec enim propter proximiores, qui priores admittuntur ad fideicommiſſum, cauſa ſequentium in poſterum læditur: imo qui priores admittuntur, cauere debent, ſe domum in familia relicturos, & cauere debent non ſeruo publico, non filiis, vt Gloſſa ait, ſed heredi, vel heredi heredis, vt in *l. vnum ex familia §. ſed etſi fundus, ſup.* quia & heredis intereſt fundum ſeruari in familia, propterea quod domo in extraneum collata, cæteri ab eo fideicommiſſum petere poſſunt & etiamſi non intereſſet, intereſſe credendum eſſet heredis, vt ſatisfaceret voluntati defuncti, *l. 19. tit. ſeq. de leg. 3.* Exigitur autem cautio oppoſita exceptione doli mali aduerſus petitorem fideicommiſſi, vt & in aliis caſibus, *l. eas cauſas, de condit. & demonſtr. l. cum in teſtamento, de fideicom. libert.* Nam petenti fideicommiſſum, proximiori puta, heres opponet

B

C exceptionem doli mali, hæc dicens: *dolo facis, qui petis fideicommiſſum, non oblata cautione ſemper ſeruandæ domus in familia*, atque etiam remedio exceptionis huius, non aliter præſtabit fideicommiſſum quam ſcilicet ei ea de re cautum fuerit. Et, quod eſt notandum maxime, ea cautio exigitur, etiamſi is, qui fideicommiſſum petit ſolus ex familia ſuperſit, quod prima fronte videtur deridiculum: Nam cum ſolus ipſe ſit ex familia, fruſtra videtur cauere, ſe domum in familia relicturum, quando quidem ipſe finis eſt familiæ: imo vero non eſt ſuperuacua cautio, quoniam alii agnaſci poſſunt, vel ex ipſo, qui fideicommiſſum petit. Et ita etiam proponitur in hoc §. *vlt.* Nam valde notandum hoc eſt, hoc fideicommiſſum familiæ relictum pertinere etiam ad eos, qui moriente teſtatore in rerum natura non fuerunt, nec enim

D idem eſt familia & cognatio. in hoc propoſito, qui poſt mortem teſtatoris concepti ſunt, eius cognati non ſunt, aut fuerunt *l. Titius, de ſuis & legit.* Familiæ tamen appellatione continentur, quia ex eadem ſtirpe prodeunt: & ita etiam, quod tamen erat dubium magis, propter capitis deminutionem, fideicommiſſum pertinet ad eos, qui mortis teſtatoris tempore in familia fuerunt. Nam tempus mortis ſpectatur, non tempus teſtamenti, *d. l. 32. §. vlt. hoc t.* Et poſtea deſierunt eſſe familiæ per emancipationem, quæ eſt capitis minutio. Nam & hi ad fideicommiſſum vocabuntur tanquam ex familia, *l. filiusfam. §. cum pater, de leg. 1.* In hoc igitur genere fideicommiſſi latius familiæ accipitur, quam agnationis, ſiue cognationis nomen. Poſtremo ad hæc quæritur in hoc § *vlt.* quid ſit dicendum, ſi petenti proximiori fideicommiſſum, quod familiæ relictum eſt, puta exi-

E ſtente conditione, heres fideicommiſſum præſtiterit, non exacta illa cautione, domum in familia relictum iri? quid ſi per errorem omiſerit heres illam cautionem? an competit condictio indebiti? Et Papinianus ait, nullam competere. Sed ſi domus quandoque ad exterum peruenerit, familiæ competere fideicommiſſi perſecutionem in rem, hoc eſt, in quemlibet poſſeſſorem. nullam eſſe condictionem, incerti ſc. vt quidam interpretantur, id eſt, poſt ſolutionem fideicommiſſi, heredem non poſſe

condicere cautionem, quam omiserit per errorem. Cautio est res incerta, & obligatio. Condictio igitur, qua repetitur, est condictio incerti: vel etiam, non posse eum codicere possessionem, quæ est res incerta, quæ potuit retineri ratione exceptionis doli mali, quoad præstaretur illa cautio. Denique, vt illi volunt, non est condictio incerti, non est condictio possessionis. Hoc est iniquissimum, cum per errorem omiserit retētionem possessionis, exceptionem doli mali: cautionem, & videtur enim per errorē plus debito soluisse, qui cautionem non exegit, quia nulla cautione accipientem obligauit sibi in familiæ gratiam. Ergo sane competet condictio incerti, vt accidit sæpissime in alijs casibus, *l. qui exceptionem §. si pars, de condict. indeb. l. heres, ad Trebel. l. 3. §. vlt. si cui plus, quam per leg. Falc l. 5. §. 1. de vsufr. earum rer.* Sed Papin. loquitur de condictione certi, dum ait, *nullam esse condictionem*, certi scilicet, id est non possum ipsam solutam condicere, quasi indebitam, quia cautionis præstandæ necessitas solutionem tantum moratur, non etiam indebitum facit, quod fuit debitum, vt idem Papinianus ait in *l. testamento, de dot. præl.* Ergo non condicet ipsum fideicommissum, seu ipsam domum quasi indebitam, & ita in iure sæpissime, quoties denegatur condictio, denegatur certi condictio, non incerti. Quid est pertritum magis, quam quod dicitur, neminem rem suam condicere, id est, condictione certi non condictione incerti possessionem rei meæ possum condicere, *l. 2. de condict. tritic. & l. 25. de furt.* Et similiter dicitur in *l. si in area, de condict. indeb.* eum qui in area aliena ædificauit, posse sibi seruare impensas, non per actionem, sed per retentionem ædificij, & exceptionem doli mali: qua non vsus, si ædificium restituerit per errorem, non potest condicere, id est, rem ipsam. ædificium ipsum, quæ est condictio certi: potest autem condicere possessionem. Et ita in *l. ex quib. eod. tit.* quæ denegatur condictio, generaliter est condictio certi, non condictio incerti. Et ita hic locus accipiendus est.

Ad l. 21. de lib. leg.

Quod mihi Sempronius debet, peti nolo: non tantum exceptionem habere debitorem, sed & fideicommissum, vt liberetur petere posse responsum est.

Ait Papinian. *peti nolo.* Vt verbum, *volo*, est precarium, adeo vt testamentum non recte fiat his verbis, *illum heredem esse volo, l. illum, §. 1. de iure cod.* ita etiam verbum *nolo*, est precarium, non directum. Vtrumque verbum *volo* & *nolo*, fideicommissum facit non legatum. Nolo peti à Sempronio, quod is mihi debet, non tantum petēti heredi obstat exceptio doli mali, sed etiam ex causa fideicommissi, vt Papinianus ait, agere & petere liberationem potest, quasi liberatione relicta, vt scilicet solemni acceptilatione, vel pacto liberetur, secundum distinctionem *legis 3. §. nunc de effectu, hoc tit.* Opponit huic responso Accurs. *l. 1. §. si reus, de eo per quem fact.* nec respondet quicquam, & res tamen responsionem aliquam desiderat. Nam ex *d. §. si reus*, efficitur, non dari actionem ei, qui exceptione contentus esse potest. In specie huius l. debitor excep. doli mali contentus esse potest, ergo non est danda ei actio. Vt respondeam; certissimum est, ei cui datur actio, multo magis dari exceptionem: cui datur petitio multo magis dari retentionem, *l. 1. §. plane, de superfic.* Sed cui datur exceptio, non continuo etiam ei datur actio. Exemplo actionis datur exceptio, vt loquitur *lex nec non §. pen. ex quib. causis maior.* Non exemplo exceptionis actio. Esset enim absurdum exemplo exceptionis actionem dari. Et ita debitori, qui pactus est de non petenda pecunia, datur exceptio pacti, vel doli, non actio vt liberetur. Idque procedit in specie *d. l. 1. §. si reus.* Si quis promiserit iudicio sisti cum pœna, & per aliquem extraneum factū sit,

A quo minus ad iudicium veniret, hoc est, si reus, qui promiserat iudicio sisti, fuerit impeditus ab aliquo ad iudicium venire, atque ita commissa fuerit pœna, ei datur actio in factum in id, quod interest ex illo edicto, *de eo per quem factum erit*, aduersus eum, qui impedimento fuit, qui coëgit reum vadimonium deserere, siue promissionem iudicio sistendi causa factam. sed si actor ipse, qui stipulatus est, in iudicio sisti cum pœna, dolo malo impedierit reum, ne veniret in iudicium, non datur aduersus eum actio in factum ex illo edicto, quia edictum loquitur de extraneo, non de actore ipso, & stipulatore, & quia inquit, contentus esse potest exceptione, si ab actore conueniatur ex stipulatu de pœna, quod ad iudicium non venerit. Atque ita in ea specie, cui datur exce-

B tio, non datur etiam actio. Et ita quoque, si quis in alieno loco sua impensa ædificauerit, impensæ seruandæ causa ei datur exceptio doli mali, & nomine eius exceptionis retentio possessionis. Actio vero nulla ei datur impensarū nomine, *l. Paulus respondit, de doli except. l. 14. comm. diuid.* Quod idem procedit & in aliis plerisque causis, iuxta id, quod Demost. ait in oratione quadam, *legibus dantur exceptiones seu παραγραφαὶ etiam earū rerum, quarū nullæ prodita sunt actiones.* atque ita, quod nō possum consequi actione, sæpe assequor exceptione: quod autē possum consequi actione, & exceptione possum consequi. & breuiter, cui datur actio, ei multo magis exceptio: cui autem datur ex-

C ceptio, non continuo & actio datur. At ex voluntate defuncti, vt in specie proposita, cui datur exceptio, datur etiā actio, veluti ex causa legati aut fideicōmissi, *l. dolo facit, de dol except.* aut certe, quod notandum, quia ei datur actio ex testamento, veluti ex causa legati aut fideicommissi, & exceptio multo magis, vt in *l. 3. in princ. h. t.* dicitur, exceptionē dari debitori, cui moriens creditor chirographum reddiderit. Cui, inquit, chirographum dedit de manu in manum: quia inquit, ea datio instrumenti pro fideicommisso est, id est, quia ei etiam actio competit, vt liberetur, atque ita exceptio ei datur exemplo actionis, non actio exemplo exceptionis. Et sane formula exceptionis doli mali hæc est, dolo facis qui petis, quod redditurus es, *d. l. dolo*, redditurus scilicet iure actionis, id est, dolo fa-

D cis, qui petis id, de quo mihi competit actio. Ex formula apparet, exceptionem referri ad actionem, non contra. At in specie *d. §. si reus*, fuit tantum exceptio, non actio in actorem, qui dolo fecit, ne reus obiret vadimonium, quia scilicet, edictum loquitur de extraneo, non de ipso actore. Vbicunque igitur actio est, dicamus semper ad eius exemplum exceptionem dari, & ita euenire in specie huius legis: nunquam vero ad exemplum exceptionis actionem dari.

Ad l. 73. de cond. & demonst.

Titio fundus, si in Asiam non venerit: idem, si peruenerit, Sempronio legatus est: cum in omnibus conditionibus, quæ morte legatariorum finiuntur, receptum est, vt Muciana cautio interponatur: heres cautionem a Titio accepit, & fundum ei dedit: si postea in Asiam peruenerit, Sempronio heres quod
E *ex stipulatu cautionis interposita consequi potest, vtili actione præstare cogitur. Sed si cautio medio tempore defecerit, quæ sollicite fuerat exacta, non de suo præstabit heres, sed quia nihil ei potest obiici, satis erit, actiones præstari: si tamen Titius, cum in Asiam venisset, Sempronius prius quam legatum accipiat, decesserit, heredi eius deberetur, quod defunctus petere potuit.*

Lex Titio fundus *73. de cond. & demonstrat.* est de cautione Muciana, de qua non ita dudum sat multa diximus *lib 18. sup. ad l. cum tale legatum.* & nihil prætermisimus, quod pertinet ad eum tractatum, præterquam interpretationē huius leg. cuius species hæc est: Testator legauit Titio fundū sub conditione, *si in Asiam nō venerit*, & si veniret, hunc fundum transtulit in Sempronium, Sempronio legauit. Cōditio, quæ in non faciēdo concipitur,

veluti illa, *si in Asiam non venerit*, non differt legati petitionem, solutionem, præstationem, interueniente scilicet Muciana cautione: nam heres cogitur Titio statim fundum præstare offerenti cautionem Mucianam, quæ, vt generaliter definit Papinianus hoc loco, locum habet in his conditionibus quæ morte legatarij finiuntur, vt *l. seruo §. si testator, ad Trebel.* qualis est illa conditio, *si in Asiam non venerit.* Nam quandiu viuit legatarius, pendet conditio, nec ante finitur, quam legatarius vita decesserit. Igitur si legatarius heredi caueat, quæ est cautio Muciana, se in Asiam non peruenturum, vel si peruenerit, se fundum, vel quanti ea res erit, redditurum, heres confestim cogitur eum fundum præstare. At quid fiet, si contra fidem cautionis, Titius postea in Asiam peruenerit? sane committetur stipulatio Muciana. Sed an heres tenetur Sempronio, cui idem fundus legatus est sub contraria conditione, nempe, si Titius in Asiam peruenerit? Et sane, vt hoc loco ait Papinianus, ille heres Sempronio tenetur ex causa legati, vt scilicet, quodcunque à Titio consecutus fuerit ex stipulatione Muciana, id Sempronio præstet, siue fundum, siue quanti ea res erit: & tenetur, inquit, vtili actione, hoc est, efficaci actione ex testamento, vt Accursius interpretatur, & laudo: Nam & vtilis actio ab eodem Papiniano eodẽ modo accipitur in *l. pater, de dote præleg.* Quid autem fiet, si heres à Titio nihil cõsequi possit propter inopiam Titij, & fideiussorum? Nam cautio Muciana est fideiussorum satisdatio, *l. hoc genus, h. tit. & Nou. 22.* Fuerat quidem ab initio idonea cautio, fideiussores idonei, fuerat cautio sollicite exacta, vt ait, non quilibet fideiussor fuerat admissus, sed is cuius iam ante heres vires explorauerat. denique fuerat idonea cautio initio, sed postea defecit, lapso facultatibus Titio, & fideiussoribus. An hoc casu heres de suo cogitur Sempronio soluere legatum? Minime: quia nihil ei imputari potest, nihil obiici, cum cautionem sollicite exegerit à Titio priore legatario. Igitur liberabitur heres qualemcunque actionem ex ea cautione Muciana cedendo Sempronio. cessio siue delegatio pro iusta præstatione erit, vt *l. quod debetur, de pecul.* nec omnino erit inutilis Sempronio, cum postea possint fideiussores peruenire ad pinguiorem fortunam. Accursius non intellexit hoc loco linguam Latinam, non intellexit quid sit *exigere cautionem*, quam Papinianus ait, ab herede fuisse exactã sollicite. Plus est exigere quam agere: nam exigere est rem, siue cautionẽ extorquere & exprimere, satis accipere. Et Accursius cõtra manifesta verba legis ponit quasi certissimum, Titium heredi non cauisse cautionem Mucianã, qui error tolerari non potest, & delenda est Glossa ad verbũ *actiones.* Et ad hæc in extremo hui⁹ legis additur, mortuo quidem Sẽpronio posteriori legatario sub cõditione, si Titius in Asiam veniret, mortuo inquam eo pendẽte ea cõditione, hoc est antequam Titius venerit in Asiam legatum intercidit, & Sempronius nihil transmittit ad heredem suum, quia in hereditatibus, & in legatis spes non transmittitur in heredem, quæ trãsmittitur in stipulationibus, & omnibus contractibus, *§. ex conditionali, Instit. de verb. oblig.* Quare dicitur stipulatorem conditionalem esse creditorem, etiamsi adhuc pendeat conditio: legatarius conditionalis non est creditor, quandiu pendet cõditio, *l. is qui sub cond. de oblig. & act.* Et in iure frequentissime occurrit ista differentia inter legata & stipulationes conditionales. Sed mortuo Sempronio post existenstentem conditionem, hoc est, postquam Titius in Asiã venit, certissimum est, ad heredem transmitti actionem legati, cuius dies iam cessit, & heredi deberi, quod defunctus petere potuit. nam secundum regulam in *l. 1. C. vt action. ab hered. &c.* heredi deberi, quod defunctus petere potuit, heredi non deberi quod defunctus petere non potuit, hoc est, eam tantum actionem iure hereditario heredi competere, quæ cœpit à defuncto: & retro eam tantum actionem in heredem competere, quæ cœpit in defunctum cõpetere. Et hæc est sententia huius legis.

Ad l. 9. ad leg. Falcid.

In Falcidia placuit, vt fructus postea percepti, qui maturi mortis tempore fuerunt, augeant hereditatis æstimationem fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuisse pretiosior.

§. 1. ¶ Circa ventrem ancillæ nulla temporis admissa distinctio est, nec immerito, quia partus nondum editus, homo non recte fuisse dicitur.

Sequitur vt exponamus l. 9. *ad leg. Falcid.* est lex elegantissima, & cognitu dignissima. Lege Falcidia cautũ est, ne quid plus testamento legetur, quam vt quarta pars hereditatis illibata apud heredẽ remaneat, ne legata excedant dodrantem. Quamobrem vbi locus esse dicitur l. Falcidiæ, solet iniri ratio quantitatis bonorum hereditariorum & legatorum, vt ex ea appareat, legata ex superent modum lege constitutum nec ne. & in exquirenda quidem quantitate hereditatis mortis tempus spectatur, id est, id solum hereditati computatur, quod fuit in patrimonio testatoris mortis tẽpore, *l. in quantitate 73. hoc tit.* Inde quæritur hoc loco, *an etiam fructus hereditati cõputentur*, vel quod idem est, *an augeant hereditatem, qui maturi erant mortis tempore, nondum percepti*, *puta vindemiæ pendentes, oliua, frumenta pendentia*? Et Papinianus docet hoc loco, fructus ex fundo hereditario perceptos ab herede post mortem testatoris hereditati imputari, augere quantitatem hereditatis, augere æstimationem hereditatis, si maturi fuerint mortis tempore, non si fuerint immaturi. Denique maturos fructus imputari hereditati, *si fundi*, inquit, *nomine*, hoc est, quasi pars fundi qui videtur illo tempore fuisse pretiosior propter fructus, qui solo cohærebant. Et hoc est, quod dicitur fructus pendentes esse partem fundi, *l. fructus, de rei vindic l. si seruus 2. §. locauit, de furt.* Fructus pendentes immobilibus rebus annumerantur, cum sint pars rei immobilis, *l. 12. de reg. iur.* Et quod notandum, hi tantum fructus fundi pretium augent, qui maturi sunt. Et in *l. vlt. §. pen. quæ in fraud. cred.* significatur, fundum pluris esse sub messium, aut vindemiæ tempus, quam hiberno tempore post sationem, post sementem, quia nondum certum est, sati fructus an sint bene prouenturi. omnes quidem fructus, siue maturi, siue immaturi, sunt pars fundi, sed hi tantum augent pretium fundi, qui maturi sunt. Et eam ob rem dixit Papinianus, *qui maturi mortis tempore fuerunt.* Nec his, quæ diximus, obstat quicquam lex *in ratione 11. hoc tit.* quæ dicit, fructus hereditati nõ imputari in ponenda ratione *l. Falc.* sed heredis lucro cedere, quoniam non est intelligenda ea lex de fructibus, qui maturi erant mortis tempore: hi enim proculdubio hereditatem augent, sed de fructibus, qui sati sunt post mortem testatoris, vel qui maturuerunt post mortem testatoris, & post ab herede lecti sunt, demessi sunt, cum scilicet pura essent legata: nam si fuerunt conditionalia, vel in diem, fructus qui interim maturuerunt, & percepti sunt ab herede, heredi imputantur in Falcidiam, quasi iure hereditario percepti. non tamen veniunt in restitutionem fideicommissariæ hereditatis. Et ita est accipienda lex *cum fideicommiss. ad Trebell.* quandoque in fideicommissariæ hereditatis restitutionem veniunt tantum fructus, qui maturi erant mortis tempore, mortis testatoris tempore, vel qui iam ab ipso horreis conditi erant, *l. postulante §. vlt. ad Trebell. l. 14. de vsufr. leg. l. 1. C. de his quibus vt indign. l. centurio, de vulg. substitut.* Ostendit autem hoc loco Papinianus hac in re esse differentiam inter fructus prædiorum & partus ancillarum: Nam fructus prædiorum, vt diximus, siue fœtus pecorum, qui etiam fructibus annumerantur, sed fructus prædiorum proprie, qui maturi erant mortis testatoris tempore, hereditati imputantur: qui erant immaturi, non imputãtur hereditati. Partus autem ancillarum, siue grauidæ fuerint mortis tempore, siue postea factæ fuerint, indistincte dicimus, non imputari in

hereditatem, etiamsi mortis tẽpore partui proximæ fuerint. Fructus recte dicitur esse pars fundi, vel post sementem statim. Partus nondum editus, non recte dicitur pars ancillæ, nunquam recte dicitur esse maturus, cum nec homo recte dicatur antequam editus sit, vt idem Papinianus ait hoc loco. Et consequenter ancilla, quod sit prægnans, non ideo videtur esse pretiosior. Fundus, cuius fructus sunt maturi, videtur esse pretiosior. Igitur in hoc proposito, qui est in vtero, non habetur pro nato. nec mirum: nam si haberetur pro nato, prodesset legatariis, & qui est in vtero, aliis non prodest, antequam nascatur, *l. 7. de statu hom. l. quod dicimus, de verb. sign. l. 2. de excusat. tut.* addo, vt non prosit patri, qui est in vtero ad excusationem tutelæ vel curæ: & postquam natus est, iam non prodest legatariis, sed heredi, cum ad lucrum eius pertineat, nec hereditati computetur, quia sicut fructus immaturus non auget hereditatem, sed postea perceptus lucro heredis cedit, ita vt non propter eum fructum videatur ad eum locupletior hereditas peruenisse: ita partus nondum editus, sicut fructus immaturus, cum necdum homo recte dicatur, non auget, sed ad lucrum heredis pertinet. fructus nõdum perceptus recte dicitur, vel oleum, vel vinum, vel frumentum, maxime, si sit maturus. Nec his, quæ diximus modo, obstat *l. intelligendus, de verb. signif.* quæ ait, eum, qui relictus est in vtero, videri fuisse mortis tempore: nam ea vox non est generaliter accipienda, sed aptanda propriis casibus accommodatis & congruis. Pertinet ea lex ad leges caducarias Iuliam & Papiam, quibus orbi, hoc est, qui non habent liberos, quasi incapaces aliquatenus repelluntur à commodis testamentorum, & quæ eis relicta sunt, in fiscum rediguntur. Finge: propter istas leges non habenti liberos quidam legauit in tempus liberorum (quãdocunque habuerit liberos) is decessit vxore prægnante relicta: extitisse videtur conditio legati, & habuisse liberos, odio scilicet legum caducariarum, vt legatum transeat in postumum, & eius commodo cedat, vt solet plerumque postumus haberi pro nato, quoties agitur de eius commodo, vt scilicet legatum transeat ad postumum potius, quam ad fiscũ, *l. 20. ad Treb. l. is cui, quãd. dies leg. ced.* Nõ obstat etiam, quod est in *l. 1. §. ex hoc rescripto, de ventre inspic.* partum antequam edatur, ait esse portionem mulieris. Nam ex eo potius efficies, quod Papin. ait, nondum esse hominem: nam portio hominis non est homo. qui dicit, partum esse portionem mulieris, negat esse hominem. Et licet quandoque natus dicatur esse pars viscerum matris, vt illo loco Quintil. declam. 338. *filiũ matri eripere conaris, & partem viscerum auellis*, tamen ex eo nõ efficies, hominem eum esse, quamuis reuera sit homo, qui iam natus est, & ita vt Galenus docet in lib. de hist. Philosophi, Stoici, qui negabant embryon esse animal, non tamen negabant esse portionem matris. Et quod dicitur, partum nõ esse partem ancillæ furtiuæ in *l. partum, de verb. signif.* quæ hodie non habet locum, sed nouissima sententia iurisperitorum, ea lex est accipienda de partu iam edito, id est, secundum eos, qui existimabant, partum esse in fructu. fructus autem iam perceptus non est pars rei. Ergo secundum illorum sententiam, partus iam editus non est pars matris furtiuæ. Sed illorum opinio non obtinuit, & verius est, partum esse partem matris furtiuæ, & ob id nec ancillam furtiuam posse vsucapi, nec vindicari actione Publiciana, neque partum ancillæ furtiuæ, *l. si ego §. partus, de Publ. in rem. act. & l. qui vas, de furt. l. pen. de statu hom.* Denique verius est, hodie partum non esse in fructu, *l. vetus, de vsufr.* Et ita etiã in hac lege sollicite distinguitur partus à fructu, *l. in pecudum, de vsur.* Non obstat etiam his, quæ dicta sunt, *l. 2. de mortuo inf.* quæ ait, mulierem prægnantem, si mortua sit, non debere humari aut sepeliri, antequam partus exscindatur: ne, inquit, cum grauida species animantis perimatur. Ille locus confirmat potius, quod ait Papinianus, eum, qui est in vtero, nondum esse hominem. Est

A enim species animalis, non animal. Igitur & in *l. 1. §. si quis prox. vnde cogn.* quæ ait, nondum conceptum, nondum animatum esse, sic est scriptum recte Florentiæ, hoc est, tantum abest, vt sit animal, vt ne sit animatum quidem, siue animationis capax, eo significatur conceptum iam animatum quidem esse, sed non animal. Et rectissime in *l. vel vino, de suis & leg.* conceptum quodammodo videri esse in rerum natura. Nam adhibito hoc articulo facile feram quemlibet dicere, conceptum partum quodammodo animal esse. Hæc autem fuit Stoicorum sententia, quam nostri auctores sequuntur, qui sunt omnes imbuti à Stoicis, embryon non esse animal, ac proinde nec hominem esse, antequam nascatur & exeat vtero, nam non omnis, qui exit vtero, nascitur. Qua de causa dubitabatur olim, an ea, quæ sibi partum

B abegisset, damnanda foret. In altera parte erat ratio illa, quod embryon non sit animal: quam secutus Lysias in oratione de abacto partu, vt Theon Sophista refert in præexercitamentis. In altera parte est, quod quæ partum abegit, spem animantis peremit. Ergo damnanda est. Et hæc pars obtinuit, *l. Cicero, de pœnis, l. 4. de extraord. crim.* Idque etiam esse ex legib. Licurgi & Solonis Galenus scribit in eo libro, quem de hac sola re scripsit, atque inscripsit, *an embryon sit animal*. Et tentat duabus rationibus sumptis ex iure, esse animal. Vna, qui est in vtero potest institui heres, suus iure ciuili, alienus iure prætorio. ergo est animal. Sed dicimus hoc fieri fictione quadam, qua habetur pro nato, cum de commodis eius quæritur. Altera ratio est, quia, quæ partum abigit, punitur

C quasi infanticida: sed hoc ideo, non quod animal, siue infantem peremerit, sed spem animalis, vt in *d. l. 2. de mort. inf.* Lege diuina constituitur differentia inter aborsum & abortum, Exodi cap. 21. Abortus mortem dat, morte punitur, aborsus mulcta pecuniaria. Et ex Nonio Marcel. intelligimus, aborsum fieri in exordio conceptionis, abortum prope tempus pariendi, aborsum esse, vt illo loco Exodi septuaginta interpretes vertunt, si partus non sit, ἐξεικονισμένος, *formatus, s'il n'est point encore bien formé*, vel vt volunt in Psalmis, si sit ἀκατέργαστον. Abortũ autem esse, si sit εἰκονισμένος, hoc est, *bene formatus*. Et sane Aristoteles non videtur improbare aborsum, dum ait, si quis velit abortionis poculum dare, aut efficere, vt

D mulier abortiat, vt effundat partũ eum, id debere efficere antequam quid sentiat partus, Polit. 8. Tertull. in Apol. damnat etiam aborsum, qui & lege diuina mulctatur, & ait, *etiam conceptum vtero, dum adhuc sanguis in hominem deliberatur, dissoluere non licet: homicidij festinatio est prohibere nasci, nec refert natum quis animam eripiat, an nascentem disturbet.* Igitur siue sit aborsus, siue abortus, quem quis parauerit, vel procurauerit, pœna dignus est, non tam quod partus nondum editus, sit animal, sed quod sit spes animalis. Et ne hanc quidem perimi oportet.

Ad l. 52. ad Senatusconf. Treb.

E *Si res aliena Titio legata fuerit, isque domino rei herede instituto petierit, vt hereditatẽ Mauio restituat, Mauius legatum inutiliter petet: non enim poterit consequi, quod ad institutum, id est, rei dominum peruenire non poterat.*

IN *l. si res aliena*, duæ tractantur quæstiones, in vtriusque interpretatione est, quod desideres. Ad priorem quæstionem parum aperte ponitur species, quæ perspicue ita poni debuit. *Caio herede instituto rem alienam, puta Sempronij rem, Titio legaui sciens*, quod legatum vtile esse hoc eod. lib. didicimus ad *l. vnum ex famil. de leg. 2.* Et Titius eam rem alienam ab herede meo, cum nondum consecutus esset ex legati causa, mortuus est, herede instituto Sempronio domino eius rei, eumq; Sempronium rogauit, vt Mæuio hereditatem restitueret: in ea hereditate, id est, in hereditate Titij fuit actio, quæ ei compete-

bat legati nomine aduersus heredem meum, à quo ei rem Sempronii legaueram: ea, inquam actio est in hereditate, ergo & in restitutionem siue fideicommissum eius hereditatis venit ea actio. An igitur restituta hereditate Mæuio, Mæuius legati nomine poterit experiri cum herede meo, quod ea actio fuit in hereditate, quæ ei restituta est? Et rectissime Papinian. respondet, *Meuium inutiliter acturum cum herede meo legati nomine*, quia restituta hereditate, hæ tantum actiones fideicommissario dantur, quæ heredi instituto competebant. At heredi instituto competebat vtilis petitio huius rei, quæ sua erat. quæ res cuiusque propria est, eius fieri amplius non potest, §. *sed si rem, Inst. de leg.* §. *sic itaque, de act.* Ergo non competet etiam fideicommissario, puta Meuio. Denique sicut Sempronius ipse testamento Titii heres institutus inutiliter peteret rem suam ab herede meo: ita eam rem quoque petet inutiliter is, cui Sempronius rogatus est restituere hereditatem. non potest fideicommissarius, quod nec heres potuit, *l. cogi* § *Mæuius, hoc tit.* Eæ tantum actiones fideicommissario competunt ex Senatusconsulto Treb. quas habuit heres eo tempore, quo fideicommissario restituit, *l. ita tamen* §. *qui ex Trebell. hoc tit.* nullas autem habuit heres eius legati nomine, id est, rei suæ non habuit vindicationem, quam possidebat. Ergo non habebit etiam fideicommissarius, & inutiliter petet legatum, hoc est, rem alienam. Inutiliter petet ab herede eius, qui eam legauit, quod & heres fideicommisso oneratus, quasi dominus & possessor huius rei, ab eodem herede peteret inutiliter. Et ita explicãdum, quod est initio huius legis.

Ad §. seruus.

Seruus ab altero ex heredibus libertatem, & ab altero fideicommissum hereditatis accepit: si neuter adire velit, nullæ prætoris partes erunt, quia neque propter solam libertatem compellitur adire, neque is, à quo libertas data non est, propter eum, qui nondum liber est. vt adeat compellitur. Et Senatusconsulto locus est, cum ab omnibus directa vel fideicommissaria libertas ab eo datur, à quo hereditas quoque relinquitur. Sed si forte is, à quo libertas data est, portionem suam repudiauit, vel conditione exclusus est, cum portio eius ad alterum peruenerit, defendi poterit, adire cogendum: quid enim interest, quo iure debitor libertatis, & hereditatis idem esse cœperit?

Sequens quæstio est de seruo testatoris: nam quæ de eo dicuntur, non habent locum in seruo heredis instituti, qui si ab eo sit relicta fideicommissaria libertas & hereditas, non potest compelli a suo seruo, vt adeat & restituat hereditatem sibi manumisso prius, quia videtur facere contra seruitutem debitam domino suo, si inuito velit extorquere libertatem, *l. ergo.* § *sed si seruo, h. t.* Ergo quæstio non est de seruo heredi proprio, sed de seruo testatoris proprio, cui ab vno ex heredibus testator reliquit libertatem fideicõmissariam, & ab altero hereditatem fideicõmissariam in portionem alterius hereditatis. Finge, cum ita esset seruo ab vno herede fideicommissaria libertas, ab altero fideicõmissaria hereditas relicta, vtrũque recusare adire hereditatem. Regulariter heres rogatus restituere hereditatem, si nolit adire, si suspectam hereditatem dicat, & implicitam multis negotijs, molestijs, idcirco se nolle eam adire: ne fideicõmissaria hereditas intercidat, ex S Cto Pegas. hodie Trebelliano, per prętorem cogitur adire periculo fideicõmissarij, & restituere fideicommissariam hereditatem. *an is hoc casu seruus vel hunc vel illum heredem compellere potest, vt adeat?* Minime: non potest compellere eum, à quo libertatem fideicommissariam accepit, quia propter libertatem solam, vel propter aliud quodlibet legatum aut fideicõmissum singulare, nemo cogitur adire hereditatem, atque ita se implicare negotijs hereditarijs, quod ostẽditur in *l. seq. h. t.* Non potest

A etiam cogere adire eum, à quo fideicõmissaria hereditas ei relicta est, quia non potest heres cogi, nisi ab eo, cui restitui potest hereditas. Huic autem seruo non potest restitui, quia nondum est liber. Ergo non potest postulare decretum prætoris, quo cogatur heres adire, *l. si cui pure* §. *1. h. t.* Ergo neutrum cogere potest. Et ita initio definit Papinianus in hoc §. videlicet, si vterque recuset adire hereditatem: nam si vnus sua sponte adeat hereditatem, puta is, à quo fideicommissaria libertas relicta est, sane alter, à quo relicta est fideicommissaria hereditas, cogitur etiam adire & restituere, tametsi non sit ab eo data fideicõmissaria libertas, sed hereditas tantum, *l. cogi* §. *vlt. h. tit.* Idéque probandum est omnino, atque ita erunt duæ exceptiones, si is, à quo relicta est fideicommissaria libertas,
B repudiauerit portionem suam, vel conditione exclusus sit, cum esset heres institutus sub conditione, atque ita amiserit suam portionem, quo casu portio eius, quæ deficit, defertur alteri coheredi, à quo seruo relicta est fideicommissaria hereditas, & defertur cum onere fideicommissariæ libertatis, *l. si Titio* §. *vlt. de leg. 2.* Et ita idem incipit esse debitor libertatis & hereditatis. Ac propterea, vt idem Papinianus ostendit hoc loco, cogetur adire hereditatem: cum portio alterius ad eum peruenerit, defendi potest adire cogendum. Portio deficiens, quo iure peruenit ad heredem, num alio iure, quam iure accrescendi? Atqui non adcrescit, nisi ei qui adiuit pro sua parte: non habenti partem suam, nihil accrescit, *l. 33. de vsufr.* Ergo ponit portionem ad eum peruenisse iure accrescendi, & deinde eum adiuisse coactum, aut cogi pos-
C se adire. Sane verbum *peruenire*, aliter accipitur, quam vsurpatur vulgo, nempe pro deferri, non pro cedere diem, vel pro acquiri. Idem hæc duo verba possunt, *pertinere* & *peruenire*, *pertinere* est deferri, *l. si ita scriptum* §. *si sub conditione, de leg. 2. l. 14. de lib. & post.* Et ita quoque *peruenire* hoc loco, id est, deferri iure accrescendi, quod postquam adierit adcrescet demum, atque ita adeundo assem obtinebit, & restituendo etiam restituet assem: quamuis rogatus sit de sua portione tantum, etiam restituet, quod iure accrescendi ei obuenerit, id est, portionem coheredis, qui repudiauit: nam qui compulsus est adire, nil potest retinere ex testamento defuncti, id est, ex voluntate defuncti expressa vel tacita. non retinere potest legatum, non fideicommissum, non Falci-
D cidiam, sed restituet assem integrum, non substitutionem pupillarem, quando quis eum, quem sibi heredem fecit, iussit etiam filio suo impuberi heredem esse. denique perdit omnia, & ius accrescendi, *l. nam qui* §. *qui compulsus, l. ita tamen* §. *qui suspectum, l. si patroni* §. *qui fideicommissum, in fine hoc tit.* Et hoc erat præcipue notandũ ad hunc §. Et hoc quidem de duobus heredibus institutis, sicut initio pure posuimus speciem, quorum ab vno seruo relicta sit libertas fideicommissaria, ab altero hereditas per fideicommissum pure, vel sub eadem conditione, vel in eandẽ diem. Certum est heredem posse compelli adire hereditatem, etiam postulante seruo: nam licet alias seruus non possit iure consistere, vel causas defendere; tamen propter spem libertatis & hereditatis,
E etiam per se aditum habet ad prętorem in *l. mulier, cui non est, & l. cogi* §. *pen. hoc tit.* Et hoc quidem, nisi seruus sit impubes: nam impuberes non habent aditum in ius sine tutoribus, & qui seruus adhuc est, tutorem habere non potest. est enim tutela ius in capite libero: sed poterit idem postulari per alium, nomine serui impuberis. Et ita nos exposuimus latius *lib. 11. quæst. ad l. si impuberi, de tut. & curat. dat.* Ergo concludamus: si ab eodem herede eidem libertas & hereditas sit relicta per fideicommissum pure, vel sub conditione, aut in diem, is heres cogetur adire & manumittere, restituere manumisso. Idem admittemus, si libertas sit relicta pure ab eodem herede, & hereditas sub conditione, quia etiam ante conditionem fideicommissi, suspectam hereditatem dicit, & ob id adire recusat, compelli potest adire; &

non adire tantum, sed & manumittere & restituere ante conditionem fideicommissum, & ante diem, *l. apud §. vlt. l. si cui pure, in princ. hoc tit.* Si sua sponte velit adire, etiam non interueniente prætore, non iubente prætore, sane non restituet fideicommissum ante diem, ante conditionem, *l. sed etsi, hoc tit.* Sed si compulsus adeat, qui dicebat sibi suspectam esse, cogetur statim restituere, vt in superioribus. Sed non erit idem è contrario, si libertas sit relicta sub conditione, hereditas pure: nam hoc casu non poterit cogi adire, antequam conditio libertatis extiterit, quia nondum facto libero, non potest restitui. frustra postulat adire hereditatem, cui ea nondum potest restitui, *d. l. si cui pure* §. 1. Idemque dicemus, si libertas & hereditas relinquantur sub diuersis conditionibus: nam eadem ratione exspectanda erit conditio libertatis, antequam heres, qui suspectam dicit, possit per prætorem compelli. Et hæc quidem de fideicommissaria libertate. Fideicommissaria libertas potest relinqui ab vno ex heredibus. Directa autem libertas inutiliter relinquitur ab vno ex heredibus: relinquenda est ab omnibus, puta post institutionem omnium heredum: Nam quæ post institutionem omnium heredum scribitur directa libertas, ab omnibus relinqui videtur. si relinquatur directa libertas ante institutionem heredis, inutilis est, quia à nemine heredum relicta videtur. Et similiter libertas directa relicta inter medias heredũ institutiones, non valebat, quia videbatur relicta à primo herede, non à sequenti: non poterat autem relinqui libertas directa ab vno §. *ante heredis, Institut. de leg.* nisi scil scriptus heres prior adiisset, vt ostendit Vlp. *Inst. tit.* 1. Relicta autem directa libertas ab omnibus, vt oporter, vnum heredem adire sufficit, vt competat libertas, sed is tantum potest compelli adire per prætorem, à quo etiam eidem seruo relicta est fideicommissaria hereditas, quia propter libertatem solam nemo cõpellitur adire. videlicet, si libertas fuit relicta pure. Alioquin exspectanda est conditio, aut dies libertatis, quia nondum est persona, cui hereditas restitui possit, *l. si patronus §. Imperator, hoc tit.*

Ad l. Titius 54. ad SC. Trebell.

Titius rogatus est, quod ex hereditate superfuisset, Mauio restituere: quod medio tempore alienatum, vel deminutum est, ita quandoque peti non poterit, si non interueniendi fideicommissi gratia tale aliquid factum probetur: verbis enim fidicommissi bonam fidem inesse constat. Diuus autem Marcus cum de fidecommissaria hereditate cognosceret, his verbis, (quicquid ex hereditate mea superfuerit, rogo restituas) & viri boni arbitrium inesse credidit. Indicauit enim erogationes, quæ hereditate factæ dicebantur, non ad solam fideicommissi deminutionem pertinere, sed pro rata patrimonij, quod heres proprium habuit, distribui oportere: quod mihi videtur non tantum æquitatis ratione, verum exemplo quoque motus fecisse. Cum enim de conferendis bonis fratribus ab emancipato filio quæreretur, præcipuum autem, quod in castris fuerat acquisitum, militi relinqui placeret, consultus Imperator sumptus, quos miles fecerat, non ex eo tantummodo patrimonio, quod munus collationis pati debuit, sed pro rata etiam castrensis pecuniæ decedere oportere constituit. Propter eiusmodi tractatus, Mauius fideicommissi nomine cautionem exigere debet: quod eo pertinet, non vt exstipulatione petatur, quod ex fideicommisso peti non poterit, sed vt habeat fideiussores eius quantitatis, quam ex fideicommisso petere potuit.

HÆc est quæstio: an heres, qui in diem, vel sub conditione rogatus est reddere alteri, quod ex hereditate superfuerit, cedente die fideicommissi, *interim medio tempore aliquid ex hereditate alienare vel deminuere possit, & quatenus? & an si quid alienauerit interim, vel deminuerit, id ab eo fideicommissarius petere possit, cedente die fideicommissi?* Alienare est rei hereditariæ dominium in

A alium transferre: deminuere est, veluti rem hereditariam pignori obligare, vel prædio hereditario seruitutem imponere, aut debitam remittere, aut non vtendo amittere. His enim modis deterius fit ius, deterior conditio prædij hereditarij. Item deminuere est sumptus & erogationes facere, victus sui ac suorum causa, puta penum hereditarium ebibere vel absumere. Vnde dicitur etiam deminutum, quod vsucapione de hereditate exiit, vt si res ab herede alicui data fuerit non alienãdi animo, & ab eo, cui dedit vendita sit, & vsucapta à bonæ fidei emptore, *l. deperditũ, de petit. heredit.* Vt autem quæstioni propositę respondeamus: heredi rogato *post mortem suam restituere, quod ex hereditate superfuerit*, videtur permittenda alienatio: quia hoc voluisse testatorem palam est, cum dixerit, vt id tantum restitueret, quod ex hereditate superesset. Et ita etiam *l. deducta §. pen. & vlt. hoc tit.* Sed quæso,
B quis erit huius deminutionis modus? An permittemus deminutionem in infinitum? minime. Sed si quid bona fide alienauerit heres, si ex iusta causa, veluti ex causa dotis, cũ mulier heres instituta non posset aliunde sibi dotem conficere, *l. mulier §. cum prop. h. t.* vel ex causa donationis propter nuptias, vel vt redimat parentes suos, aut fratres ab hostibus. Finge, heredem ex hereditate aliquid deminuere, vt redimat suos ab hostibus, quæ est causa iustissima & piissima, vt alat se & suos. nam sæpe prædia, quæ alere solent, ipsa ali oportet, tantum abest, vt sufficiant nostris alimoniis. Ita igitur heres, si quid ex hereditate alienauerit bona fide, & ex iusta causa, id fideicommissarius ab eo petere non potest cedente die fideicõmissi, vt si quid bona fide pignori obligauerit, non
C potest heres cogi à fideicommissario, vt id luat & repigneret. Denique id tantum peti ab herede potest, quod tantum relui & repignerari ab herede debet, quod dolo malo fecit, hoc est, quod alienauit vel deminuit dolo malo interueniendi siue deminuendi fideicommissi causa, hoc est, in necem fideicommissarij, vt *d. l. deducta §. vlt. l. sed etsi lege §. quod autem, de petit. hered.* in petitione fideicommissi, vt ait *d. l. mulier §. cum proponebatur, h. t.* Id enim peti ab eo potest, quorum pretia conuertit in rem suam, vt *d. §. quid autem*, quia nec proprie deminuisse videtur, nec absumpsisse, quod vertit in suum patrimoniũ heres, *l. Imperator §. vlt.* adhitis duabus *legibus seq. de leg.* 2. Ergo ex huius fideicommissi causa heres restituet tantum atque præstabit, quod dolo malo deminuerit in
D fraudem fideicommissi, vel quod conuertit in suum patrimonium. Non igitur deminutio vel alienatio ei in infinitum permittitur, non passim, non dissolute, sed adhibita bona fide, fraudem non permitti, siue alienationem aut deminutionem fraudulentam & copiosam. Et subiicit Papinianus in hac ipsa specie, Imperatorẽ Marcum cognomento philosophum decreuisse, his etiam verbis fideicommissi inesse arbitrium boni viri: nam idẽ est bona fides, & arbitrium boni viri. Et ob id, cum cõstaret verbis fideicommissi inesse bonam fidem, addit Marcus, etiam inesse arbitrium boni viri, scil. vt id tantum heres alienare, vel deminuere possit ex hereditate, quod bonus vir, aut arbiter æqui & boni censeret, probaret, & arbitraretur: videlicet, non tantum pro modo
E hereditatis fideicommissariæ, sed etiam pro modo cæterorum bonorum heredis, vt est in *l.* 3. §. *nonnunquum, de vsur.* Et hoc decretum D. Marci, quod affert Papinianus hoc loco, adducitur etiam in *d. l. sed etsi lege §. quantũ.* Ergo non est satis bona fide deminuere, sed etiam oportet deminutionem fieri boni viri arbitratu, vt si quid heres erogauerit & impenderit, quod dicatur sumpsisse ex hereditate, ex quo locupletior factus non sit, id reputet pro rata, non tantum heredi, sed etiam proprio patrimonio. Exempli gratia, si in patrimonio heredis sunt ducenta, in hereditate fideicommissaria centum, & erogauerit duodecim: patrimonio suo expensa feret octo, hereditati quatuor, seruata scilicet eadem proportione, nẽpe duplæ in distribuenda erogatione, quæ est in bono-

rum quantitate. Et hoc ita prudenter Papinianus ait, D. Marcum decreuisse, non tantum æquitatis ratione motum, sed etiam exemplo, quia scil. D. Imperatores olim eandem secuti erant rationem in alia specie, quam exponit Papin. Sciendum est, filium emancipatum, qui admittitur ad bonorum possessionem ex edicto vnde liberi, vel ex edicto de bonorum possessione contra tabulas, vna cum fratribus, qui non fuerunt emancipati, hũc, inquam, filium emancipatum debere conferre, *rapporter*, & in commune contribuere bona pagana, quæ habuit à patre, vel aliis, hoc est, profectitia & aduentitia bona, castrensia autem, vel quasi castrensia non communicat fratribus, sed retinet præcipua, *l.1.§.nec cast.de coll.bon.* quod est ex Constitutionibus principum. Nunc finge: filius emancipatus, qui habebat bona pagana & castrensia, multos sumptus in militia fecit, an eos omnes sumptus imputabit bonis paganis, vt eo minus conferat fratribus, & integram pecuniam castrensem retineat? Recte *pecuniam castrensem* dicit, non *peculium*, quia filius fuit emancipatus, & emancipati pecuniam vel patrimonium habent, non peculium, *l.1.quand.de pec.act.annal.l.pen.de verb.sign.l.vlt.C.de inoff.testam.* Ex quo etiam palam est, in hac lege olim male legisse quosdam *peculium*, pro *præcipuum*, quia emancipatus non habet peculium, dum scilicet Papinianus ait, filium emancipatum, quod in castris acquisiuit, retinere præcipuum, hoc est, non conferre fratribus. Respondeamus quæstioni propositæ, quibus bonis eos sumptus expensos faciet, paganis an castrensibus? Et ait ab Imperatore, forte D. Pio, constitutum fuisse, vt ex vtroque patrimonio pagano & castrensi: sunt enim veluti duo patrimonia duorum hominum, eos pro rata decedere oportere. Exempli gratia, si in bonis paganis sint quadraginta, in castrensibus viginti, & in militia impenderit 24. paganis bonis imputabit sexdecim, castrensibus octo, vbique seruata pro portione dupla. Eadem etiam ratio seruatur in specie *d. l. sed & si lege §. quod omniũ*, quam nos attulimus hoc loco vt summe notandam. Quidam bona fide possidebat hereditatem quasi heres, cum non esset heres, sed esset forte scriptus testamento iniusto, quod tamen ipse iustum esse arbitrabatur. Denique bona fide possidebat hereditatem, ergo petitione hereditatis non tenetur, nisi vt restituat, quod restat ex ea hereditate, & id ex quo ipse factus est locupletior, *d. l. sed & si lege §. constat.* Is vero, dum possidebat hereditatem, bona fide deminuit quædam ex hereditate, & consumpsit in suos vsus aliquanto latius, quam fecisset, si non existimasset se heredem esse, cum sumptum expensum ferret non tantum hereditati, sed etiam bonis suis pro rata: & bonis quidem suis pro rata eius, quod etiamsi heres nõ fuisset, impendisset, suæ vitæ tuendæ causa frugaliter, vt ante delatam hereditatem solebat ætatem viuere suam, hereditati autem expensum ferret eum sumptum pro rata eius, quod latius impendit contemplatione hereditatis. Et legendum in illa lege, non vt Haloand. *latius*, quod Duar. probat, sed vt Florent. *lautius.* His exemplis moti concludamus, & in specie proposita erogationem factam ex hereditate, siue impensas, secundum quod exigit arbitrium boni viri, decedere debere, non ex hereditate tantum, sed ex bonis heredis propriis pro rata. Illud non est omittendum, quod in extremo huius legis ait Papinianus, *propter huiusmodi tractatus*, hoc est, propter ea omnia, quæ diximus ante de ea quæstione, eum, qui heres rogatus est restituere quod ex hereditate superfuerit, posse ab eo exigere satisdationem fideicommissi nomine, ne plus æquo deminuat heres. Et eleganter ait, non exiget satisdationem, vt exigitur plerumque, & potest exigi, vt scil. petat ex stipulatu, quod ex fideicommisso petere non potest, vt fit in *l. fideicommissum, de condict. indeb.* si sit locus legi Falcid. heres, qui ex testamento non tenetur vltra dodrantem legatario vel fideicommissario, poterit se in solidum obligare, si velit ex stipulatione, fidei plenæ defuncto ex-

A hibendæ gratia: Sed in hoc proposito exigit cautionem ab herede, sed vt quod ex fideicommisso peti potest, petat etiam ex stipulatu, vel ab herede, vel à fideiussoribus eius quantitatis, quam ex fideicommisso petere potest. Idque exemplo edicti, *vt legatorum nomine caueatur.* Quod trahitur etiam ad hereditatem, *l. Imperator, h. t. l. inter, qui satisd. cog. l. hac stipulatio, vt leg. nom. cau. l. 4. C. vt in possess. leg. & Nou.* 108. Cauebit igitur heres fideicommissario datis fideiussoribus de restituendo eo, quod bonum & æquum erit, & de dolo malo, vt *l. 11. vt legat. nom. cau.* Puta de non deminuendo fideicommisso, vltra quam æquitas ferat, & arbitrium boni viri.

Intelleximus, heredi rogato post mortem suam restituere quod ex hereditate superfuerit, medio tempore eas B tantum alienationes siue deminutiones permitti, quæ non fiunt fideicommissi interuertendi causa, & his fideicommissi verbis inesse bonam fidem, & arbitrium boni viri. Nunc videamus, cur hanc definitionem Papiniani Iustinianus improbauit in *Nou.* 108. & quid tandem fixe de quæst. proposita nouissime definierit Iustin. Papinianum, quæ sensit de hac quæstione, quasi dedita opera scripsisse in ænigma, vt ait, quia scilicet his verbis, *bona fide, boni viri arbitratu, non interuertendi fideicommissi causa*, quibus in definienda hac quæstione Papin. vtitur, non exprimit certam quantitatem; & sunt obscura admodum verba. Fateor veluti certam exprimere, *l. 1. de leg.* 2. maxime illa, *viri boni arbitratu*, sed nego exprimere certam: Nam & bonæ fidei verbum non ex-C primit certam quantitatem, vt ob eam rem actiones bonæ fidei, dicantur actiones incertæ pecuniæ. *Cicer. in orat. pro Rosc.* Ac præterea modum illum, quem præscripsit Papinian. non esse modum finitum, illud non esse finitionem. Ac veluti ænigma potius quoddam esse, siue obscurissimam finitionem, quæ constat veluti quibusdam inuolucris verborum. Nam solemus omnia verborum inuolucra; imo omnia quæcunque fiunt ex obscuro appellare ænigmata, vt Theb. insidias hostium, quæ fiunt ex occulto semper vocauerunt ænigmata, vt refert Eustathius Odyss. 14. dum reddit rationem huius appellationis. Volunt enim, inquit, qui sunt in insidiis latere & subsidere occultissimo loco, etiam media nocte. Captant enim tenebris ipsis tenebrosiorem locum, quare & ænigmata dicimus, quæcumque superant obscurita-D tem omnem, & quæ non apparent. Et ita in *Nouel.* 97. veluti in ænigmate idem Iust. fecit, vt quoties inæqualis est quantitas dotis & donationis propter nuptias, quam contulit vir vxori, cum in dote sint sex millia, in donatione propter nuptias duo millia, & in casu mortis, vel in alium casum vir ex dote stipulatur quartam partem, & mulier ex donatione similiter quartam partem, vt æquales quidem videantur esse partes lucri, cum sint quartæ vltro citroque, nec tamen sunt æquales reapse siue quantitate propter inæqualitatem dotis & donationis propter nuptias. Inde fit veluti ænigma, vt quæ sunt æquales lucri partes, non sint æquales: sicut illud, vt vir, non sit vir, nempe spado: percussit non percussit, cum cõiecit quidem lapidem, sed non attigit: auem & non auem, E puta vespertillionem, quod Athenæus explicat *lib.* 10. Et ita quoque non videre idem in ænigmate, id est, videre & non videre. Et similiter *l. vn. Cod. de nudo iure Quirit. toll.* rem suam dicere ex iure Quiritium, vt *l. 1. de rei. vind.* non multum, inquit, discrepare ab ænigmate, quia quod dicitur esse ius Quiritium, id non est in vsu rerum, nec apparet vspiam hodie. Etenim ius habet sua ænigmata: Iuuenal. *qui iuris nodos, & legum ænigmata soluat.* Iustinian. *d. Nou.* 108. sublato omni ænigmate in proposita quæstione nouissime certum modum constituit, quem sequatur heres, & seruet in alienando, vel deminuendo aliquid ex hereditate fideicommissaria, puta ne ex hereditate heres, qui rogatus est post mortem suam restituere quod ex hereditate superfuerit, interim plus alienare, vel deminuere possit, quam vt quadrans fideicommissario

commissario conseruetur illibatus. Dodrantem igitur ille heres consumere potest, quacumque ex causa prodigere, si velit, & dissipare, siue sit ex liberis, siue extraneis: quin etiam quadrantem residuum attingere potest ex iustissima causa, veluti ex dotis causa, vel donationis propter nuptias, vt eam sibi conficiat, siue compleat, vel ex causa alimentorum, vel ex causa redemptionis captiuorum. Si his causis non sufficiat dodrans, licebit etiam quod deest replere ex quadrante, qui alioqui integer seruãdus est fideicõmissario. Ac propterea, vt idem Iustin. constituit, quadrantis nomine fideicommissarius ab herede cautionem exigere potest, qui rogatus est restituere superfluum hereditatis: neque enim exigendo cautionẽ videtur agere de hereditate viuentis, quod quidam obiiciunt, quia nõ viuo testatore, sed mortuo cautionem exigit, vt habeat fideiussores eius quantitatis, quam ex fideicommisso quandoque petere poterit, quod congruit cum fine huius leg. *Titius.* Ita intelligimus modo, quemadmodum huic legi derogauerit Iustin. certiore modo alienationi, siue deminutioni fideicommissariæ hereditatis constituto atque præscripto. Nunc circa hanc quæstionem incurrunt quatuor aut quinq; quęstiones. Prima est, si heres nil consumpserit ex hereditate fideicommissa, an heres heredis possit dodrantem deducere aut retinere, quem prior heres consumere potuit? Et quod miror, Accurs. respondet posse, *in authent. contra, si rogatus, C. ad Trebell.* Quæ opinio est falsissima. Quia palam est, testatorem qui rogat restitui quod ex hereditate superesset herede moriente ea mente fuisse, vt si aliquid consumpsisset, residuum restitueret, si nihil consumpsisset, assem restitueret: nam & superflui nomine continetur as, nec ineleganter etiam as dicitur superesse, ex quo nihil abest, nihil absumpsit heres. Et sane restituet assem, si fructus medio tempore percepti sufficiant quartæ Falcid. quæ in fructus imputatur, *l. in fideicommissarium, l. ita tamen §. 1. hoc tit.* nisi heres institutus sit ex liberis, qui liberi onerati fideicommisso, quo iure vtimur hodie, fructus medio tempore perceptos, non imputant in quartam, *l. iubemus, C. eod. tit.* Sed si fructus medio tẽpore percepti nulli sint, vel si non sufficiant quartæ, extraneo herede instituto: nam ex liberorum corpore siue numero, ea repleta siue deducta, residuum heres fideicommissario præstabit. heredi igitur, qui nihil consumpsit ex hereditate fideicommissa, vel etiam heredi heredis datur quartæ retentio siue deductio, *l. 10. C. ad leg. Falcid.* Qua tamen hac in re abutitur Accurs. Quare etiã heredi heredis datur interdictum quod legatorum, quod propositum est Falcidiæ retinendæ gratia, *l. 1. § 1. quod legat.* Dodrantis deductio non datur heredi heredis, quia nec ipsi heredi datur, sed consumptio tantum. Si daretur heredi deductio dodrantis, daretur & heredi heredis, sed nec heredi priori datur, quadrans deducitur iure testamẽti, hoc est, iure hereditario, *l. qui duos, de leg. 2.* Dodrãs non deducitur, sed consumitur pendente conditione fideicommissi ex præmissa Nouella Constit. Iustin. Rursus quæritur, *an qui rogatus est restituere quod ex hereditate superfuerit, etiam fructus superfluos restituere debeat?* Sed hanc quæstionem non debeo explicare hoc loco, sed lib. seq. vbi pluribus explicabitur *d. l. 3. §. nonnunquam, de vsur.* Et ibi etiam explicabitur alia quæstio, an qui rogatus est restituere, non quod ex hereditate superfuerit, sed quod ex hereditate ad eum peruenerit, debeat etiam restituere fructus exstantes existente conditione fideicommissi. Has igitur duas quæstiones reseruabimus. Sequitur quarta quæstio, *an is, cui superfluum hereditatis restituitur ex causa fideicommissi, sit Trebellianus fideicommissarius,* id est, *an pro rata eius, quod ei restituitur, in eum trãseant actiones & obligationes actiuæ & passiuæ.* Et videntur non trãsire ex *l. cogi §. inde quæritur, h. t.* quia non hereditas relicta est per fideicommissum, sed res siue quantitas ex eo, quod supererit. At sane verius est, in eum transire Trebellianas actiones, cui superfluum hereditatis re-

A stituitur, atque ita fideicommissarium esse Trebel. fideicommissarium hereditatis, non rei, aut quantitatis certæ, alioquin nihil hæc lex pertineret ad hunc tit. Et *d. l. cogi §. inde quæritur.* vt rectissime Bartolus animaduertit hoc loco, loquitur de eo, qui rogatus est restituere superfluum hereditatis, deductis oneribus hereditariis omnibus, deducto ære alieno, deductis legatis. hic debet fideicommissarium indemnem seruare, aut debet hereditatem restituere sine deductione æris alieni, vel legatorum. Vltima quæstio hęc est, quid sit dicendum de eo, qui simpliciter rogatus est hereditatem restituere, non superfluum hereditatis, sed hereditatem, an potest aliquid ex hereditate alienare vel deminuere? Et regulariter non potest. Et id quod alienauit, fideicommissarius persequi potest iudicio in rem aduersus quemlibet possessorem.

B Est enim ei actio personalis ex testamento aduersus heredem, *l. vlt. §. sed quæritur, C. comm. de legat.* Illud tantum obseruandum est, libertatem, quam heres dedit seruo hereditario ante restitutam hereditatem, cum ipsius erat seruus, nondum factus fideicommissarij, seruo non posse eripi, sed fideicommissario esse persecutionem æstimationis serui aduersus heredem, *l. quidam §. pen. l. si heres institutus §. 1. h. t.* Vix vnquam eripitur seruo libertas, cui semel competit, nihil est, quod ægrius reuocetur. Et vt ait *d. l. quidam,* libertas seruo conseruatur. Nam & similiter idem obtinuit *in specie l. qui pure, in prin. h. t.* seruo relicta est libertas pure; hereditas fideicommissaria sub cõditione. heres institutus suspectam dicit hereditatem

C antequam existat conditio fideicommissi. Ergo cogitur adire statim ante conditionem fideicommissi, & non tãtum adire, sed etiam restituere. Aditio eripit seruum in libertatem, & aditionem sequitur restitutio fideicõmissi. Sed quid fiet, si postea deficiat conditio fideicommissi? Bona non debent remanere apud fideicommissarium: & ea hereditas constituetur sine effectu: non est enim æquum heredem, qui coactus adiit, alligari oneribus hereditariis. Itaque quod ad onera attinet, hereditas adita habebitur pro non adita, sed quod ad libertatem attinet, in quam raptus est seruus ex ipsa aditione, non habebitur pro non adita, neque enim seruo eripi poterit. Item illud notandum, heredi scripto rogato hereditatem restituere permitti alienationem quartæ Falcidianæ, quibus casibus quartæ locus est, & poterit alienare ad mo-

D dum quartæ, ad finem quartæ, & res alienatæ imputabuntur in quartam, *l. 3. §. 2. h. t.* quod supra quartam alienabitur, vindicabitur. Item sciendum est, si liberis non extraneis heredibus institutis, quarta non sufficiat doti, vel donationi propter nuptias constituendæ pro dignitate personarum & natalium, sicut cõstitui eam semper ad eum modum oportet, hoc casu licebit etiam liberis ex residuo sumere præter quartam, quantum satis est doti, vel donationi propter nuptias. Sed hoc liberis tantum permittitur, non extraneis, quando simpliciter sunt rogati restituere hereditatem: Nam si rogati sint tantum superfluum restituere, quod ad constituendam dotem attinet, idem est ius extraneorum & liberorum. Et hęc comprobantur ex *l. mulier §. cum propon. h. t. & Nou. 39.* Et obseruandum, quod in hoc proposito vult *d.*

E *§. cum propon.* vt heres simpliciter rogatus restituere hereditatem, si sit ex liberis, præter quartam detrahat & alienet interim quantum satis est, doti, vel donationi propter nuptias, nisi sc. fructus medio tempore percepti sufficiant doti. Neque mirum: nam ante *l. iubemus, C. ad Treb.* liberi imputabant fructus in quartam, & similiter in dotem vel donationem propter nuptias. Cum autem hodie fructus non imputent in quartam, ergo nec imputabunt in dotem, non sufficiente quarta vel dote, & vtentur liberi quasi duplici deductione, quartę scilicet & repletione dotis, vel donationis propter nuptias.

Ad l. etiam si 9. vt in possess. legat.

Etiamsi condemnatus heres fuerit, nec pecuniam soluerit, legatarius potest desiderare mitti in possessionem. Cum sub conditionibus contrariis eadem res duobus legetur, si non caueatur, vterque mittitur in possessionem.

IN hac l. proponuntur duæ breues sententiæ Papiniani. Priorem vulgus interpretum non intelligit, & Accurs. male ad eam notat *l.* 1. §. *plane, & l. etiam, tit. sup.* quasi scilicet in ea idem, quod in illis contineatur, quod longe secus est. Eius sententiæ verba hæc sunt: *etiamsi, &c.* Quæ vt perspicuè intelligantur, est sane intellectu dignissima, quia singularis, sciendum est, ex edicto proposito *tit. sup. proximo*, ei, cui legatum relictum est in diem, vel sub conditione, si hoc desiderabit, heredem satisdare debere, se iisdem diebus daturum facturumue, quibus testator dari fieri voluit, & dolum malum abfuturum, quod plerique legatarij & fideicommissarij exigere solent, vt habeant fideiussores legati aut fideicommissi, quod quandoque eis licebit petere, cum medio tempore posset heres profligare & dissipare omnem hereditatem. Verum non interponitur hæc satisdatio, si testator heredi eam remiserit, si vetuerit ab herede satis exigi, vel si quocunque alio iudicio appareat, noluisse testatorem ea satisdatione heredem suum onerari. Nam hodie ex Constitutione Marci & Commodi, quocunque iudicio voluntatis hęc cautio remitti potest; *l.* 2. *C. vt in possess. leg. l. cum tale* §. 1. *l. avia.* §. *vlt. de cond. & demonst. l. pactum, de pact. & Nou.* 108. Alioquin si testator non remiserit istam cautionem, locum ea habet, & cauenda est postulantibus legatariis aut fideicommissariis. Et locum habet etiam in fideicommissaria hereditate, vt diximus *ad l. Titius, ad Trebell.* Imo & in directa hereditate, vt in substitutione vulgari, herede primo scilicet instituto sub conditione, & pendente conditione, postulante bonorum possessionem secundum tabulas, quam prætor facile dat antequam exstiterit conditio, licet iure ciuili bona non possint adimi, antequam exstiterit conditio, *l. inter, qui satisd. cogant. l.* 8 *de prætor. stip.* Quid fiet, si heres nolit satisdare? Inciuile est quodammodo liberum hominem cogi quid facere inuite. Qua de causa, si nolit satisdare, sane non cogetur satisdare. Verum vice satisdationis legatarius mittetur in possessionem omnium rerum, quæ ex causa hereditaria sunt, ex edicto proposito in hoc tit. Qua quidem missione in possessionem legatario & fideicommissario, neque proprietas datur, neque possessio, sed ius pignoris, vt cui cautum non est satisdatione, sit cautum pignore; missio in possessionem constituit pignus, quod dicitur prætorium pignus: nam mittitur in possessionem per prætorem, vel præsidem ex edicto, *l. misso, pro empt.* & in tit. *C. de prætor. pign. l. iure legati, C. vt in possess. leg. l. filiusfam.* §. *Diui, in princ. de legat.* 1. id est misso in possessionem datur ius pignoris, & per hoc datur etiam ei custodia & obseruatio rerum hereditariarum, vt vel tædio custodiæ heredi extorqueat cautionem, quam initio desiderauit, *l.* 3. §. *vlt. & l.* 10. *de acqu. possess. l. cum legati, quibus ex causis in possess. l.* 5. *in princ. hoc tit.* Nec enim missus in possessionem potest heredem expellere possessione, sed simul cum eo possidet res hereditarias, vel in earum possessione est. Est enim proprius in possessione, quam possidet, *d. l.* 10. quandoque possessio dicitur vicaria, *l. postquã,* §. 1. *tit. sup. prox.* quia scilicet est vice cautionis, *l. si furtum* §. *si quis damni, de dam. infec.* At quæso rursus, quid fiet, si heres legatariũ prohibeat, quẽ prętor iussit ire in possessionẽ, ingredi possessionem? Sic tandem legatarius perueniet ad ius suum ocissime, etiam ante diem, puta, vel ante cõditionem: nam heres, qui ingredientem prohibuit, ei tenebitur actione in factum, in id, quod interest, hoc est quanti ea res erit, quæ legata est, perinde atque si conditio legati extitisset, coërcendæ heredis contumaciæ gratia. Nec enim in hac specie, id quod interest egredietur pretium rei, sed propter contumaciam heredis, æstimatio rei repræsentabitur, videlicet non exspectata die vel conditione, *l. pen. quib. ex causis in possess. eat. l.* 4. §. *condẽnatio, de tab. exhib.* Hic est ordo iuris, quem in hac re seruari couenit, vt satisdationi, si deficit, succedat missio in possessionem, & missioni, si impedimentum afferat heres, succedat repræsentatio legati, ac si purum esset legatum & præsens. Verum ad hæc notandum est, interdum etiam de puro & præsenti legato hanc cautionem interponi, puta, si heres velit litigare, & legatum, quod est purum & presens, non debere: Nam hoc casu post litis contestationem, nec enim ante litis contestationem liquido apparet velle heredem litigare, postulante legatario, hæc cautio exigitur ab herede, quia nonullas moras exercitio iudicij habet, & inter eas moras posset heres rem legatam disperdere. Et hoc ostenditur in *l.* 1. § *plane, l. hac stipulatione, in princ. l. etiam, tit. supr. prox. l. vxor* §. *vlt. de legat.* 3. Sed addamus etiam post condemnationem, hoc est, herede damnato legatum soluere, si appellauerit, eadem ratione cautionem, si omissa fuerit, interponi, quia appellatio trahet negotium, & interim posset res legata perire dolo, aut culpa magna heredis. Igitur, si sit purum legatum, hæc cautio interponitur, non tantum post litis contestationem, sed etiam post condemnationem, si adhuc heres velit litigare, & prouocet ad maiorem iudicem. Sed hoc postremo casu notandum est, hoc interesse, quod herede condemnato appellante, legatarius non mittitur in possessionem omnium rerum hereditariarum, sicut fit ex edicto, dum recusat cauere heres, sed mittitur tantum in possessionem rei legatæ, de qua iudicatum est ex Constit. Marci. Ait, si modo is legatarius paratus sit cauere de ea re conseruanda, & heredi restituenda, si forte secundum eum pronuntiatum fuerit, *l. postquam.* 9. *tit. sup. prox.* Hoc igitur casu cum heres damnatus est soluere, nec soluit, sed appellat, cessat hoc edictum, & locum habet illa Constitutio Marci, inter quæ iura longa est differentia: Nam vt dixi, ex edicto, non cauente herede, legatarius mittitur in omnia bona, quæ ex hereditate sunt. ex Constitutione Marci mittitur in eam rem tantum de qua iudicatum est. item ex edicto legatarius qui mittitur in possessionem, nihil omnino cauet heredi. ex Constitut, cauet, vt dixi ante *d. l. post quam.* Et ob id, quia cauet, quia legatarius oneratur cautione propter exstinctam condemnationem per appellationem. (Nam verissimum est appellationem exstinguere iudicium, nec confirmatam sententiam ab eo, ad quem appellatum est, retrotrahi, *l. furti* §. 1. *de his qui not. infam.*) Ob id igitur, quia oneratur cautione legatarius, ex ea constitutione etiam solus possidet, & expellit heredem possessione. Ex edicto non possidet solus, sed ambo sunt in possessione, heres & legatarius. Et verius heres possidet, legatarius custos & obseruator, quasi saltuarius, vel insularius. Quod & aliis multis exemplis cõfirmatur in *tit. de satisd. lib.* 1. *Sententiarum Pauli.* Nondum satis est. Quæro quid sit dicendum, si legatarius aut fideicommissarius omissa satisdatioue & possessione, litem de legato contestatus sit, quasi puro & præsenti, & vicerit, id est, condemnauerit heredem, & post cõdemnationem non appellet quidem heres, sed non soluat legatum? Finge, esse difficile conuentu, vt sunt plerunque, quid fiet, quemadmodum legatariis prospicietur? Nam hoc casu, neque ex edicto, neque ex Constitutioue Marci cautio exigi potest, cum præsens legatum aut fideicommissum debeatur, nec de eo iam heres litiget amplius, sed cunctetur tantum, moretur, & trahat solutionem? Verum æquissimum est, etiam hoc casu legatario subueniri, non quidem exacta cautione: Nam

certe ei non est locus, sed non soluente herede, legatario A missio in possessionem bonorum, vt ita nanciscatur ius prætorij pignoris, quasi creditor quilibet iudicati seruandi causa. Et fuit sententia Papiniani hoc loco, dũ ait, *etiamsi condemnatus heres fuerit, nec soluat*, nihil de appellatione loquitur, legatariũ posse desiderare mitti in possessionem, videlicet iudicati seruandi causa, quasi creditor quilibet, ac proinde hoc casu mittetur etiam in bona heredis, ne dum in bona hereditaria, *l. 3. C. qui pot. in pign.* Ex hoc edicto non mittuntur in bona heredis, excepto casu *l. 3. § Imperator, h. t.* sed in bona hereditaria tantum, & ex Constitutione Marci mittitur tantum in rem legatam, de qua pronunciatum est. Hoc vero casu mittitur in omnia bona, quæcunque possidet heres, vndecumque ei obuenerint. Et præterea ex hoc edicto, & ex Constitutione Marci, missio fit vice cautionis non præstitæ. B missio est vicaria. post condemnationem heredis, qui nõ appellat, sed calũniatur, vt est in l. 12. tab. & legatum soluere detrectat, etiamsi nullus locus sit exactioni cautionis, legatarius non inducitur in possessionem vice cautionis, sed rei suæ seruandæ causa, hoc est debiti seruandi causa. non datur hæc possessio, nec dicitur possessio vicaria. Et ita fit dilucida sententia Papiniani.

Posterior quæstio est facilis, *cum sub conditionibus, &c.* Duobus est legata eadem res sub contrariis conditionibus, hoc modo: *Primo illum fundũ do, lego, si nauis ex Asia venerit, aut si non venerit, Secundo.* Idem est, si sub diuersis conditionibus, hoc modo: Primo illã rem, *si nauis ex Asia venerit*, Secundo eandem rem, *si consul factus fuerit, l. 3. t. supr. prox.* Vtrique heres debet satisdare legati nomine, C quia vterque est legatarius conditionalis eiusdem rei. vterque separat legatum, nec debeo huius rei declarationem facere longiorem, quam idem omnino iam expressi in *l. 5. & l. 8. de prætor. stipulat.*

Ex hoc libro citatur Papinian. duobus tantum locis, *l. 4. de vsu & habitat.* Finge: mulieri est legatus vsus domus. potest in ea habitare cum marito, cum liberis, libertis, & aliis plerisque personis, licet parum digne videatur maritus sequi domum mulieris, & in ea habitare, quãdoquidem domus mariti debet esse domicilium matrimonij, *l. cæterum, de rit. nupt.* Finge rursus, viduæ legatum fuisse, & constitutum vsum ædium, ac postea eam nupsisse, an nouum quoque maritum excipere poterit? D Et refertur in eo loco, ita sensisse Papinianum, vt mulier, cui vacanti constitutus est vsusf. ædium, possit in eis cum nouo nupto habitare. Citatur Papinian. ex eodem lib. in *l. 14. de legat. 1.*

Ad §. 1. l. 14. de legat. 1,

Sed & Papinianus lib. 19, Quæst. ait: & si post legata sæpius adscripta, idem hoc subiecit, semel præstari velle, & hoc ante impletum testamentum fecerit, ipso iure videri cætera legata adempta, Sed quo magis erit ademptum: non enim apparet, & ait, posse dici exiguius esse præstandum.

Qvidam Titio adscripsit plura legata eodem testamento, & ante consummatum testamentum subiecit, se velle, vt Titio semel tantum præstaretur, hoc est, vt vnum tantum legatum ei præstaretur, nec quicquam E præterea adiecit, ei autẽ Titio initio adscripserat plura legata per damnationem; qua de causa dicitur ei deberi exiguius legatum, quoniam potestas eligendi est penes legatarium quoties legata sunt relicta per damnationem, & vtique heres si non est stultus, electurus est exiguius, vel exiguiorem summam, vt *l. si ita relictum §. vlt. de legat. 2.* Cætera legata ipso iure adempta sunt, vnum tantum prestatur, quod elegerit heres, quia nec data videntur quandoque adempta sunt eodem testamento. Idemque dicitur, si adempta sint codicillis testamento confirmatis, hoc est, si in eis scripserit, semel se tantum Titio dare velle, *l. si quis eum, de vulg. substit.* Ademptio legati, vel fideicommissi, vel fit ipso iure, vel remedio exceptionis doli mali, puta, si ademptio facta sit per epistolam, vel codicillos testamento non confirmatos, vel nuda voluntate, *l. 3. §. pen. de adim. leg. l. quærebatur § pen. de test. mil.* Posui legata fuisse relicta per damnationem: Nã si plura legata ei relicta fuissent per vindicationem, vnum quidem legatum deberetur, sed quod ipse legatarius eligeret, non quod heres.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XX. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. cum in rem 64. de rei vindic. & §. vlt. l. 3. de vsur.

Cum in rem agitur, eorum quoque nomine quæ vsui, non fructui sunt, restitui fructus certum est.

§. vlt. l. 3. de vsur. *Si auro vel argento facto per fideicommissum relicto mora interuenerit; an vsurarum æstimatio facienda sit, tractari solet. Plane si materiam istam ideo relinquit, vt ea distracta pecuniaque refecta, fideicommissa soluerentur, aut alimenta præstarentur, non oportere frustrationem impunitam esse, responderi oportet. Quod si forte ideo relinquit, vt his vasis vteretur, non sine rubore desiderabuntur vsuræ: ideoque non exigentur.*

Abit initium huic libro lex *cum in rem, de rei vindic.* ad quam coniungemus ex eodem lib. *§. vlt. l. 3. de vsuris.* Et ait in hac leg. *cum in rem, &c.* Quæ verba, vt existimo, non sunt facilia cuilibet. Hoc vero sentit his verbis Papinianus: etiam eorum, quæ vsui non fructui sunt, fructus venire in rei vindicationem, & in eos possessorem condemnari debere, cui res euincitur, quia scil. omne legatum possessori auferendum est, *l. post SCtum, de petit. her.* Hoc ergo dicit, fructum esse eius rei, quę fructui non est, quod videtur absurdũ, sed est figura πλοκή. Aliud enim supra, aliud infra significat fructus. Supra significat, qui naturaliter ex re ipsa gignuntur, vt ex arbore poma, qui ex re ipsa nascuntur, quæ optimi auctores vocant gignẽtia & nascentia vt Græci γιγνόμενα. Infra autem fructus significat, non quod natura prouenit, sed quod ex obligatione, vel officio iudicis percipitur, vt ex stipulatione, vsura, ex locatione, merces. Nam & hæc pro fructu cedunt, *l. si nauis h. t. l. vsuræ, l. prædiorum, de vsur. l. postulante §. sed & in huiusmodi, ad Treb.* Infra fructus est quasi fructus. Aliæ autẽ sunt res vsui & fructui, vt fundus: aliæ nec vsui nec fructui, sed abusui, vt pecunia, vinum, frumentum; aliæ sunt vsui, non fructui, vt vasa, neque enim vllum fructum ferunt aut gignunt. Et non dicũtur etiam esse fructui. nisi improprie, *l. vlt. inf. vsuf. quemadm. cau.* & de vasis ad hanc legem, primum exemplum sumere licet ex eodem libro Papiniani, nempe ex *d. l. 3. § vlt. de vsur.* cuius sententiam exponere volo.

Certi iuris est, in fideicommissis vsuras deberi ex mora. Finge: per fideicommissum relictum est aurum, vel argentum factum, hoc est, vasa aurea & argentea, an ex mora debentur vsuræ quasi fructus? Et illo loco Papinianus distinguit hoc modo: Aut vasa ea mente relicta sunt, vt pretium ex eorum venditione redactum heres fideicommissario præstaret, & debentur vsuræ eius pecuniæ. Aut vasa ipsa relicta sunt, vt eis fideicommissarius vteretur, & non debentur quidem vsuræ vasorum, sed quod vice fructus est, debetur, quanti ea vasa aurea, vel

argentea fideicommissarius locare potuit, si in eis præstandis moram non fecisset heres; non sunt quidem fructui vasa, quæ nullum edunt fructum, sed tamen in rei vindicatione eorum fructus æstimatur, id est, quasi fructus, quanti scilicet locari ab herede potuerunt, *l. videamus* §. *penult. de vsur.* vsuræ non debentur, nisi ex quantitatib. id est, ex ijs, quæ numero, mensura, aut pondere constant, non ex ijs, quæ certa specie certoque corpore continentur. vasa specie, forma, corpore valent, non quantitate, & ob id vasorum etiam vsuræ, vt ait in *d. l.* 3. §. *vlt.* non sine rubore desiderantur, hoc est inuerecunde desiderantur, quoniam ex corporibus non percipitur vsura, sed quasi fructus vasorum recte desideratur. Et ex his verbis, *non sine rubore*, Græci notant eleganter, iudicem non debere admittere postulationes B inuerecundas. Potest etiam ad hanc legem ex *d. l. videamus* poni exemplum in vestimentis: Nam & hæc vsui sunt, non fructui. Et licet adnumerentur rebus, quæ sunt in abusu §. *constituitur*, *Instit. de vsufr.* non tamen plus sunt in abusu, quam vsu, deteruntur tantum, non consumuntur, & abusus consumptio est. Quare etsi legetur vsusfr. vestis de eadem veste reddenda, quandocũq; finitus erit vsusfr. legatarius heredi cauere solet, & liberatur, si reddat etiam vsu attritam, *l.* 9. §. *penult. vsufr. quem. cau.* Nec vestimentorum vsusfr. legatur sicut pecuniæ, *l. sed si quid* §. *etsi vestiment. de vsufr.* Pecunia abuti licet statim, si modo cauerit de tantadem pecunia reddenda, legatarius scilicet: vestimentis abuti non licet. Quamuis autem vestimenta non C sint fructui, hoc est, nullum fructum gignant, tamen vice fructuum æstimantur in actione in rem, quanti his locatis mercedis nomine capi potuerit, *d. l. videamus.* Ex qua etiam aliud exemplum poni potest in seruitutibus prædiorum. Iter, actus, via vsui est, non fructui, res incorporalis non potest esse fructui, & tamen, si vindicetur seruitus, vice fructuum restituetur omne commodum, quod habiturus erat actor, si statim eo tempore, quo exigit, ire prohibitus non fuisset, *d. l. videamus, in fi.* Restituetur id, quod interest, se prohibitum non fuisse, *l.* 4. §. *in confessoria, si seruit. vind.* Non dicitur, quod valde notandum est, haberi rationem eius mercedis, qua seruitus locari potuit, sicut dictum est de vasis & vestimentis, quia scilicet seruitus locari non potest, D *l. locare seruitutem nemo potest* §. *locati.* Cuius rei ratio inferius explicabitur. Sed poterit æstimare petita seruitute, quanti eam pignori obligare actor potuit, & beneficio pignoris istius pecuniam, qua indigebat, efficere. Nam seruitus pignori dari potest, puta iter vel actus, vel via, vel aquæ ductus. *l.* 12. *de pignoribus.* & fructus est, id est, quasi fructus, vel pignori dare licere, *l. vlt. de vsur.* Etiam aliud est exemplum in *d. l. videamus*, de proprietate nuda. Nam eius vsus quidem est aliquis, vt proprietarius etiam inuito fructuario potest fundum, vel ædes custodire per se, vel per saltuarium, *il pourra auoir vn concierge en la maison*, vel per insularium, qui tueatur prędium, aut fines agri, *l. si ita legatus* §. *vlt. de vsu, & habit.* Et potest testatorem mortuum in fundum inferre, si non sit, vbi tam opportune sepeliri possit, *l. locum* §. 1. E *de vsufr.* Et seruum inuito fructuario coercere, & noxæ dedere potest sine dolo malo, *d. l. locum* §. *ex eo, & seq.* Ergo nudæ proprietatis est vsus nonnullus, fructus autem nudæ proprietatis nullus est. Sed si petita sit nuda proprietas actione in rem, & inter moras iudicij amissus fuerit vsusfr. ex eo tempore, quo vsusfr. consolidatus est proprietati, quo nuda, quæ erat proprietas, facta est plena, fructuum ratio habetur. Idemque erit, si quid interim fundo per alluuionem accreuerit, *d. l. videamus, l. fructus non modo & l. seq. hoc tit. l. si ego* §. *idem ait, de Publlic. in rem act.* Vltimo ex eadem *l. videamus*, ponamus ad hanc exemplum in vsufructu. Nam certe vsusfr. rursum fructui eleganter non computatur: ius vtendi fruendi fructum non gignit, non progenerat. Eo tamen iure vtimur, & petito vsufr. actione confessoria damnabitur reus in fructus, quos actor percepturus erat, si ei possidere licuisset, *d. l. videamus*, non in fructuum fructus, qui vix vlli æstimari possunt. fructus non est fructus, sed quasi fructus, *l. neque, de vsur. l. heres* §. *vlt. de petit. heredit.*

L. 11. §. vlt. & l. 12. ff. de pignor. explicata.

HÆc sufficerent ad hanc legem, sed attigi in ea enarranda ante rem difficillimam, & male explicatam, cuius rationem reddam fortasse perspicuam. Dixi seruitutes non posse locari, & posse pignori dari. Cur tam varie? Cur si pignorari possunt, non etiam locari? Et rursus, cur seruitutes rusticorum prædiorum pignorari possunt, non seruitutes vrbanorum prædiorum? Nam hæc differentia perquam euidenter proponitur in *l.* 11. §. *vlt. & l.* 12. *de pignorib.* Et per quam euidenti calumnia eam eludunt, qui quod in *l.* 11. §. *vlt.* est scriptum de seruitutibus vrbanorum prædiorum, porrigunt etiam ad seruitutes rusticorum. Et quod in *l.* 12. est scriptum de rusticis seruitutibus, id porrigunt etiam ad vrbanas. Est mira licentia. Cum *d. l.* 11 §. *penult.* nullam constituisset differentiam, vsumfr. daret pignori dominus an fructuarius, ac proinde nec velit hanc distinctionem fieri in cæteris seruitutibus, illi d. l. acceperunt de seruitutibus quibuscunque pignori obligatis, siue pignoris nomine impositis à domino in fundo propio, quæ omnia vaticinantium imagines sunt. Et merito debemus illis omissis, siue neglectis adferre perspicuam differentiam, quæ ponitur in supradictis locis inter seruitutes vrbanas, vt hæ non possint pignorari, & seruitutes rusticas, vt hæ possint pignorari. Et simul inquirere debemus rationem iuris, rationemque differentiæ. Præterea adhuc in hac re dubitatur, cur sine distinctione vlla seruitutes sint vrbanæ, an rusticæ, tamen placet, quascunque seruitutes precario concedi posse, *l.* 3. *l. & habet* §. *precario, de prec. l. si quis ser. de relig.* Cur etiam indistincte pignorari non possint? & cur etiam locari non possint? Sciendum igitur hac in re vsumfr. separari à cæteris seruitutibus. vsus fructus vendi, locari, pignorari potest, *d. l.* 11. §. *pen.* quia sc. fructus est, vel locare & pignorare licere, *d. l. videamus*, & *l. vlt. de vsur.* Et vsusfructus nomen siue ius comprehendit omne commodum, omne emolumentum, omnem obuentionem, omnem fructum, vel quasi fructum, & est ius plenissimum: qua ratione vsus ab vsuario vendi, locari, pignorari non potest, §. 1. *Instit. de vsu & habitat.* Qui nudum vsum habet sine fructu, non habet fructum. ergo nec locari aut pignorari potest, quia hæc pro fructu cedunt. Seruitutes autem prædiorum vrbanorum vel rusticorum à domino, vel ab eo, cui debentur, etsi vendi possunt, *l. pen.* §. 1. *de contr. empt. l.* 3. §. *si iter, l. illud.* §. *si ille, de act. emp* locari tamen non possunt, quia omnis locatio fit ad tempus, & seruitus non potest constitui ad tempus, *l.* 4. *de furt.* vbi hæsit fundo semel, vix auelli potest. & ideo petita seruitute actione in rem in *d. l. videamus*, non dicitur in fructu computari, quod seruitute locata mercedis nomine capi potuit, quod tamen dicitur de veste & vase. Ergo seruitus locari non potest, *l. locare, locato*: est generaliter accipienda, vt nemo, neque dominus, neque is, cui seruitus debetur, eam locare possit. At contra, vt nunc tractemus de pignore, seruitus tam à domino, quam ab eo, cui debetur seruitus rustici prædij, veluti iter, via, actus aquæductus, pignori opponi potest, *d. l.* 12. *de pignorib.* Et quod dicitur in *d. l. videamus*, petita seruitute rustici prædij, in fructibus numerari omne commodum, quod habiturus erat petitor, si non fuisset prohibitus ire, agere, aquamue ducere, puto exempli gratia aptari posse ad pignerationem, quia fructus cuiuslibet rei est. siue corporalis, siue incorporalis, vel pi-

gnori dare licere, *l. vlt. de vsur.* Nec potest obijci omnino, quod locationi obijcimus etiam pignoratione seruitutem constitui ad tempus, cum lex semper insit pignori, vt vendi & distrahi possit in perpetuum, adeo vt conuentio, ne possit, non sit efficax saltem debitore trina denuntiatione cõuento, *l 4. de pign. act.* Et hęc de seruitutibus rusticis. Seruitutem autem vrbanam veluti tigni aut stillicidij immittendi, vel protegendi, vel proijciendi dicimus ex *d. l. 11 §. vlt.* neque à domino, neque ab eo, cui debetur ea seruitus, pignorari posse. Et ratio differentiæ hęc est. vt valeat pignus seruitutis, non tantum necesse est, creditorem habere vicinum prædium: hoc enim omnino necesse est, quod etiam exigit *d. l. 12.* sed etiam, vt huiusmodi pignus alij vicino distrahi possit, quia inutile est pignus, quod alij non potest vendi, *l. 4. de pign. act. l. mulier, de dist. pign.* Atquin creditori habenti ædes vicinas, cui concessum est pignori, ius tigni immittendi, non est vicinus, cui ea seruitus vsui esse possit, cui vendi possit: Nam quod ex ædibus suis tignum immittit creditor in ædes debitoris, non æque alij vicino ex suis, in eã partem immittendi vllus est vsus, vllaue vtilitas, & consequenter id certe alter vicinus empturus non est, & alius non vicinus emerit etiam frustra. Ergo eius seruitutis inutile pignus est, quia non potest nisi vicino vendi, & vicino emere non expedit, quia si emerit, emerit frustra, & inutiliter. At vero ius prædij rustici, veluti, iter, alij vicino vendi potest. Idque forsitan magno alius vicinus redempturus est, cum possit vno eodemque itinere pluribus patere aditus in suos fundos. Et hæc est ratio differentiæ, quam satis notauit *d. l. videamus.* quę de venditione seruitutis rusticæ loquitur nominatim, sed veteres non animaduerterunt. Quod autem dicitur indistincte, seruitutes posse precario concedi, id habet summam rationem, quia possessio sola, vel quasi possessio precario conceditur. Et huius possessionis vtilitas non consistit in distractione, vt ius pignoris, neque enim licet vnquam mihi vendere, quod precario accepi. Precarius denique vsus non consistit in distractione, sed in vsu nudo, & ad libitum domini, qui precario concessit vsum itineris, vel immissi, vel proiecti. Igitur non fuit, cur in precario constitueremus differentiam inter genera seruitutum.

Ad l. si superatus 3. de pignor.

Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam non probaret, æque seruanda erit creditori actio Seruiana probanti rem in bonis illius eo tempore, quo pignus contrahebatur, fuisse. Sed etsi victus sit debitor vindicans hereditatem, iudex actionis Seruianæ, neglecta de hereditate dicta sententia, pignoris causam inspicere debebit. Atquin aliud in legatis & libertatibus dictum est, cum secundum eum. qui legitimam hereditatem vindicabat, sententia dicta est. Sed creditor non bene legatariis per omnia comparatur, cum legata quidem aliter valere non possunt, quam si testamentum ratum esse constaret. Enimuero fieri potest, vt pignus recte sit acceptum, nec tamen ab eo lis bene instituta. §. ¶ Per iniuriam victus apud iudicium rem, quam petierat postea pignori obligauit: non plus habere creditor potest quam habet qui pignus dedit, Ergo summouebitur rei iudicatæ exceptione, tametsi maxime nullam propriam, qui vicit, actionem exercere posit: non enim quid ille non habuit, sed quid in ea re, quæ pignori data est, debitor habuerit, considerandum est.

SEquitur, vt exponamus quæst. *l. 3. de pignor.* Actio hypothecaria est persecutio pignoris, quæ creditori cõpetit, actio in rem, non vt hodie plerique in foro certant in personam *l. pignoris, hoc tit. & l. pignoris C. eod. l. vlt. C. si vnus ex plur. hered.* Quæ actio hypothecaria etiam dicitur Seruiana, simpliciter, vt in hac *l. 3.* quanquam non sit directa Seruiana, sed vtilis, vel quasi directa. Directa enim Seruiana est de rebus coloni, pro mercede pignori obligatis *§. item Ser. Instit. de act.* Sæpissime etiam in iure actio hypothecaria dicitur pigneratitia; & sane pigneratitia actio nomen est ambiguum: Nam alias actio pigneratitia, est actio in personam, quæ datur debitori de recuperando pignore soluta pecunia, in tit. *de pign. act.* Alias est actio hypothecaria, quæ datur creditori, actio in rem, non in personam. Si quem ex circumforaneis consulas, an actio hypothecaria sit in rem, an in personam, dicet statim, esse in personam. error est irreconciliabilis. Vindicatio enim est rei. vindico rem non tantum iure dominij, sed etiam iure pignoris. Et tantum abest, vt dici possit in personam, vt *d. l. vlt.* nominatim dicat, esse in rem, & adijciat statim non obligare personam. De hac autem actione hypothecaria iam ante dictum est in *l. 1. §. cum prædium h. tit.* Si per vsucapionem creditor domnium rei pignori datæ amiserit, creditorem tamen non amittere ius pignoris, creditori seruari hypotecariam actionem: vsucapione rei non perimi persecutionem pignoris, quæ nulla societate dominio coniungitur, vt ait *l. iusto, §. non mutata de vsur. & vsucap.* Vsucapio dominium mutat. non pignus. vsucapitur res cum sua causa libera, si sit libera: obligata, si sit obligata. Et hoc demonstratum est, vt dixi *sup. d. § cum prædium.* Nunc dicitur in hac *l. 3.* æque habita relatione ad id, quod dictum est in *d. l. 1.* quod hoc ipso libro 20. forsitan scripserat Papinianus, æque, inquam, si debitor alio possidente rem, quam ipse pignori dederat, egerit de dominio huius rei actione in rem, & victus fuerit, vel per iniuriam iudicis, sordes, aut gratiam, vel defectu probationis, dum non probat, se eius rei esse dominum, si, inquam, aduersus debitorem iudicatum sit, eam rem eius non esse videri, creditori seruari tamen actionem hypothecariam, modo probet creditor, tempore contracti pignoris eam rem in bonis debitoris fuisse. Satis enim est, si ab initio pignus recte contractum fuerit, nec spectatur quod post subsecutum est, non spectatur vsucapio pignoris, non spectatur sententia de dominio pignoris data contra debitorem. Certissimum est, rei alienæ pignus non valere, quod multis locis confirmari potest. Duo sunt satis obscuri, quibus soleo vti, *l. seruus quem §. vlt. de act. emp. & l. sed et si lege §. si quis re sua, de petit. hered.* In quo loco velim vos animaduertere, quod non obseruant, eius loci rationem in eo consistere, quod rei alienæ pignus non valet. Finge: qui possidebat hereditatem alienam bona fide, existimans se esse heredem, res hereditarias pignori obligauit suo creditori; an videtur aliquid attigisse ex hereditate? minime. non attingit ex hereditate, qui rem hereditariam pignori dat. cur ita? *quia*, inquit, *ipse fuit obligatus*, id est, quia ipse fuit debitor, non hereditas, & rei alienæ pignus non consistit. Ac proinde nihil egit, nihil attigit ex hereditate, rem hereditariam pignorando: Nec enim eam iure pignorauit, nec Græci omisere istam rationem, ἐπειδὴ μὴ ὢν δεσπότης ὑπέθετο, hoc est, *quia cum non esset dominus, rem pignorauit.* Ex quo sequitur nihil eum egisse. rei alienæ pignus non valet nisi si cil contrahatur sub conditione, *l. si fundus §. alienæ, hoc tit. l. idemque §. vlt. qui pot. in pign.* vel nisi ea res debitori sit debita, vel obligata, hoc est, pignorata: nam nomen & pignus pignorari potest, *l. 1. in princip. l. grege §. cum pignori, hoc tit.* Et quæ est tertia exceptio, nisi fuerit generalis conuentio pignoris, quæ comprehendat etiam bona postea acquisita, *l. 15. §. 1. h. tit.* Potest addi quarta exceptio ex *l. aliena res ff. de pign. act.* Aliena res voluntate domini potest pignori obligari, pignori dari: sed etsi ignorante eo data sit, & ratum habuerit, pignus valebit. Hanc quartam exceptionem adieci ex meo more, ex *l. si fundus §. si nesciente, hoc tit.* Rei debitoris proprie pignus valet etiamsi postea fiat, vel pronuncietur esse aliena. igitur, quod ab initio constitit, pignus, quod satis est, Quod autem diximus, victo creditore, qui egerat de pre-

prietate pignoris iudicio in rem, creditori seruari hypothecariam, id ita procedit, vt recte annotauit Accurs. si debitor egerit de proprietate ignorante creditore: nam si eo sciente egerit, presente, interueniente, & contrariam sententiam acceperit, ea res nocet creditori, & aufert hypothecariam actionem; nec locus est regulæ iuris, rem inter alios iudicatam aliis non nocere, quia sane non nocet aliis, quorum ex voluntate iudicatum non est, sed nocet aliis, ex quorum voluntate iudicatum est. Et hoc casu ex voluntate creditoris, qui sciebat debitorem agere de proprietate pignoris, & sciebat eum agere, qui poterat prohibere, & litem suscipere ratione pignoris, videtur iudicatum de iure pignoris, quia ex persona agentis debitorem habuit, *l. sæpe, de re iudic. l.* 4. §. *pen. de appellat.* Scienti igitur creditori obest sententia, quæ dicta est contra debitorem in iudicio in rem. Hæc fit conclusio. cui subdantur exceptiones duæ, *l. præses C. de pignor.* Si debitor causam proprietatis lusorie egerit, hoc est, collusorie, perfunctorie, dicis causa, hoc est, si debitor colluserit cum aduersario in necem creditoris, vt fit sæpe inter coniunctas personas: simulant enim litem, vnus eorum patitur se vinci in fraudem tertiæ personæ, *vt apud Terent. in Phor. act.* 1. *scena* 2. Si ita debitor causam proprietatis collusorie egerit, perfunctorie egerit sciente creditore causam agi, nesciente collusionem, nihil ea res nocet creditori. Idemque dic, qui est alter casus, si debitor non sit victus causa cognita, id est, vtraque parte præsente comminus, quod est in Codice cognitionaliter, sed ex præscriptione, vitio suo, quia scil. tardius iudicio adfuit, si victus sit propter absentiam suam, vel contumaciam, quo casu potest agi causa vna tantum parte præsente, id est, μονομερῶς: nihil enim ea res scienti creditori nocet, quoniam non videtur victus debitor, quod haberet malam causam, sed quod abesset vitio suo, *l. Herennius, de euict. l. si expressit, de appellat. l.* 1. §. *si quis, quan. appell. sit.* Et hæc quidem, si debitor egerit de dominio speciali actione in rem. Quæro quid sit dicendum, *si debitor egerit petitione hereditatis, in qua scilicet erat ea res, quam creditori pignori dederat, & victus fuerit?* Et hoc etiam casu dicemus, creditori absenti vel ignoranti, seruari actionem hypothecariam, secundum superiorem definitionem. Et vt eleganter ait Papinianus, iudicem actionis hypothecariæ, neglecta sententia dicta de hereditate, pignoris causam solam inspecturum, & pronuntiaturum secundum creditorem, si modo probauerit tempore contracti pignoris, eam rem debitoris fuisse: sententiam creditori non nocere. nihil igitur referre; victus fuerit debitor, de proprietate rei pignoratæ agens specialiter actione in rem, an petitione hereditatis. Obstat huic conclusioni, quod sententia de hereditate data contra heredem scriptum, secundum heredem legitimum cum lis esset inter heredem scriptum, & heredem legitimum, etiamsi per iniuriam iudicis data sit, ea nocet legatariis, & testamento manumissis tam ignorantibus, quam scientibus. Exceptis tamen etiam in hac specie duobus illis casibus, si heres scriptus collusorie causam egerit, aut si ex præscriptione, aut ex edicto peremptorio victus sit absens: quoniam his casibus, nec scientibus legatariis nocet sententia, quæ data est contra heredem scriptum. Vno casu non fuit vera lis, collusoria lis non est lis, *c'est vn ieu.* Posteriore casu, quia non videtur de iure testamenti pronuntiatum, id est, videtur heres victus, non quod habuerit malam causam, sed quod abfuerit, & non egerit causam, *l. si ideo, de euict.* Et hæc omnia plenius comprobantur lege, *si perlusorio iud. de appellat. l. qui repudiantis* §. *vlt. & seq. & l. si suspecta, de inoff. test. & l. si seruus plurium* §. 1. *&* § *pen. de leg.* 1. Sed in d. §. 1. non est legendum affirmate, *iniuria facta heredi scripto nocebit legatariis,* quod plenius docebit Obser. 2. *cap.* 7. quæ causam explicat. Nec à me repetetur hoc loco, quemadmodum sit respondendum leg. 1. *de except. rei iud. & l. statuliberi* §. *Quintus, de statulib.* quæ huic obstare videbantur. Pergamus ergo & concludamus ita: his tantū duobus casibus exceptis, sententia dicta contra heredem scriptum, etiam ignorantibus legatariis & manumissis nocet, quæ tamen non noceret creditori ignoranti in causa pignoris, vt diximus sup. Cedo rationem differentiæ? Eam reddit Papinian. hoc loco. legata & libertates testamento relictæ, non aliter possunt valere, quam si constet, ratum esse testamentum, quia ex testamento pendent. si corruit testamentum, corruunt & legata & libertates; si contra testamentum pronuntiatum sit, contra heredem scriptum testamento, & contra cæteros omnes pronuntiatum est, quibus quid testamento adscriptum est. Denique contra omnem scripturam pronuntiatum. Pignus autem valet, consistit & perseuerat, quod valuit initio, etiamsi res debitoris postea esse desierit vsucapione, vel pronuntiatum sit, non esse eum dominum huius rei, vel propter malam instantiam forte, vel propter litem malè institutam, vel propter defectum probationum, vel propter iniuriam iudicis, nihil interest. Sæpe bonæ causæ est mala instantia, ex quo fit sæpe, vt pereat lis actori, *l. & post, de iudic. Tertull. lib. de patientia: Quoties,* inquit, *instantia eius deterior est causa sua.* Sæpe enim, licet rei persequendæ ius suum habet actor, fit, vt rem amittat, vel quod non veniat instructus probationibus ad agendum, vel quod non vtatur propria actione & congrua, vt si persequatur rem iure hereditario, quæ non est hereditaria, sed eius propria, iure proprio, quo eam persequi debuit. Ergo quoquo modo pronuntiatum sit contra debitorem, non videri eum esse dominum rei, nihil ea res præiudicat creditori ignoranti. Et hoc est, quod ait Papinianus in hac lege. Hæc autem, quæ hac lege diximus, ita procedūt, si pignoris conuentio sententiam præcesserit, quæ dicta est contra agentem in rem, vel petitorem hereditatis; sed si post sententiam dictam contra debitorem, res ab eo sit data pignori, creditor videtur in locum victi successisse: & ideo frustra aget hypothecaria, qui causam habet à victo, siue ex persona victi debitoris, quandoque, si agat hypothecaria, repelletur exceptione rei iudicatæ, *l. si mater* §. *vlt. l. rei iudicatæ* §. *vlt. de except. rei iudic.* Quod vtrumque procedit, etiamsi debitor victus sit per iniuriam iudicis: Nam etsi eo casu iniqua sententia victori præbeat retentionem tantum rei, non actionem, siue persecutionem, tamen non spectamus, quid victor non habuerit, sed quid debitor habuerit, non quid victor, sed quid debitor habuerit in ea re, quā pignori dedit. Et non potest creditor plus habere, quam habuit debitor, in cuius locū successit. Vtrique igitur erit inefficax vindicatio rei, victo & creditori eius, qui postea-quam victus est, rem pignorauit. vterque si agat, repelletur exceptione rei iudicatæ, exceptione inquam: nam sententia dominium non mutat, quod habet debitor ipso iure, *l.* 28. *de except. rei iudic.* Et hæc sunt ex §. *vlt. huius l.* Et sunt duo singularia, quæ ex hoc §. notantur. Primum est, rem iudicatam nocere ei, qui à victo causam habet, siue sit emptor seu creditor, qui successit in rem singularem, etiamsi non in ius vniuersum. Alterum est, iniquam sententiam, si manifesta sit iudicis iniquitas, victori præbere quidem retentionem rei, si eam possideat, non persecutionem, non actionem.

Ad l. 3. de vsuris.

In fideicommissi persecutione, cum post iudicis sententiam moram fecisset heres, iussit Imper. Marc. Antoninus intermisso legitimo tempore, quod condemnatis præstatur, vt vsque ad sententiam commoda fideicommissarius accipiat: quod decretum ita accipi opportet si ante iudicis sententiam mora non interuenerit, tametsi non facile euenire possit, vt mora non præcedente, perueniatur ad iudicem. Sed puta legis Falcidiæ rationem interuenisse. Cæterum si antequam ad iudicem per-

veniretur, in mora heres fuit, exinde fructuum præstandorũ necessitate adstrictus, qua tandem ratione, quoniam & sententia victus est, legitimi temporis spatio fructibus liberabitur, cum ea temporis intercapedo iudicato dilationem dare, non lucrum adferre debeat? §. 1. ¶ *In his quoque iudiciis, quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa præstanda est in eum diem, quo sententia dicitur. certe post rem iudicatam tempus à fructibus dependendis immune est.*

IN *l. 3. de vsur.* quod tractatur initio, pertinet ad quæstionem de vsuris & fructibus fideicommissorum, & est obscurum, & incognitum satis, & tamen perquam interest nobis id esse cognitum. Proponitur in eo decretum M. Antonini Imper. cuius sensus hic est: In persecutione fideicommissi, si heres fideicommissario condemnatus iudicio post sententiam iudicis, & tempora iudicati soluendi moram fecerit in soluendo fideicommisso, sicut est in *l. solidum* §. *etiam, de leg. 2.* si post dictam sententiam soluere iudicatum supersedit, decreuit Imperator, vt vsuras & fructus, obuentiones, & commoda omnia fideicommissario præstet à tempore litis contestatæ vsque ad sententiam, quæ sc. fideicõmissarius percepturus erat, si statim eo tempore, quo egisset de fideicomisso, fideicommissum ei restitutum fuisset, nec enim quid perceperit heres, considerandum est, sed quid fideicommissarius percipere potuit, *l. si nauis* §. *vlt. de rei vindic.* Denique, si post sententiam moram fecerit heres, præstat omnia commoda, quæ percepturus erat fideicommissarius ex fideicommisso, etiamsi ea non perceperit heres, à tempore, scilic. litis contestatæ vsque ad sententiam. Quid fiet de fructibus, quos fideicommissarius percipere potuit post sententiam? Sciendum est, post sententiam dies aliquot dari condemnato ad iudicatum soluendum, ad restituendum fideicommissum, qui dies iusti appellantur in 12. tab. Hi dies immunes sunt à dependendis vsuris & fructibus his, quos fideicommissarius percipere potuit, ex eodem decreto, cui congruit *lex, in bonæ fid. C. de vsur. & l. vlt.* §. *pen. C. de vsur. rei iud.* Et ratio est optima, vt illud tempus sit immune ab vsuris & fructibus percipiendis, quia tempus illud condemnatis datur humanitatis gratia, dies illi humanitatis gratia indulgentur, *l. cum militi* 14. §. *vlt. de compensat.* Ergo expertes esse debent omnis inhumanitatis, nempe soluti & immunes à dependendis vsuris vel fructibus percipiendis, hoc est, quos fideicommissarius percipere potuit. Quare post rem iudicatam cessat ratio vsurarum ac fructuum percipiendorum, intra tempus scil. illud legitimum, quod condemnatis præstatur. De præteriti temporis vsuris & fructibus erat quæstio, an essent fideicommissario præstandi & decreuit Imperator, esse præstandos à tempore litis contestatæ, vsque ad sententiam, cum heres post sententiam & tempora iudicati moram fecit in præstando fideicommisso. Cur vero erat quæstio de vsuris & fructibus præteriti temporis ante condemnationem, ante sententiam? quia scilicet fructus & vsuræ non erant in condemnationem deductæ, neque vero deduci poterant, quia vt poni necesse est in hac specie, quod nottandum, heredis fuit ratio litigandi iusta, heres iuste ad iudicium prouocauit, quo modo moram facere non videtur, *l. sciendum, si qui, h. tit. l. qui sine dolo, de reg. iur.* Et post condemnationem nullum est officium iudicis *l. 1. hoc tit. l. iudex, de re iudic.* Quare opus fuit decreto Imperatoris, quo declararetur, etiam in executione iudicati venire præteritam causam, id est, præteriti temporis vsuras & fructus tempore litis contestatæ vsque ad rem iudicatam, cum post rem iudicatam moram fecit heres. Sententia hoc loco non est admonitio, non interlocutio, vt Accursus vult, sed res iudicata, finitio litis vltima ex eo intelligitur, quod si heres moram non fecerit post sententiam, qui nec moram fecit ante sententiam, ab eo fructus & cætera commoda fideicommissario præstari non debere, quæ

A habiturus erat fideicommissarius, si initio litis statim ei fideicommissum restitui contigisset. Mora heredis facit, quæ rem iudicatam sequuta est, vt retro habeatur ratio vsurarum & fructuum à lite contestata, vsque ad sententiam, vt habeatur ratio præteritæ causæ, præteritorum commodorum. Atque ita erat quæstio de præteritis vsuris & fructibus, post tempora iudicati moram faciente herede. de vsuris & fructibus futuri temporis non erat quæstio, quia certissimum erat ipso iure vsuras & fructus ex natura iudicati deberi, à lapsu temporis iudicati faciendi, & grauiores quidem vsuras, puta centesimas, *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* olim duplices centesimæ, *l. 1. C. Theod. eod. tit.* Intelligimus sententiam tenoremque decreti simul, ac causam & rationem. Nunc tractandum est de interpretatione, quam ad illud decretum adhibuit Papinianus hoc loco perquam subtilissimam. Hoc decretum Imperatoris, vt intermittatur

B spatium legitimum, quod condemnatis datur, & sit immune à dependendis vsuris & fructibus, Papinian. ita interpretatur: Verum quidem hoc esse & æquum, si ante sentẽtiam heres moram non fecerit, sed post sententiam, vt etiam posuimus, puta vt si quis existimans legi Falcidiæ locum esse, non dederit integrum fideicommissum quod petebatur, & contendens summa ratione, prius esse ineundam rationem Falcidiæ, quam integrum fideicommissum præstandum, *l. qui solidum, in pr. de leg. 2. l. 2. C. de vsur. & fruct. legat.* moram non facit, quia obtinente Falcid. litigat cum fideicommissario, & ei recusat statim restituere fideicommissum. Sed si ante sententiam moram fecerit heres, vt sane plerumque lis contestatur cum eo, qui iam moram fecit, quem iam interpellauimus, vt Græci dicunt hoc loco, non facile dicitur esse lis ante moram. Et plerumque moram facit,

C qui mauult litigare, quam restituere, *l. nemo, inf. de ver. obligat.* Hoc casu ex tempore moræ heres præstat fructus, & omnia commoda, etiamsi mora fuerit antiquior contestatione litis, *l. 39.* §. *fructus, & l. quæsitum* §. *vlt. de leg. 1. l. si quid seruo, de leg. 2.* præstat, inquam, omnia commoda à tempore moræ, quoad soluerit, nec legitimi temporis, quod datur condemnatis, fructibus liberatur, quia, vt ait Papin. *illa intercapedo temporis condemnato dilationem dare debet, non adferre lucrum,* cum ante sententiam in mora fuerit, & deinde etiam sententia victus. Et inquit eleganter, *si ante litem contestatam in mora fuerit, exinde fructuum præstandorum ne-*

D *cessitate adstrictus,* id est, ex eo tempore factus est obnoxius præstandis fructibus. *quá tandem ratione,* inquit? *quoniam & sententia victus est legitimi temporis spatio fructibus liberabitur. à quel ieu gagnera il cela?* Ergo interuallum illud non liberabit eum fructuum præstatione, quinimo ex mora refundet omnia commoda fideicommissario, vsque in diem solutionis, *il faut bien noter cela.* Et ad rem subijcit Papinianus, quod est *in* §. *in his quoque, qui doit estre conioint auec le premier,* non tantum in fideicommissi persecutione, *sed in his quoque iudiciis, quæ nec arbitraria sunt, &c.* Et hoc vult.: idem seruari, quod dictum est, in persecutione fideicommissi, quæ est extraordinaria, *l. pecunia* §. *persecutionem, de verb. signific.*

E & arbitraria, quæ obtinet instar actionis in rem, cum aduersus quemcunque possessorem detur, *l. sic quoque* §. *vlt. de leg. 1.* Omnes autem actiones in rem, aut quasi in rem, arbitrariæ sunt, *l. qui restituere, de rei vindicat.* de quarum natura alibi tractabimus. Actiones autem sunt bonæ fidei, aut strictæ. Non est perfecta diuisio, *il faut adiouster,* aut arbitrariæ, *ou bien,* & strictæ, aut arbitrariæ, aut non. Quod dictum est in persecutione fideicommissi seruari, seruari idem Papinianus subijcit in omnibus iudiciis strictis, quæ nec sunt arbitraria, nec bonæ fidei. Quid vero seruari? Resumere oportet breuiter, quæ ante dicta sunt. Et secundum ea accipite *d.* §. *in his quoque,* hoc modo: vt qui ante sententiam moram non fecit, sed post sententiam, aut tem-

pora iudicati, præstare debet actori vsuras & fructus, & A cæteras accessiones, hoc est, omnem causam à tempore litis contestatę vsque ad rem iudicatam, non etiam post rem iudicatam intra legitimum tempus, quod condemnatis datur humanitatis gratia: namque id tempus immune esse oportet ab vsuris dependendis, ac fructibus. Quod si moram fecit ante litem iudicatam, vt puta, quia non fuit ei ratio litigandi, etiamsi moram non fecerit ante litem contestatam, præstat commoda omnia à tempore litis contestatæ in strictis iudicijs vsque in diem solutionis, non intermisso legitimo spatio quod iudicatis datur. Et ita est accipiendum semper quod dicitur etiam in strictis iudiciis venire omnem causam post litem contestatam, *l. 2. h. t. l. 8. de re iud. l. videamus 2. §. si actionem hoc tit.* Hoc in strictis iudicijs. In arbitrarijs vsuræ & B fructus veniunt à tempore moræ etiam ante litem contestatam, si ante litem contestatam in mora fuerit reus. Nam & in arbitrarijs ante moram, non veniunt fructus, quod latius exposui lib. *6. ad l. 2. h. tit.* In bonæ fidei iudiciis fructus veniunt etiam ante moram plerumque, vt plurimum, *d. l. videamus 2. §. pen.* Et vsuræ tamen non veniunt, nisi ex mora officio iudicis, *l. mora §. in bonæ fidei, h. tit.* In *l. vsuræ, hoc tit.* dicitur, vsuras vicem fructuum obtinere, nec debere à fructibus separari. Hoc est verum plerumque, siue ἐπὶ τὸ πλεῖστον: Nam separantur tribus casibus vsuræ à fructibus. In bonæ fidei iudicijs C fructus veniunt etiam ante moram, vsuræ post moram tantum. hæc vna differentia. Altera est, vsuras non præstari possessæ pecuniæ inuentæ in hereditate, quam non exercuit, non fœnori occupauit: fructus tamen præstat, puta naula & vecturas nauis, quam non exercuit, *l. si nauis, de rei vindicat.* Est & tertia separatio, si fundus venierit fructibus maturis, fructus sequuntur emptorem. Et pessime nobilis quidam Gallicus, qui vendiderat pratum fœno nondum cæso, calumniabatur se pratum vendidisse, non fœnum. Sed si fundus, qui fuerat, locatus venierit pensiones sequuntur venditorem, *l. Iulianus §. si fructibus, de act. empt.* Atque ita his casibus vsuræ separantur à fructib. Sed interea in hac quæstione fructuum hanc inter iudicia constituimus differentiam, vt in strictis iudicijs, si moram non fecerit D reus ante sententiam, sed post, vt veniant fructus à tempore litis contestatæ, vsque ad sententiam, intermisso legitimo tempore, quod iudicatis indulgetur. Si moram fecerit ante sententiam, vt veniant à tempore litis contestatæ, in diem solutionis sine intermissione. In arbitrarijs autem, vt veniant etiam qui percipi poterunt ante litem contestatam. Si reus in mora fuerit ante litem contestatam, non aliter, ex tempore moræ, scilicet in diem solutionis. in bonæ fidei autem iudiciis, vt fructus veniant etiam ante moram.

Ad §. nonnunquam.

Nonnunquam euenit, vt quanquam fructus hereditatis, aut pecuniæ vsura nominatim relicta non sit, nihilominus debeatur: vt puta si quis rogetur, post mortem suam quicquid ex bonis supererit, Titio restituere: vt enim ea, quæ fide bona deminuta sunt, in causa fideicommissi non deprehenduntur, E *si pro modo cæterorum quoque bonorum deminuantur, ita quod ex fructibus supererit, iure voluntatis restitui oportebit. §. 1. ¶. Cum Pollidius à propinqua sua heres institutus, rogatus fuisset, filiæ mulieris, quicquid ex bonis eius ad se peruenisset, cum certam ætatem puella complesset, restituere, idque sibi mater ideo placuisse testamento comprehendisset, ne filiæ tutoribus, sed potius necessitudini res committerentur, eundemque Pollidium fundum retinere iussisset præfectis prætorij suasi, fructus, qui bona fide à Pollidio ex bonis defunctæ percepti essent, restitui debere, siue quod fundum ei tantum prælegauerat: siue quod lubrico tutelæ fideicommissi remedium mater prætulerat. §. 4. Si auro & argento facto per fideicommissum relicto, mora interuenerit, an vsurarum æstimatio facienda sit, tractari solet. Plane si materiam istam ideo relinquit, vt ea distracta pecuniaque, refecta fideicommissa soluerentur, aut alimenta præstarentur, non oportere frustrationem impunitam esse respondi. Quod si forte ideo relinquit, vt his vasis vterentur, non sine rubore desiderabuntur vsuræ: ideoque non exigentur.*

PErtinet hæc lex ad persecutionem fideicommissi. Et sciendum est, regulariter in fideicommissariam hereditatis restitutionem fructus vel vsuras non venire hac ratione, quia qui rogatur hereditatem restituere, id tantum videtur rogatus reddere, quod hereditatis fuit. fructus autem vel vsuræ non hereditati, sed rebus ipsis, vel nominibus accepto feruntur, *l. in fideicommissaria, ad Treb.* fideicommissum est de hereditate: in hereditate non sunt fructus vel vsuræ. Ergo fideicommisso non continentur, ac proinde restituendi non sunt fideicommissario. Verum quamuis non sint restituendi, tamen heredi imputantur in id, quod defunctus debuit, adeo vt eos non possit deducere in ponenda ratione legis Falcidiæ, veluti si fructus debitum æquauerit, *l. cum pater §. Titio, de leg. 2. l. 9. quod de bonis §. fructus, ad l. Falcid.* Heredi enim imputantur in Falcidiam, hoc est, submouent Falcidiam, si tantum sit in fructibus, quantum quartæ facit, & quartæ fructus, vt si ex hereditate percepti sint fructus iure hereditario, hoc est, ex iudicio defuncti vel tacito, puta ante diem fideicommissi cedentem: nam qui diem apposuit fideicommisso, sane voluit, vt ante eum diem fructus perceptos sibi haberet heres: vt sibi igitur haberet iure hereditario, & consequenter sibi eos imputaret in Falcidiam. Nam quodcunque iure hereditario capitur, in Falcidiam imputatur, *l. quod autem §. 4. & l. in quartam, ad l. Falcid.* Ergo heres fructus imputat in Falcidiam, quos cepit iure hereditario ex iudicio defuncti, puta ante diem fideicommissi cedentem, non etiam, quos percepit negligentia fideicommissarij non petentis fideicommissum, puta ex puro fideicommisso: vel post diem fideicommissi cedentem ante moram, *l. mulier §. si heres, ad Treb.* Non imputat etiam fructus heres, quos iure dominij proprio percepit, veluti ex re sua propria, quam defunctus legauit, quoquo tempore eos perceperit, quia nunquam percipiuntur iure hereditario, sed iure proprio quasi ex re sua, non veniunt à defuncto, *l. 24. §. vlt. ad l. Falc.* Notandum etiam, filios heredes institutos, nullos fructus imputare in Falcidiam, nec eos quidem, quos percipiunt ex iudicio defuncti ante diem fideicōmissi. Filijs hoc datum ex *l. iubemus, C. ad Treb.* Et quidem filiis solis, nō sequentibus liberis, liberis primi gradus non sequentibus, vt indicat *d. l. iubemus §. vlt.* ante quam etiam filij fructus imputabant in Falcid. *l. Pap. §. vnde, de inoff.* imputabant etiam in dotem, vt in specie *l. mulier §. cum proponeretur, ad Trebell.* Vnde argumento *d. l. iubemus*, posset tentari hodie, filios nec in dotē fructus imputaturos, vel in donationem propter nuptias. Cæterum fructus fideicōmissario non sunt restituendi. Et hæc est regula, quam proposui initio. Habet hæc regula multas præscriptiones. Prima hæc est, vt sint restituendi fructus fideicommissario supplendi fideicommissi gratia, vt in specie *l. scribit, & l. ita tamen §. heres, ex esse, ad Trebell.* quam speciem vobis excutiendam relinquo. Secunda præscriptio hæc est, vt locus sit regulæ in fructibus immaturis, vel qui sati & percepti sunt post aditam hereditatem, & in vsuris nominum ab herede contractorum post aditam hereditatem. hi vel hæ non restituuntur. Sed qui erant maturi fructus mortis tempore vel ab ipso testatore percepti iam, & in horrea reconditi quasi hereditarij, vt similiter vsuræ nominum in hereditate relictorum, in fideicommissaria hereditatis restitutione veniunt *l. 9. ad l. Falcid. l. 24. de vsuf. leg. & l. centurio, de vulg. subst.* Tertia præscripto hęc est, vt restituendi sint fructus ex tēpore moræ, si heredis mora intercesserit, in *d. l. in fideicommissaria, & l. ita tamen §. 1. l. postulante §. pen. & vl. ad*

*& vlt. ad. Trebel.& d.l.*14. Nam constat fructus vsuras, & commoda omnia ex mora venire in persecutionem fideicommissi, quod obtinere etiam diximus in omnibus actionibus arbitrariis, quarum instar obtinet persecutio fideicommissi, vt scil. ex mora veniant fructus, & cæteræ cessiones, vel ex lite contestata, si nulla ratio litigandi fuerit, nec heres ante litem fecerit moram, vel etiam si fuerit ratio litigandi, si fecerit moram post condemnationem, quia hæc mora retro agitur ad tempus litis contestatæ vsque ad condemnationem. Et hac in re dicebam distare arbitrarias actiones ab actionib. strictis & bonæ fidei. Et breuiter constituebam, hanc esse differentiam, vt in arbitrariis fructus veniant ex mora, vel ex lite contestata secundum superiorem distinctionem: in strictis, vt fructus veniant ex lite contestata, etiamsi mora litem præcesserit; in bonæ fidei, vt fructus veniant etiam ante moram, & ante litem contestatam. Atque ita non est perpetuo verum, quod plerique scribunt, actiones arbitrarias imitari actiones bonæ fidei. Quomodo? non imitantur actiones bonæ fidei, sed strictas potius, quod maxime notandum. Primum hæc sit differentia inter arbitrarias & bonæ fidei quam modo exposui circa fructus. Deinde quod actioni bonæ fidei insint exceptiones omnes, & quasi insint, intelliguntur semper & supplentur officio iudicis, *l. huiusmodi* §. *qui seruum, de leg.* 1. *l.* 3. *de resc. vend. l.* 1. §. *si oneranda, quar. rer. actio non det.* Actionibus arbitrariis nulla inest exceptio, nec omissa suppletur officio iudicis, *l. Pap. de Pub. in rem act.* Item in actionibus arbitrariis non exigitur cautio ante diem, cum quid debetur in diem, & singularis est casus *l. grege* §. *pen. de pignorib.* quia præsens debitum erat: quod si esset in diem vel conditionem, nec cautio interponeretur. In bonæ fidei iudiciis cautio exigitur ante diem, *l. in omnibus, de iudic.* item in arbitrariis nunquam datur cautio, de qua in *l. etsi, de re iudic.* sed in bonæ fidei tantum actionibus. Et imitatur sane actio arbitraria strictam magis actionem, quia & ipsa origine est stricta, nec media est inter strictam & bonæ fidei, sed strictæ proximior, vel strictæ species vna. Quarta præscriptio hæc est, & notissima omnibus, vt fructus restituendi sint fideicommissario & vsuræ, si nominatim à testatore relicti sint, & specialiter, vel si cum incremento iusserit fideicommissum præstari, cum omni causa incrementi, hoc est, cum commodis omnibus medij temporis, cum interusurio, *d. l. in fideic & l. facta* §. *si heres, ad Trebell. l. si ita relictum* §. *Pegasus, de legat.* 2. Quinta præscriptio hæc est, vt etiam si fructus nominatim relicti non sint, vel vsuræ restituantur, tamen saltem superflui, ex tacita voluntate defuncti, vt *si rogauerit heredem post mortem suam restituere, quod ex hereditate superfuerit*, quia hæc verba, *quod ex hereditate superfuerit*, demonstrant, mentem hanc fuisse defuncti, vt restitueret etiam fructus superfluos, & vsuras nondum exactas, hoc est, vt contentus esset deminutione medij temporis, quam illa verba permittunt, sed moderatur ita legibus, vt fiat ea deminutio bona fide, & arbitrio boni viri, id est, pro rata bonorum omnium testatoris & heredis, vt hoc loco Papiniani, & nos exponemus in *l. Titius, ad Trebell.* Et hodie ex *Nou.* fieri potest quacunque ex causa, vsque ad quadrantem. Dodrans demum consumi potest impune, & satis est, fideicommissario seruari quadrantem. Voluit igitur testator, qui ita reliquit fideicommissum, vt esset contentus deminutione medij temporis, quod hæc verba ei permittunt, *& quicquid superesset, id omne vt plenissime restitueret.* Quare restituet etiam fructus superfluos. Et hoc est, quod ait §. *nonnunquam.*

Obstat vehementer *l. deducta* §. *pen. ad Trebell.* quæ est etiam eiusdem Papin. *si heres rogatus sit restituere, quod ex hereditate superfuerit, cum moreretur, non videtur rogatus,* inquit, *restituere fructus superfluos.* non restituet igitur fructus superfluos lex *deducta* est ex *lib. resp.* vt Scæuola, ita & Papin. quod scribit lib. Quæst. idé solet reponere lib. Quæst. Papin.

A Resp. at in hac specie non idem, sed omnino contrarium reponit. Et sane Papinianus sublata negatione scripsisse videtur, *videtur rogatus fructus superfluos, &c.* Neque hoc vero est verius quicquam, & ratio, quam subijcit, hoc demonstrat, *quia*, inquit, *ea verba fideicomissi deminutionem admittunt, &c.* id est, permittunt interim heredi deminuere fideicommissum, *fructuum autem additamentū non recipere*, quid hoc est, nisi ea verba non pati, vt fructus sibi habeat heres, qui supersunt, nec restituat fideicommissario? Ergo deminuere quidem potest, sed fructus superfluos retinere non potest; imo restituere debet fideicommissario simul cum hereditate. Nam & eodem modo, inquit, in *hac l. Pap.* in causa fideicommissi non esse bona deminuta, sed fructus superfluos esse, id est, ea verba, fructus non adiicere heredi superfluos: superflui igitur fructus restituendi sunt, quando heres rogatus est restituere quod ex hereditate superfuerit. Aliud dicitur, quod

B etiam valde notandum est, si rogatus sit restituere *quod ex hereditate ad eum peruenerit*: nam huiusmodi fideicommisso, nec superfluifructus continentur optima ratione, quia ea verba non permittunt deminutionem fideicommissi, cui non licet deminuere, licet fructus retinere: vt contra, cui licet deminuere, non licet fructus retinere superfluos. Et hoc ostenditur in *l. heredes, in princ. ad Trebell. l. quod his verbis, de leg.* 3.

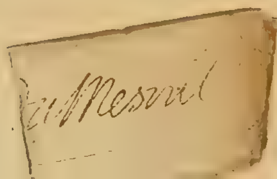
Neque huic dicto quicquam refragatur *l. Ballista, ad Trebell.* Nam vt antea ostendi, missis innumeris solutionibus interpretum, testator quod ex hereditate ad heredem peruenerit, id voluit restitui, sed non ex fideicom-

C misso, sed ex cautione conuentionali, ex stipulatione, quandoquidem non rogauit heredem vt quidquid ad se ex hereditate peruenisset, restitueret, sed vt caueret illi, se restituturum, quæ stipulatio cœpit incrementum fructuum, quod id egisse contrahentes intelligantur, *l. pecunia*, §. 1. *de verbor. signif.* Plenior est stipulatio, quæ geritur inter duos quam fideicommissum. Et eadem ratio *l. pater* §. *vlt. de leg.* 3. vt expos. sup. lib. *ad l. vnum ex fam.* §. *vlt de leg.* 2. Sexta & vltima præscriptio hæc est, vt restituantur fructus ex tacita voluntate, licet eos non reliquerit nominatim, & non tantum superflui fructus, sed præteriti omnes, quos perceperit heres, etiamsi rogatus sit, quod ex hereditate ad eum peruenerit, vt puta, si testator distulerit præstationem fideicommissi fideicom-

D missarij contemplatione & gratia, vt si filio suo impuberi fideicommissum hereditatis reliquerit in tempus pubertatis, aut in tempus legitimæ ætatis, dum scilicet non vult tutori committere bona sua, & mauult ea committere propinquo aut amico, vt non tantum ea bona, sed fructus etiam omnes temporis intermedij seruet filio suo, quoad peruenerit ad iustam ætatem, & poterit ipsemet sua bona administrare. Hæc prouidentia testatoris facit, vt heres nihil possit retinere præter Falcidiam, aut ne Falcidiam quidem hodie, si prohibeat eam testator, & hæc est sententia *d. l. si ita relictum* §. *Pegasus, de leg.* 2. Et multo magis §. *cum Pollidius, h. l.* mulier, quæ filium habebat, propinquum suum heredem scripsit, & eum rogauit, vt quod ex hereditate sua *ad eum peruenisset, cum certam ætatem complesset* (quia tempore testa-

E menti erat impubes) & quod plus est, adiecit nominatim mater, hoc sibi placere, ne res filiæ committerentur tutoribus, (quod est lubricum & periculosum, & vt committerentur potius necessitudini suæ, propinquitati, fidem habere magis propinquo, quam tutori. Ac præterea iussit, propinquum heredem institutum sibi retinere fundum, quem imputabit in Falcidiam, si Falcidia interueniat. Ergo duplici ratione propinquus restituit filiæ fructus omnes, etiam anterioris temporis, quoniam scilicet voluit vt esset contentus fundo, & quia palam declarauit, se differre fideicommissum gratia filiæ ob lubricum tutelæ, quod tutelæ administratio sit facillima ad lapsum seu labem. Duplex est ratio, sed altera sufficeret: meliori loco voluit

Qq



mater rem filiæ esse, quam si tutoribus tradita esset: hi porro fructus seruassent filiæ. Ergo & heres eos debet seruare filiæ. Et ita iudicarunt præfecti prætorio, ad quos fuerat appellatum; illo tempore habebant Imperatores plures præfectos pro arbitrio eorum) his, inquam, præfectis prætorij cognoscentibus hac de re, Papinianus ait, se suasisse, heredem debere restituere fructus omnes præteritos, quod belle etiam confirmat lex *liberto* §. *scrib. de adim. leg.* Et eadem est ratio *l.* 2. §. *vlt. de dote præleg.* vbi voluit, mulierem esse contentam dote, quam ei legauit tantum pro dote. Qua de causa ex eo, quod est supradictum, ea mulier onerata fideicommisso, ne fructus quidem retinere potest, quia voluit, vt esset contenta dote sua, vt hoc loco voluit, heredem esse contentum fundo. Et hoc est, quod ait in B §. *cum Pollidius.* Et notandum hoc loco retentionem esse prælegationem. §. *vlt.* iam exposui ad *l. cum in rem, de rei vind. hoc lib.*

Ad l. Procula 26. de probat.

Procula magnæ quantitatis fideicommissum à fratre sibi debitum post mortem eius in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diuerso autem allegaretur, nunquam id à fratre, quamdiu vixit desideratum, cum variis ex causis sæpe (in) rationem fratris pecunias ratio Proculæ soluisset. Diuus Commodus cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum.

De persecutione fideicommissi est etiam lex Procula. Ex cuius verbis apparet, in ea proponi decretum vnum Commodi Imperatoris, sane quam æquissimum, & quod sæpe vsuuenire potest. Plerumque quodcumque peti potest, etiam compensari potest, id est, seruari iure compensationis, *l. in reb.* §. *vlt. commod.* nisi petitum perimi possit per exceptionem peremptoriam, *l. quæcunque, de compensat.* Quia nec videtur peti posse, quod facile potest exceptio elidere vel eludere: nec mirum, si quæ peti possunt, etiam compensari possunt: nam aliquando, & quæ peti non possunt, saltem compensari possunt, veluti debita naturalia, *l.* 6. *de compensat.* Et ex diuerso etiam quandoque quæ peti possunt, compensari non possunt, verbi gratia, mecum agente aliquo depositi non possum compensare, quod is mihi vicissim debet ex alia causa. Hic est fauor depositi, vt eius restitutionem nec compensatio retardare possit, vel impedire, & tamen id quod mihi vicissim debet, ab eo possum petere. Ergo quod possum petere, non possum compensare, *l. qui inuicem, de cond. indeb. l.* 13. *C. de compensat.* Quia vero plerumque quod peti potest, & compensari potest, & fideicommissum peti potest, ergo & compensari potest. Hoc cognito fac ita esse: frater sorori debuit fideicommissum magnæ quantitatis, quod ad rem maxime facit. non fuit exiguum aut modicum, sed amplum & grande. Illa autem cum fratre sæpe rationem habuit ex variis contractibus, & nunquam reputauit, vel compensauit fideicommissum, quod ei debebat frater, nunquam habuit rationem fideicommissi, E quantumuis licet ampli: sed quod apparebat ex ratione accepti & expensi eam debere, soluit sæpius fratri interim & parem rationem fecit. Nunc mortuo fratre, cum ex rationibus & negotiis cum eo habitis aliquid resederit, agentibus cum ea heredibus fratris, obiicit compensationem fideicōmissi sibi à fratre debiti, quam nunquam in retractandis rationibus obiecerat fratri. Quæritur an sit audienda? Et refert Papinianus, Imperatorem Commodum decreuisse, non esse compensationi locum, quod fideicommissum soror fratri tacite videretur remisisse, fideicommissi petitioni obstare exceptionem tacitæ remissionis, taciti pacti de non petendo fideicommisso, & quæcunque exceptione elidi possunt, A nec veniunt in compensationem. Placet valde decretum: ex quo possunt multæ quæstiones dirimi, vt quod fratri defuncto, vel alii coniunctæ personæ debitum magnæ quantitatis reputare neglexi sæpius, cum eo habens rationem ex variis causis, non possim etiam reputare heredi eius. Obseruare vos oportet necessario, has omnes circunstantias, crebras solutiones, crebras variationes, crebro omissam compensationem fideicommissi, fideicommissum magnæ quantitatis, & rationes gestas inter fratres. extra has circunstantias non est huic decreto locus. Itaque nihil obstat *l. si cum dos, in prin. rer. amot.* Si diuortio facta mulieri agenti de dote vir soluerit dotem, nec opposuerit compensationem ob res amotas diuortii causa à muliere, nec protestatus sit se acturum rerum amotarum, non ideo habet maritus actionem rerum amotarum post solutam dotem integram, quia scil. eam actionem remisisse non videtur; nec ideo minus compensationem opponere potest ob res amotas ex alia causa agente muliere. Et ratio hæc est: quia semel tantum muliere agente de dote compensationem omisit, qui etsi eam per errorem omiserit, eo nomine agere potest condictione quasi indebita dote soluta, *l.* 1. §. *pen. de imp. in res dot. l.* 10. §. 1. *de compensat.* In specie huius legis, soror sæpius omisit compensationem fideicommissi, & vltro citroque habita inter eam, & fratrem sæpius ratione vniuersa omnium nego- C tiorum, quæ habuerant inuicem, in eam fideicommissum nunquam deduxit, quod vtique cum esset magnæ quantitatis, deduxisset, si id fratri remittere noluisset. Ex eo sumitur per quam idonea coniectura, & certissima tacitæ remissionis: non minus valent tacitæ pactiones, quam expressæ, *l.* 2. *de pact.* remissio, pactio est. Solet etiam opponi huic decreto lex *libertis* §. 1. *de alim. leg.* Libertis relictum est fideicommissum: hi cessauerunt in petitione fideicommissi, quia neque id petiuerunt ab herede, neque ab herede heredis, quæritur, an possint petere à nouissimo herede? Et ait posse, quod est verissimum, etiamsi decem annos inter præsentes cessauerint, quia persecutio fideicommissi est perpetua, nec perimitur nisi triginta annis, *l. quæ fideicommissa, de leg.* 2. habetur D enim instar actionis in personam, actio autem in personam non finitur longo tempore. Vnde, vt respondeam, ita distinguo: ex solo tempore, quo cessauit fideicommissarius, ex cessatione sola, vt tarda petitione non induci remissionem fideicommissi, ex ratione sepe tractata cum herede debitore fideicommissi, & in ea re nunquam deducto amplo fideicommisso, quod tamen erat dignum deducere, si id noluit remittere heredi, nec facile sumere argumentum remissi fideicommissi. Opponitur lex *Titio, de obl. & act.* debes mihi pecuniam ex causa iudicati, necdum soluisti, & ego certam pecuniam credo mutui nomine, qua de tu cautionem seu chirographum emittis, in quo non facis commemorationem pecuniæ, quam mihi debes ex causa iudicati non dicis præter pecuniam debitam ex causa iudicati, te debere tot nummos, an ex causa crediti, *an omissa commemoratio prioris debiti mihi nocere potest? an vero integræ mihi sunt vtræque petitiones?* Et ait, esse integras: commemorationem omissam nihil nocere, quod est æquissimum: nam & commemoratio facta prioris debiti nihil prodest, id est, non habet vim obligationis, nisi probetur vere debitum fuisse, *l. vlt., hoc. tit. & Nou.* 119. Lex *Titio* igitur est de omissa commemoratione antiquioris debiti, nos loquimur de omissa compensatione semel atque iterum, & cōpensatione magnæ pecuniæ, & de ratione habita cum propinquo: nam omnes has circunstantias concurrere opportet, vt sit decreto locus. Nec abs re dixit, fideicōmissum fuisse magnæ quātitatis, quia non videtur in rationem omisisse magnam quantitatem, nisi qui eam remittere voluit. Obseruandum est, quod ait, ex eo decreto quasi tacite fideicommissum fratri remissum fuisse: quibus verbis hoc significatur, quia dicit,

quaſi videri ſororem, quæ ſciens ſoluit fratri, quod debebat donaſſe fideicommiſſum, quod ei debebat frater. Quod & Græci expreſſius demonſtrant, dum inquiunt, videri ſororem remiſiſſe fratri κατὰ χάριν, *pour l'amour de luy.* Præſumi igitur fideicommiſſum eſſe remiſſum: nam verbum *quaſi* aut *videri,* præſumptionem ſignificat *hoc tit.* qui tit. eſt *de probationibus & præſumptionibus.* hæc lex pertinet ad præſumptiones, non ad probationes, qua de cauſa probatio poteſt admitti in contrarium, puta ſororem ſoluiſſe, quod debebat, ſoluiſſe fratri quod debebat, non remittendi fideicommiſſi gratia, quod ei debebat frater, ſed, *vt* Græci aiunt, plenæ fidei exhibendæ gratia, *elle l'a voulu payer entierement.* Nam in partem, à qua eſt præſumptio, licet alteri parti afferre probationem contrariam, *l. generaliter §. ſi petitum, de fideicom. libert. l. vlt. in pr. quod met. cau.* Et eadem ratio interuenit in ſpecie *l. qui* B *fundum §. ſeruus, pro empt.* Species hæc eſt: ſeruus meus, qui peculium habebat, mandauit Titio, vt fundum emeret peculiari nomine. Titius fundum emit, & mox manumiſſus eſt ſeruus adempto peculio, ita vt eum jam non poſſit ſequi peculiaris obligatio. Titius tamē ſeruo tradidit fundum, exiſtimans ei fuiſſe conceſſum peculiū, quæritur, an poſſit manumiſſus ſeruus vſucapere fundū? reſpondet non poſſe, quia ſcit aut ſcire debuit, ſibi ademptū eſſe peculium, atq; ita putauit, ſe eſſe creditorem, & adēpto peculio deſierit eſſe creditor, & in iure nihil refert ſcierit quis, an ſcire debuerit, *l. 1. §. pen. de ædil. edict. l. Iul. § quod autē, de act. emp. l. ſi duo, de acqui. hered. l. pen. ad Maced. & l. 48. de fideic. libert.* Quid autem erit, ſi Titius, qui manumiſſo fundū tradit, ſcierit manumiſſo ademptum eſſe peculiū? Hoc caſu intelligēdus eſt, inquit, hoc eſt, videtur ſeruo eum fundum donaſſe potius, quam indebitū ſoluiſſe: præſumitur eſſe donatio. Ergo contra hanc præſumptionē probatio recipi poteſt. ſi ſit paratus probare, ſe ideo tradidiſſe fundum manumiſſo, quod etſi nullū ius ei competeret, nulla obligatio, tamen ipſe eſſet auctor emptionis, quia mandauerat emi eū fundū, & vt de manu ſerui potius quā de ſua dominus fundum acciperet. hoc niſi probetur, valebit præſumptio donationis. At cōtra in *l. cuius, de reg. iur.* quæ nō omnino bene cōmiſcetur cū ſpecie *d l. qui fūdū, §. ſeruus,* dicit donationē eſſe ſi quis ſciēs indebitū ſoluerit, nō dicit donationem eſſe videri, ſed donationē eſſe abſolute. Si quis ſciens indebitū ſoluerit, indebitū autem eſt, quod compenſatio cōſumit, vel minuit fit enim ipſo iure in omnibus iudicijs, *l. priuſquam, C. de cōpenſ. l. iniquam, de admin. tut. l. vnum ex fam. §. ſed ſi vno, d. l. de leg. 2.* vbi dicimus, donationē eſſe, nec dicimus videri. Nō admittitur probatio in contrarium, ſed regula illa *l. cuius,* accipienda eſt de eo, qui ſoluit indebitū, nulla præcedente obligatione: hic ſane donat: ſed cui debetur ex obligationis cauſa, cui tamen poterat obiicere compēſationem, non plane donat, ſed videtur donare, & admittitur contra præſumptionem iſtam probatio.

Ad l. dolus 3. quand. ex fact. tut.

Dolus tutorum puero neque nocere, neque prodeſſe debet. Quod autem vulgo dicitur tutoris dolum pupillo non nocere, E *tunc verum eſt, cum ex illius fraude pupillus locupletior factus non eſt. Quare merito Sabinus tributoria actione pupillum conueniendum ex dolo tutoris exiſtimauit: ſcilicet; ſi per iniquam diſtributionem pupilli rationibus fauit. Quod in depoſiti actione quoque dicendum eſt: item hereditatis petitione, ſi modo quod tutoris dolo deſiit, pupilli rationibus illatum probetur.*

HVius ſumma eſt hæc: nullo iudicio teneri pupillum ex dolo tutoris. Et verba ſatis perſpicua ſunt. Proponitur initio regula iuris, dolum tutoris pupillo, neque nocere, neque prodeſſe, quæ produci etiam poteſt ad curatorem, neque eſt omiſſa in tit. *de reg. iur. l. ne-* A *que in interdicto.* In qua regula eſt concepta verbis generalibus hoc modo, *neque in interdicto, neque in cæteris cauſis,* hoc eſt, in nullis cauſis dolum tutoris pupillo nocere, quamuis tutor dicatur eſſe loco domini, hoc eſt, pupilli, in interdicto, puta, quod vi aut clam. Si quid à ſeruo pupilli, tutoris iuſſu factum ſit vi aut clam, non ipſe pupillus tenetur, ſed tutor vtili interdicto, quod vi aut clam, vel vtili actione in factum ex cauſa interdicti, *l. 11. §. ſi tutoris, quod vi aut clam.* & in interdicto de tabul. exhib. Si tabulæ, quæ apud pupillum erant, tutoris dolo deſierint eſſe, in ipſum tutorem, non in pupillum competit interdictum de tab. exhib. *l. pen. inf. de tab. exhib.* In cæteris quoque cauſis locus eſt regulæ, veluti in actione ex empto, & in actione de dolo, ſi tutor rem pupillarem vendiderit, & emptorem deceperit, ipſe tutor ſolus tenetur ex empto, vel ſi pupillus vendiderit tutore auctore, & tutor emptorem deceperit, ipſe tutor ſolus tenetur actione de dolo, non ex empto: quia ipſe non vendidit, ſed pupillus, *l. Iulianus §. ſed etiam in factum, de act. emp. l. heredib. §. vlt. de dolo.* Idem licet ponere ac ſeruari in perſecutione fideicommiſſi. Et quoniam hic liber XX. totus fere eſt de fideicōmiſſis, ideo videtur Papinianus, quæ ſunt in hac l. ſcripſiſſe ad perſecutionem fideicommiſſi, & poteſt poni exemplum commodiſſime. Heres rogatus reſtituere hereditatem poſt mortem ſuam, vel in aliam diem tenetur fideicommiſſario, ſi quid dolo eius, aut lata negligentia interim ex hereditate deperierit, *l. mulier, §. ſed eum, ad Treb. l. domus, l. ſeq. de leg. 1.* ſed pupillo rogato reſtituere hereditatem: ſi quid dolo tutoris C ex hereditate deperierit, ea res nihil pupillo nocere debet. Idemque procedit in actione tributoria, ſi ſeruus pupilli negotiatus ſit in merce peculiari ſciente tutore, & is ſeruus debeat aliquid pupillo domino ſuo, & agentibus creditoribus mercium, tutor inter pupillum ſuum & creditores mercium, iniquam diſtributionem faciat mercium dolo malo, ea res nihil nocet pupillo, hoc eſt actione tributoria tenetur tutor, non pupillus, *l. 30. §. ſi ſeruis, de tribut. act.* Actio tributoria emendat iniquam diſtributionem, vt hæc lex indicat in illo loco, *per iniquā diſtributionem,* propter quam datur actio diſtributoria, quæ eſt actio iniquæ diſtributionis. Quod etiam oſtendit *l. 4. & 5. in pr. l. 7. l. 8. l. vlt. eod. tit. & §. introduxit, Inſt. quod cum eo qui, &c.* Et idem etiam hæc lex indicat procedere D in actione depoſiti, ſi res depoſita apud pupillum dolo tutoris interierit: id enim pupillo nihil nocere oportet; & in petitione hereditatis, ſi quid ex hereditate dolo tutoris pupillus deſierit poſſidere, ſi quid ex hereditate tutor dolo malo deminuerit, corruperit, perdiderit, quod etiā trahi debet ad actionem in rem ſpecialem. Igitur plane cernis, in omnibus iudicijs hanc regulā obſeruari, ne dolus tutoris pupillo noceat. Et quod plus eſt, adijcitur in *d. l. neque interdicto, de regul. iuris.* huic regulæ locum eſſe, vt dolus tutoris non lædat pupillū, ſiue ſoluendo eſt tutor, ſiue non. Nā etiamſi tutor ſit ſoluendo, ſi ſit idoneus & locuples, ita vt quod ex dolo eius conuentus pupillus præſtiterit, poſſit ab eo cōſequi & ſeruare ſibi, nō ideo magis tenebitur ex dolo tutoris, quia ſcilicet, quod ſoluerit ex dolo tutoris, poteſt recipere à tutore, qui eſt ſoluēdo, *l. minoribus, de minorib.* Intereſt pecuniam retinere potius, quam ſolutam repetere, *l. quod debetur, de pecul.* vel maxime propter incertum euentum litis, *d. l. nunquam.* Sed huic definitioni obiiciuntur multa, in quibus laborant interpretes, & vix quicquam poſſis haurire purū ex illis. Primū obſtat huic ſententiæ, *l. 1. §. hoc edicto, ff. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ.* vbi ſi dolo tutoris factum ſit, vt miſſus in poſſeſſionem bonorum pupilli ex decreto prætoris, arceretur poſſeſſione, dicitur pupillum teneri interdicto illo, ne vis fiat, &c. vel actione in factum ex cauſa interdicti, ſi modo tutor ſoluendo ſit. ergo regulam ceſſare, ſi tutor ſoluēdo ſit, id eſt, ſi quod ſoluerit propter dolū ſui tutoris, pupillus id ab eo ſeruare poſſit. Et ita *l. 1. h. t.* ex Pō-

ponio, quod notandum dixi, ob dolum vel culpam tutoris pupillum teneri actione in rem, vel petitione hereditatis, si tutor soluendo sit, hoc est, si rem à tutore seruare possit, non quidem, quanti actor in litem iurauerit, sed quanti res est, hoc est, in æstimationem litis. Et ita ex eodem Pompon. Vlpianus refert in *l. summa*, § *si de dolo, de pecul.* si dolo tutoris factum sit, quo minus quid in peculio esset, pupillum teneri de peculio, si tutor soluendo sit. Quod & similiter ex eodem Pompon. proditum est in actione tributoria in *l.* 3. §. *si seruus, de tribut. act.* Vtroque loco in vtramque rem Vlpian. vtitur etiam auctoritate Pompon. *ex lib.* 8. *epist.* Et frustra adiicit Vlpian. in *d. l. summa* §. *si dolo.* maxime, si quid ad eum pupillum peruenerit. Nam etiamsi ex dolo tutoris nihil ad pupillum peruenerit, locus est sententiæ Pomponii, vt teneatur pupillus, si tutor sit soluendo. Sed Vlpianus in *d. l.* 3. §. *si seruus,* sententiam Pomponii ita moderatur siue interpretatur, vt ex dolo tutoris, qui soluendo est, pupillus in hoc tantum teneatur, vt cedat actionem, quam aduersus tutorem habet, non etiam, vt damnum actori præstet, siue litis æstimationem, quæ tamen mens non fuit Pomponii. Nam Pomponius existimauit tutore existente soluendo, ex dolo eius pupillum conueniri posse in litis æstimationem, vt in petitione hereditatis idem Pomponius palam definit in *l. vlt. de admi. tut.* In quam actionem constat venire non tãtum, quod possessor dolo desiit possidere, sed quod culpa, *l. sed etsi*, §. *quod ait, de petit. heredit.* & in *d. l. vlt. de admin. tut.* siue dolo, siue culpa tutoris, pupillus ex hereditate aliquid desierit possidere. Pomponius verum esse ait quod Aristo dicebat, pupillum teneri in æstimatione litis, quando tutor est soluendo; quod si tutor non sit soluendo, tunc ait pupillum liberari cedendo qualemcunque actionem, quam habet aduersus tutorem, licet inanis sit actio eo tempore propter inopiam tutoris, sed ditescet forsitan quãdoque. Qualiscunque cessio etiamsi sit inanis, in præsentia pro satisfactione est, quod maxime notãdum ex *l. Titio fundus, de condit. & demonstrat.* Ergo mittamus complexiones, & ambages omnes, & ita concludamus, verissimum esse Aristonem & Pomponium distinxisse, soluendo esset tutor, an non, & ex dolo tutoris, qui est soluendo, actionem dedisse in pupillum. Sed hæc sentẽtia Pomponii non obtinuit, & eam quasi velamento quodam excusauit aperte Vlpian. in *d. l.* 3. §. *si seruus.* Nam verius est, ex dolo tutoris pupillum non teneri, siue tutor soluendo est, siue non. Vnus tãtum casus excipitur, qui explicatur in *hac l.* 3. si ex dolo tutoris pupillus locupletior factus sit: Nam tunc pupillus tenetur in id quod ad eum peruenit, in id, quo locupletior factus est, & tenetur indistinctè ex ea causa, siue tutor sit soluendo, siue non sit, *l. Iulianus*, §. *sed cum in factum, de actio. emp. l. sed & ex dolo, de dolo. l. apud Celsum* §. *illa quæstio, de doli except.* Tenetur, vt ait hoc loco Papin. in id, in quo tutor pupilli rationibus fauit. Sane per tutorem fauetur pupillo, *d.* §. *in illo, inf.* In hoc instituitur tutor, vt faueat pupillo. Verum exigitur, vt ei faueat sine detrimento, sine fraude, bona fide. tutoris est fauere pupillo, dum tamen, ne cui alii noceat dolo malo: Nam non licet tutori, quod nec pupillo liceret doli capaci. Et aliter ait Papin. in hac l. ex dolo tutoris pupillum teneri in id, quod rationibus pupilli illatum probatur, *l.* 4. *de euict.* in id, quod pupilli rationib. acceptolatum est, *iusqu'à la concurrence de ce qu'il aura receu par la reddition de compte.* Extra hanc causam dolus tutoris nunquam nocet pupillo, siue tutor soluendo est, siue non est. Et hoc est, quod subiicit *l.* 4. *h. tit.* extrinsecus, hoc est, extra istam causam videlicet, si factus sit pupillus locupletior ex fraude tutoris, si quid tutor admiserit dolo malo, id nihil nocere pupillo. Istius igitur regulæ vna tãtum est exceptio: nam altera, quam adiiciebat Pomponius non obtinuit. Non est illud omittendum, vbi non interuenit dolus tutoris, sed bona fide res gesta est nomine pupilli, teneri pupillũ non tãtum in id, quo locupletior factus sit, sed etiam in

A solidum, etiamsi nihil ad eum peruenerit ex negotio bona fide cõtracto, *l.* 4. *D.* §. 1. *de euiction. l. cum plures* §. 1. *de admin. tut.* Et hoc, vt ita seruetur, ipsius pupilli magnopere interest: nemo enim vellet cum tutore negotiari, si contractus habiti à tutoribus bona fide non obligarẽt pupillum in solidum: sed de his quæ gessit bona fide, non est lex: quæstio tantum est de gestis dolo malo.

Ad l. 70. de leg. 2.

Imperator Antoninus rescripsit, legatarium, si nihil ex legato accepit, ei, cui debet fideicommissum, actionibus suis posse cedere: nec id cogendum soluere. Quid ergo, si non totum, sed partem legati relicti restituere rogatus, abstinuit eo? vtrum actionibus suis in totum cogetur cedere, an vero non nisi ad B *eam quantitatem, quæ fideicommisso continetur? quod ratio suadet. Sed etsi legatum perceperit, non amplius ex causa fideicommissi cogendus erit soluere, quam recepit.*

PRima quæstio hæc est, quatenus legatarius, à quo fideicommissum relictum est, fideicommissario teneatur? Heres qui adiit, legatariis aut fideicõmissariis, omnimodo tenetur salua Falcidia. Legatarius autem fideicommissario omnimodo non tenetur, etiamsi legatum agnouerit & acceperit. Porro à legatario legatum relinqui non potest: fideicommissum potest, vt in *Inst. de singul. reb. per fideicom. rel.* Ideoque ita quæstionem instituimus: quatenus legatarius fideicommissario teneatur, cui scil. à legatario alteri fideicommissum relictum est? Et distinguitur hoc modo: aut legatarius accepit legatum, C aut non accepit. Et rursus, si non accepit, aut eo se abstinuit, neque id repudiauit, sed cum id petiisset per iudicem, superatus est sententia iudicis, absoluto herede: si abstinuit se legato, casus proponitur in hac lege ex rescripto Imp. Antonini, nec dum ex eo quicquam accepit, aut accipere voluit, sane fideicommissarius fideicommissum, quod ab eo relictum est, soluere non cogitur, nec debet, quia, vt ait *l. fideicommissum, ff de leg.* 1. fideicommissum, quod à legatario relinquitur, ita demum ab eo debetur, si ad eum peruenerit legatum. Si igitur non peruenerit, non debet. Verum enimuero tenebitur in hoc, vt cedat actionem legati sibi competentem, actionem ex testamento aduersus heredem scriptum, vt eam, inquam, cedat fideicommissario, vel ei, D cui fideicommissarius voluerit, vt est in *l. filius* §. *vlt. de fideicommis. libert.* Iure actionis cessæ fideicommissarius persequetur legatum, & sibi retinebit iure fideicommissi, quando scil. id legatum heres spernit & respuit. Ergo qui abstinet se legato, qui legatum accipere non vult, non amittit actionem legati. Argumentum certissimum non amissæ actionis, est cessio. ita est omnino, nisi à petitione sua heredem liberauit, *l. Titius, de action. emp.* per acceptilationem, vel vt olim fiebat, per æs & libram. Et consequenter hoc casu heres, cum teneatur legatario, à quo non est liberatus, licet legatarius se abstineat legato, non est æquum, vt etiam teneatur fideicommissario directa actione, quod sc. legatum apud eum remaneat, nisi sc. legatarius cesserit suam actionem. tunc e- E tiam heres, apud quem legatum remanet, cõueniri potest à fideicommissario, ac si ei legatum esset ab herede relictum: forsitan & non interueniente cessione legatarii, potest heres à fideicommissario conueniri vtili actione, vt Bartolus sẽsit in *l.* 8. §. *cæptum, h. tit.* rectissime, vt opinor: nam hoc bellissime cõprobari potest ex *d. l. Titius, de act. emp.* Ex qua efficitur, legatũ, quo se abstinuit legatarius, remanere apud heredem cum onere fideicommissi, cum onere fideicõmissariæ libertatis, quia sc. vel vtili actione tenetur fideicõmissario. Idemque erit omnino, si legatarius legatũ petierit per iudicem, & non exegerit superatus sentẽtia iudicis: Nam & hoc casu nõ cogetur soluere fideicõmissario, qui de legato litem amisit, quia litis periculum non pertinet ad legatarium, nisi dolo eius aut cul-

pa lis perierit. Dolo, vt ſi cum herede egerit luſorie, culpa, vt ſi imprudẽs plus petierit, & cauſa ceciderit. ſi abſit dolus & culpa, periculũ litis non pertinet ad legatarium, ſed ad fideicommiſſarium: & ideo non cogitur ei ſoluere fideicommiſſum, ſed liberatur cedẽdo actionem legati, *l. 8. tit. ſeq.* Nam ſententia iudicis non perimitur actio, ſed actioni obiicitur exceptio rei iudicatæ, quæ tamen non obiicitur fideicommiſſario facto procuratori in rem ſuam: quia & ſine ceſſione habiturus erat aduerſus heredem ſcriptum actionem vtilem, quia alia res eſt, vel alia res facta videtur, aliaque lis interueniente procuratore in rem ſuam, qui priori liti non interfuit. Alia eſt conditio perſonæ, quæ nunc agit, *l. an eadem, l. ſi is qui, de except. rei iudic.* Nunc de legatario dicamus, qui repudiauit legatum. Si legatarius repudiauerit legatum, videtur repudiatione amiſiſſe actiones ſuas ipſo iure, vt iam nec poſſit eas cedere fideicommiſſario. Et ſane ita eſt: differentia eſt inter repudiationem & abſtẽtionem. repudiatio fit in iure apud prætorem ſolemniter, *l. 3. & 4. C. de repud.* hereditatis abſtentio fit quoquo modo, non verbis tantum, ſed re & quocumque indicio voluntatis, ſicut recuſatio, *l. recuſari, de acq. hered, l. recuſare, ad Treb.* Ei, qui ſe abſtinuit hereditate, integrum eſt intra tempora conſtituta hereditatem adire: ei, qui repudiauit, non eſt integrum hereditatem adire citra beneficium reſtitutionis in integrum, *l. quod ſi minor §. Scæuola, de minorib. l. ſi quis ſuus, de iure delib. l. nam quod §. 1. ad Treb. l. vlt. C. de rep. vel abſt. hered.* Et ſimiliter ei, qui ſe abſtinuit legato, integrum eſt petere legatum, niſi petitione ſua heredem liberauerit, vt *d. l. Titius.* Et legatario abſtinente ſe, heres ei, cui legatarius erat rogatus reſtituere, tenetur vtili actione, vel directa, ſi ſuam ei ceſſerit legatarius, qui non liberauit heredem, ei autem, qui repudiauit legatum, non eſt integrum petere legatum. Et eo caſu fideicommiſſario, cui relictum eſt fideicommiſſum integrum, heres tenetur directa actione; heres, inquam, apud quem legatum manet, quod repudiauit legatarius, *l. 9. de vſufr. leg.* Ex quo generaliter conſtituendum eſt, quod ad effectum attinet rei, ſiue abſtentione, ſiue repudiatione deficiat legatum, id apud heredem remanere cum onere: ſicut & caduca hodie, hoc eſt, quæ erant olim caduca, vel in cauſa caduci, atque etiam iure veteri certis caſibus, apud heredem remanere cum onere: & ea tantum legata dicuntur apud heredem remanere ſine onere, quę pro non ſcriptis habentur, vt quod relictum eſt ei, qui non eſt in rerum natura, *l. vn. §. 2. verſ. ea etenim, C. de caduc. toll.* Exceptis duobus caſibus, quibus id, quod pro non ſcripto eſt, id eſt, quod deficit ipſo initio, remanet apud heredem cum onere, *l. cum vero §. ſi non pro ſcripto, de fideicom. libert. & l. vlt. de his, quæ pro non ſcriptis.* Verum ad id, quod diximus initio, quodque proponitur principio huius leg. ex reſcripto Antonini legatarium, qui ſe abſtinuit legato, cogi cedere actionibus ſuis fideicommiſſario, non cogi fideicommiſſum præſtare: Quæritur hoc loco à Papiniano, ſi legatarius rogatus ſit reſtituere partem legati, non totum, & abſtineat ſe legato, vtrum cogatur fideicommiſſario cedere actionibus ſuis in totum? an in partem tantum, quæ fideicommiſſo continetur? Videbatur in totum: quod non ſoleat ſcindi actio legati: non ſcindi legatum, ergo nec actionem legati. Sed tamen rectiſſime Papin. ait, æquius eſſe, vt non cogatur cedere actionibus ſuis, niſi ad eam quantitatem, quæ fideicommiſſo continetur, ne ſcil. plus capiat fideicommiſſarius, quam teſtator eum habere voluit. Reſidua igitur pars remanebit apud heredem, reſidua pars heredis potius lucro cedet, quam fideicommiſſarij. Atque ita propter fideicommiſſum ſcindit legatarius actionem legati, ſicut & alias propter fideicommiſſarium capacem, legatarius incapax admittitur ad legatum, vel heres ad hereditatem, *l. cogi, §. hi qui ſolidum, ad* Trebell. Et in multis aliis caſibus iuris, quod quis per ſuam perſonam non habet, habet propter perſonam alterius, *l. cum*

A *hereditate, de acquir. hered.* Et hæc quidem omnia pertinent ad legatarium, qui legatum non accepit. Quid ſi legatarius acceperit legatum, quatenus tenetur fideicommiſſario? Et conſtat, eum teneri fideicommiſſario ſoluere pro modo legati quod accepit, niſi quid amplius acceperit ex teſtamento: Neque enim fideicommiſſi nomine tenetur vltra quam acceperit ex teſtamento. Et ideo centum legatis, ſi rogatus ſit reſtituere ducenta, nec quicquam amplius ex teſtamento ceperit legatarius, quam centum, ad ſummam legati videbitur fideicommiſſum conſtituiſſe, id eſt, conſtitiſſe, id eſt, in centum tantum. Et ita ſæpiſſime Florentiæ vetere more ſcriptum eſt in libris noſtris, *conſtituere* pro *conſiſtere*, *l. 8. §. vlt. rem. rat. hab. & l. Titium §. 1. ad l. Iul. de adult. l. non dubium §. 3. de cuſtod. reor.* Salluſt. in Iugurt. *agmen conſtituit, le camp s'arreſte & ne bouge: in Bœotia copias exercitus conſtitiſſe.* Et è
B contrario etiam conſtitere eſt conſtituere, vt illo Lucretij verſu, *& quæ poſſem vitam conſtitere tutam.* Ergo legatarius oneratus fideicommiſſo, ſi velit accipere legatũ, & accipiat, computare debet quantum ſit in legato, quãtum in fideicommiſſo: heres tenetur fideicommiſſariis vltra vires hereditatis, modo ſaluam Falcidiam habeat, id eſt, quartam partem bonorum, quia videtur adeundo ſe obligaſſe in ſolidum. ſane creditoribus tenetur in ſolidum. Legatariis magis eſt vt non teneatur in ſolidum, id eſt, ſupra vires hereditatis, ſicut etiam diximus, legatarium non obligari fideicommiſſo ſupra modum legati: imo dicimus, legatarium amplius obligari, quam heredem. Nam legatarius non habet deductionem Falcidiæ.
C abſumi poteſt legatum omne fideicommiſſo, non hereditas omnis. Ergo legatarius eatenus duntaxat tenetur, quatenus ad eum peruenit. Non dico, quatenus ei legatum eſt, ſed quatenus ex legato ad eum peruenit. Quid enim, ſi non omne legatum peruenerit propter legem Falcidiam? Igitur legatarius oneratus fideicommiſſo cõferre debet quantitatem legati: ſupra quantitatem fideicommiſſi, conferre etiam & computare alia quædam debet, quæ explicabo ſeq. recitatione.

Ad §. ſi centum.

Si centum legatis duplum reſtituere rogatus ſit, ad ſummam legati videbitur conſtituiſſe: ſi autem poſt tempus fideicommiſſum relictum ſit, vſurarum dumtaxat additamentum admit-
D *tet. Nec mutanda ſententia erit, quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio conſecutus eſt, aut pœnam ſtipulationis imminentem euaſit. Hæc ita, ſi quantitas cum quantitate conferatur. Enimuero, ſi pecunia accepta, rogatus ſit rem propriam, quamquam maioris pretij eſt, reſtituere, non eſt audiẽdus legatarius, legato percepto, ſi velit computare. Non enim æquitas hoc probare patitur, ſi quod legatorum nomine perceperit legatarius, offerat.*

HEri diximus quid eſſet differentiæ inter abſtentionem & repudiationem legati, & quatenus teneretur legatarius fideicommiſſo oneratus, qui legatum non accepit, & quatenus heres, apud quem legatum remanſit, quod legatarius non accepit: Et item quatenus teneretur
E fideicommiſſario legatarius, qui legatum accepit: Vbi quod initio prælectionis non explicaui bene, hanc conſtituo differentiam inter heredem & legatarium. Legatarius non tenetur vltra vires legati quod accepit, pro viribus tenetur. in ſolidum heres, nec pro virib. hereditariis tenetur in ſolidum, quia deductionem Falcidiæ habet, quam legatarius non habet, præterquam vno caſu, quo Falcidiam heres non habet, ac præterea heres legatariis & fideicommiſſariis tenetur vltra vires ex Conſtit. Iuſt. ſi bonorum inuentarium non fecit: alioquin, ſi inuentarium fecit, legatariis & fideicommiſſariis heres non tenetur vltra vires hereditatis, *l. 1. §. denique, ad Trebell.* ne ex teſtamento quidem militis, in quo tamen Falcidia ceſſat. Creditoribus autem hereditariis certe heres qui

adiit tenetur, vltra vires hereditatis. Nullum hac in re, quod sciam, aliud est discrimen inter heredem & legatarium: Nam quod attinet ad fructus & vsuras medij temporis, idem in vtroque ius valet: nam si heres, vel si legatarius post tempus aliquod rogetur restituere fideicommissum aliquod maioris quantitatis, quam esset legatum vel hereditas, ex incremento medij temporis suppletur fideicommissum, *l. ita tamen* §. *heres ex asse*, *l. scribit, ad Treb.* Et ita heres, qui rogatus est restituere aliquid, quod est maioris pretij, quam hereditas, post tépus scil. certum, ex fructibus medij temporis Falcidiam sibi reficit, & si fructuum quantitas ferat, fideicommissum supplet *d* §. *heres.* In quo ostenditur idem esse, aut procedere in legatario: nam legatarius oneratus fideicómisso, non tantum ex quantitate legati, sed etiam ex interusurio, id est, ex commodo vsurarum intermedij temporis implet fideicommissum: adeo, vt si legatis centũ, rogatus sit post annos 20. restituere ducenta, & medio tempore ex vsuris eius pecuniæ perceperit centum, fideicommissario teneatur restituere ducenta, quia fideicommissum suppletur interusurio medij temporis, seu adimpletur, cui non erat initio par quantitas legati. Maior enim erat quantitas fideicommisso duplo, id est, altero tanto, quam quantitas legati. Et hoc est, quod ait Papin. hoc loco, vsurarum duntaxat additamentũ admitti, nempe ex interusurio suppleri fideicommissum, cuius etiam supplendi gratia in tempus distulisse præstationem eam testator videtur, atque ita tempus apposuisse fideicommissarij non heredis causa. Recte autem dixit Papin. vsurarum duntaxat additamentum admitti, & scil. pro modo quantitatis & vsurarum duntaxat, quæ medio tempore accreuerunt, fideicommissario præstari: Nam aliud cómodum medij temporis, si quod ex legato legatarius perceperit, in computationem non venit. Finge: legato percepto legatarius euasit exstantem & imminentem pœnam stipulationis, aut pœnam commissi, pœnam traiectitiæ pecuniæ. vel finge: percepto legato fideicommissarius magnum commodum consecutus est negotiatione aliqua, vt pecuniam legatam in salis coemptionem impendit, & ex ea merce fecit vberrimum quæstum. an huius commodi, quod extrinsecus euenit, ratio habebitur, vt & pro modo eius obligetur fideicommissario? minime. Denique vsurarum duntaxat incrementum admittetur. Et hoc est, quod ait, *si centum legatis*, &, *si autem* &c. Atque ita in æstimando eo, quod interest, ea tantum vtilitas spectatur, quæ nimirum circa rem ipsam consistit, non quæ extra rem accedit. *& qui reuient de la chose, & non du labeur & industrie*, vt in *l. si sterilis*, §. *cum per vendit. de act. emp.* Qui meo iudicio est perquam difficilis, sed facillimum reddam.

Finge: emptor in pretio soluendo moram fecit, tenetur in id, quod interest actione ex vendito, in quo æstimando vsurarum duntaxat ratio habebitur, id est, vsuras duntaxat pretij non soluti emptor præstabit, *l. vlt. de peric. & com. rei. vend.* sicut hoc loco vsurarum duntaxat additamentum: nec præstabit quod venditor pretio soluto ex negotio aliquo, ex mercibus plusquam ex vsuris acquirere potuit. Denique vsuras duntaxat præstabit, non compendium negotiationis, quod mora emptoris intercipit venditori, vel etiamsi venditor moram fecerit in re tradenda, pręstabit fructus duntaxat, quos percepit, aut percipere potuit, *l. venditor, de hered. vend.* Et vendito mancipio præstabit partus & acquisitiones serui, *l. venditor, de euict.* & præstabit quoque eadem ratione, quanti ea res, quæ veniit, hodie pluris est, cum scilicet auctum est eius rei pretium post moram venditoris: sed non præstabit, quod emptor re tradita in tempore ex negotiatione aliqua lucrari potuit, *d. l. si sterilis* §. *cum per vend. & l. Titius, eod. tit.* Et similiter damnum præstabit rei, si deterior facta sit aut vilior, hoc est, vilioris pretij: non præstabit damnum, quod extrinsecus aduenerit, forte non tradito tritico, aut pabulo vendito, si mancipia emptoris, aut iumenta fame perierint. Et rectissime Accurs. in *l. 26. tit. seq.* cum lex diceret heredẽ aut legatarium fideicómissario pręstare debere post moram fructus, & omne damnum, quo affectus est fideicommissarius, puta inquit peritissime, si res, quæ relicta est, perierit, quod confirmat, *l. 22.* §. *vlt, eod. tit.* Et adde vel sc. deterior facta sit, aut vilior: non inquit, si in rebus propriis fideicommissarius damnum passus sit propter morã heredis aut legatarij, vt puta, si ob non traditã in tempore pecuniam mancipia aut pecora fideicommissarij enecta sint fame: nam huius extrarii damni ratio non habetur. Ex commodis siue incommodis quædam sunt coniuncta rebus, quædam euenta rerum. coniuncta non seiunguntur, siue res perierit, vel damno affecta sit, nec accrescunt
B
sine rei emolumento. Euenta abeunt, adueniunt re salua, incolumi & illæsa. dixere quidam coniuncta & euenta, quæ alij propria & accidentia. Coniuncta sunt rei, in hoc proposito, quæ, vt Rogerius dixit, cohærẽt rei, veluti pretium, fructus, quos res fert, vsura quæ ex pecunia redigitur: euenta sunt rei, veluti compẽdium negotiationis, vel dispendium, quod ea re salua & incolumi, rebus cótingit nostris. coniuncta in computationem veniunt, euenta in computationem non veniunt. Ad hæc Papin. noster notauit vnũ casum in seq. quæstione legis, quo legatarius tenetur fideicommissario vltra quantitatem legati. Finge: rogaui te, vt accepta certa quantitate, puta centũ, Titio restitueres rem propriam tuam, quæ sc. pluris erat centũ, quæ forte digna erat ducentis. hæc verba, accepta certa
C
quantitate, acceptis centum, hi ablatiui absoluti, vt dicunt interpretes nostri, alias pro legato seu fideicómisso accipiuntur, *l. 11.* §. *cum esset, de leg. 3.* alias accipiũtur pro conditione, si heres dederit centum, atque adeo pro mortis causa capione *l. facta*, §. *rescripto, ad Treb. & l. acceptis, ad l. Falc.* Quæ ambiguitas declaratur etiam in *l. à testatore, de cond. & demonstr.* vt scil. ablatiui absoluti, vt dicũt, alias accipiantur pro fideicommisso, alias pro conditione, sed in proposito pro fideicommisso accipiuntur, & videtur testator tibi legasse centum, & onerasse fideicómisso præstandæ rei tuæ, quæ maioris erat pretii longe: tu vero pecuniæ legatum agnouisti, & accepisti, ante cogere potest legatarius, vt ei rem propriam præstes, quæ longe exuperat quantitatem legato siue fideicommisso
D
priore comprehensam? Et sane verum est, te teneri in solidum, vt rem tuam præstes, etiamsi maioris sit pretii, quã quantitatis, quæ legata est, quia accipiendo quantitatẽ legatam, non pluris videris ęstimasse rem tuam, & vnusquisque est legitimus æstimator rei suæ. Quod adeo verum est, vt post agnitum legatũ non audiaris, si velis conferre quantitatem legatam cũ æstimatione rei tuę ne supra modum scil. tenearis: Nec enim admittitur collatio seu computatio eiusmodi, sed præcise coget te fideicommissarius rem tuam pręstare, cuiuscunque sit pretii, nisi scil. fuerit minor 25. annis, qui temere legatum agnouerit: Nam beneficio restitutionis minori succurritur agnito legato, si offerat quantitatem legatam, vt scil. retineat rem propriam, quæ maioris est prætij, & liberatur pręstá-
E
do quantitatem legatam, quam acceperat temere, *l. si minor, ff. de minor. l. tutor, de liber. leg.* Alias vero illo casu, quẽ exposui satis intelleximus euenire, vt legatarius teneatur vltra quantitatem legati, puta ad præstandam rem suam. quamuis sit maioris pretij, quam quantitas legata: nam eam quantitatem accipiendo, nõ pluris videtur æstimasse rem suam: quæ eadẽ est ratio, *l. plane* §. *si cui, de leg. 1. & l. sed si non seruus, ad l. Falcid.* Recte autem posuit Papin. te fuisse rogatum accepta certa pecunia restituere rem propriam, quæ erat maioris prætij: nam idem non potest statim in re aliena si etiam legatarius rogatus sit rem alienam præstare. non propriam. audietur agnito & accepto legato si offerat legatum quod accepit, nec cogetur redimere rem alienam, aut eius æstimationem præstare, quæ scilicet valde excedit modum legati *l. 6. de fideicom. libert.* Et similiter, vt initio demonstratũ est, si legata certa quá-

titate, legatarius rogatus sit præstare maiorem quantitatem, audietur accepto legato, si offerat quãtitatem quam accepit, nisi post tempus rogatus sit præstare maiorem quantitatem. Nam hoc casu non tantum quantitatem legatam, sed etiam interusurium ad finem fideicommissi offerre & præstare debet. Quapropter hæc verba Papin. *hæc ita si quantitas, &c.* hunc habent sensum: interusurij rationem admitti duntaxat, si legata certa quantitate rogatus quis sit aliam quantitatem præstare: nam si legata quantitate rogatus sit non quantitatem præstare, sed rem propriam, accepto legato omnino præstare debet rem propriam, etiamsi maius sit eius rei pretium, quam legatæ quantitatis. Ad confirmanda ea, quæ diximus, valde pertinet §. penult. huius legis.

B

Ad §. penult.

Cum quidam filio suo ex parte herede instituto, patruum eius coheredem ei dedisset, & ab eo petiisset, vt filium suum pro virili portione filiis suis coheredem faceret, si quidem minus esset in virili portione, quam fratris hereditas habuit, nihil amplius peti posse. Quod si plus etiam fructuum, quos patruus percepit, vel cum percipere potuit, dolo non cepit, habendam esse rationem, responsum est. non secus, quam si centum millibus legatis rogatur post tempus maiorem quantitatem restituere.

SPecies §. *pen.* hæc est: Quidam filium suum ex parte heredem scripsit, & fratrem suum patruum filij sui ex alia parte, & rogauit fratrem, vt eum filium suum pro virili portione vna cum filiis suis consobrinis eius, sibi heredem faceret. His verbis, vt heredem illum faceret, tametsi purum aperte fideicommissum relinquatur, quia nemo obligari potest, vt alium heredem faciat, *l. ex facto, in prin. ad Treb l. stipulatio hoc modo concepta, de verb. oblig.* tamen ea verba, ne inanis sit voluntas testatoris, hoc modo interpretamur, testatorem fratrem suum rogasse, vt post mortem fratris portio virilis hereditatis fraternæ filio suo restitueretur. Et sane ex his verbis, vel ex hac interpretatione verborum, eatenus restituẽda erit, quatenus voluntate testatoris ad eum peruenerit, *l. filiusf. §. vlt. ti. præced. de leg. 1.* Et ideo, si hereditas testatoris tanti sit, vel si pluris sit quam portio virilis hereditatis patrui, filius testatoris portionem virilem à consobrinis petere poterit mortuo patruo, & nihil amplius: quia scilicet non poterit petere integram hereditatem, quæ à patre suo ad patruum peruenit, nec fructus, quos ex ea hereditate patruus medio tempore percepit. Quod si minor sit hereditas testatoris, hoc casu replebitur fideicommissum ex fructibus vel vsuris medij temporis pari pecunia. Et ideo si legatarius accepta certa quantitate ex causa legati, rogetur post mortem suam restituere maiorem quantitatem, quam accepit iure legati, ex vsuris medij temporis fideicommissum suppletur. nec dici poterit, quod notandum, etiam nullis fructibus perceptis, puta confestim mortuo herede aut legatario, deberi virilem portionem, aut quantitatem integram, sicut si rem propriam, quæ maioris erat pretij, rogatus esset restituere, quo casu rem præstaret in solidum, etiamsi sit maioris pretij agnito legato: Nam non est eadem ratio rei propriæ per fideicommissum relictæ à legatario, & herede, & virilis portionis, & quantitatis: nam relicta re propria legatarij, si legatarius legatum acceperit, non pluris videtur æstimasse rem propriam, quam sit in legato. quod dici non potest similiter in virili portione, vel quantitate: dici, inquam, non potest heredem, qui agnouit hereditatem testatoris, non pluris ęstimasse hereditatis suæ portionem virilem, aut legatarium, qui accepit quantitatem legatam, non pluris fecisse quantitatem per fideicommissum ab eo relictam, hoc, inquam, dici non potest. Omnis enim res tanti est, quanti à domino ęstimatur. quantitas autem, hoc est, certa summa tanti est,

C

D

E

A quanti est per se, nec alterius æstimationem requirit. Et ita virilis etiam portio hereditatis, puta sextans, quæ quantitatis est nomen, tanti est, quanti est per se, nec æstimationem desiderat. Et verissimum est quod ait Accurs. hoc loco, virilem portionem hereditatis cum virili, sicut quantitatem cum quantitate recte conferri, vt scilicet, non teneatur quis vltra virilem, vel vltra quantitatem, quam accepit, & vsurarum duntaxat medij temporis additamentum admittatur. Quantitatem autem legatam cum re propria legatarij, ab eo per fideicommissum relicta, non conferri, quia accipiendo quantitatem legatam, quæ legata est cum onere præstandæ rei suæ, videtur fecisse quantitatem legati, aut parem fecisse rem suam videtur quantitati legatæ, quia non pluris res vlla est, quam à domino æstimatur.

Ad §. vlt.

Cum autem rogatus quicquid ex hereditate supererit post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse quæ vendit, non videtur.

QVæ sunt in §. *vlt.* erunt faciliora his. Loquitur de herede, qui rogatus est restituere *quicquid ex hereditate supererit post mortem suam.* His verbis deminutio hereditatis ei permittitur, quæ modo non fiat interuertendi fideicommissa causa, *l. Titius, ad Treb.* quam exposuimus superiore libro. Ergo si heres hoc fideicommisso oneratus aliquid deminuerit ex hereditate fideicommissa, puta si aliquid vendiderit bona fide, non in fraudem fideicommissarij, id non venit in restitutionem fideicommissi, nisi scil. ex pretio rerum venditarum alias res sibi comparauerit. Quia hoc casu venditio non minuit fideicommissum: & consequenter ex pretio rerum venditarum aliæ res comparatæ in fideicommissi restitutionem veniunt, sicut res permutatæ: non videtur etiam deminuisse fideicommissum hereditatis, qui res hereditarias permutauit cum aliis. Et hoc est quod ait in §. *vlt.* & recte additur in *l. seq. sed quod inde, &c.*

Ad l. 72. eod.

Idem seruandum erit etsi proprios creditores ex ea pecunia demiserit: non enim absumitur, quod in corpus patrimonij retinetur.

ET subiicitur ex eodem lib. Papin. in *l. 72.* idem esse dicendum, si heres eo fideicommisso oneratus, ex pretio rerum venditarum, quæ erant in hereditate creditores suos dimiserit, id est, si ex eo pretio rerum hereditariarũ, quas vendidit, se liberauerit à creditoribus suis, quia id in rem suam conuertit, in patrimonium suum vt in *l. quantum , quod met. cau.* videtur in corpus patrimonij versum id, quo quis se debito liberauit: Nam vt obligatio minuit bona nostra, ita æris alieni liberatio auget. Et vt ait Papin. *absumptum non videtur, quod in corpus patrimonij retinetur.* Et hoc idem seruatur in *l. sed etsi §. quod autem quis ex hereditate, de petit hered.* in illo loco; *nec pretium in corpus patrimonij rediisset.* Et idem dici potest, si pecunia redacta ex venditione rerum hereditariarum exstet: nam absumptum non videtur, quod exstat in bonis. Quod produci potest ad mores Gallicos, quibus quæ coniuges acquirunt constante matrimonio, sunt communia inter eos, non propria. Propria sunt, quæ ante matrimonium acquisierunt, vel quæ herditate obuenerunt. Finge: maritus res proprias vendidit constante matrimonio, & ex his alias comparauit. hæ quoque censebuntur propriæ. Idemque iudicium esse pecuniæ redactæ ex venditione rerũ propriarum. alioquin sæpe ita venderetur animo donandi viro aut vxori, si haberentur pro communibus, non propriis, quæ donationes legibus semper coercentur, quoad fieri potest. Quod autem

ait Papinian. in hac l.72. *non absumitur, quod in corpore patrimonij retinetur*, potest etiam aptari ad multas alias species, & est quasi generalis quædam ratio iuris. Ipsemet Papinian. hanc rationem accommodat ad aliam speciem in *l. pater, de adim. leg.* Et est operæpretium nosse eam speciem.

Pater inter filias bona sua diuisit supremo iudicio suo, & filiæ prælegauit trecentos aureos ex salariis seu commodis, quæ ei debebat respubl. ex administratione principali, & ex erogatione militaris annonę. Deinde pater ipse ex eis trecentis aureis possessionem comparauit, an ea possessio debebitur filiæ iure prælegati? Videtur non deberi, quia trecentos aureos ipse pater consumpsit empta possessione. Lex ait, deberi, quia non videtur consumptum, quod versum est in corpus patrimonij. Alia est ratio legis *alteri, eod. tit. de adim. leg.* Et notandum, quia posset imponere multis, pater filium & filiam heredem scripsit ex ęquis partibus, & filiæ prælegauit prędia: Coheredes autem iussit filio præstare actiones ad finem pretij, quo prædium fuerat emptum, vt scil. iure actionis tantum haberet filius, quantum emptum est prædiũ: Denique voluit pater, vt in omnib. essent ęquales, in hereditate primum, deinde etiam in prælegatis, puta, vt filia haberet prędium, & filius pretium prędij, quod scilicet emptum fuerat, pro modo eius pretij cessis ei actionibus aduersus debitores hereditarios. Quid accidit postea? Pater prędium, quod filię prælegauerat, vẽdidit sua voluntate, non necessitate coactus, & vẽdidit, extra offensam filię, *sans qu'elle luy aye donné occasion de ce faire.* Atque ita pretium prędij rediit in corpus patrimonij, an pretium filię poterit petere iure pręlegati? Minime: licet versum sit in corpus patrimonij, sed diuidetur ex ęquo inter fratres, quia scilicet testator videtur filiæ ademisse omnimodo prælegatum, & si ademit filiæ prælegatum, ergo ademit etiam onus prælegato iniunctum & innexum, puta onus cedendarum actionum fratri. Quare nec fratri erunt cedendę actiones, & tamen pretium redactum ex venditione inter eos communicabitur sublatis pręlegatis. Et cur posuit, distraxisse patrem id prędium, distraxisse citra offensam filiæ? quia si iratus filiæ distraxerit, si succensuerit filię, sola filia offensę suæ pœnam feret, & amittet pręlegatum omnimodo, sed non frater, quia nihil offendit patrem: nec enim est tũc par vtriusque conditio. Igitur seruandum erit hoc casu pręlegatum filio, quod maxime notandum est. Et omnibus illis locis dicunt auctores nostri, corpus patrimonij pro patrimonio ipso, seu vniuersitate patrimonij, sicut corpus iuris dicimus pro Pandectis, *l. 1. in princ. C. de rei vxor. act.* Et Liuius 3. adiectis duabus tabulis posse absolui corpus Romani iuris. Et eodem modo recte dicimus, corpus Homeri, *l. librorum §. si Homeri corpus, tit. seq.* Corpus disciplinæ Columella, corpus historiæ, Polybius, & Tull. ad Att. *ab initio ad redditum suum modicum quoddam corpus confici posse.* corpus historię scil. Verum non satis est. Obstat his, quæ diximus valde *l. sed et si lege §. 1. de pet. hered.* Diximus, *rem comparatam ex pretio venditæ rei hæreditariæ in fideicommissum venire*, contra ea lex ait, *si bonæ fidei possessor hereditatis alienæ rem hereditariam distraxerit, & ex pretio aliam comparauerit, eam rem non venire in petitionem hereditatis, sed pretium.* Cur tamen ea res venit in fideicommissi persecutionem? quia, vt breue faciam, hic bonę fidei possessor sui causa emit rem, ideoque eam sibi retinet & pretium pręstat, *l. item veniunt §. denique, eod. tit. de petit. heredit.* Hic quoque heres rogatus restituere quicquid ex hereditate superest, ex pretio aliam rem sui causa emit, ita est: & stultus est Accurs. quem eo nomine etiam deridet Bartolus, qui fingit comparasse hereditario nomine: imo suo nomine. sicut cum pretio se liberat à creditoribus, id sui causa facit: ita etiam in proposito sane ex pretio heres aliam rem comparauit sui causa. Sed hoc genere interuertit fideicommissum, quia suum facit, quod testator destinauerat alte-

A ri. Quid est fideicommissum interuertere? *s'approprier*, non potuit autem interuertere, *d. l. Titius.* Deminutio, quæ fit interuertendi causa, & defraudandi quodammodo fideicommissi causa, non minuit fideicommissum. Rectissime dicitur, eam rem in fideicommissum venire. Deminutio, quæ fit interuertendi causa, non est deminutio. Postremo obstat *l. cum pater §. dulcissime, hoc tit.* ex qua intelligimus, in fideicommisso bonorum maternorum non venire, quæ testatrix conuertit in corpus sui patrimonij. Et species hæc est breuiter: mulier habebat bona materna communia cum fratribus, scripsit filium suum heredem, & eum rogauit, vt suis auunculis, fratribus testatricis relinqueret ea bona materna in solidum, & adiecit causam fideicommissi, ne sit inter te & auunculos vlla
B communio, nec materies discordiarum. Postea ea mulier ex bonis maternis sumpsit pecuniam, eamque conuertit in suum patrimonium, alia re comparata, vel quædam nomina hereditatis maternæ diuisit cum fratribus, cum esset adhuc superstes. an ea venit in fideicommissum? minime: quia in elogio, id est, causa fideicommisso adscripta, satis declarauit mater, se tantum fratribus reliquisse, quæ mansissent communia inter eam & fratres, non si quę inter se diuisisset, non si pecuniam ipsam in proprium patrimonium conuertisset.

Ad l. quod supra 10. ad l. Falcid.

Quod supra quadrantem apud heredem potest peruenire, supra dodrantem in pecuniam legatum, non onerat heredem, veluti hereditas pupilli, si forte substitutus sit exheredato, qui patri pupilli heres extitit.
C

CErtum est, ex lege Falcidia legatis heredem onerari non posse supra dodrantem bonorum, quia quadrãs apud heredem integer & illibatus remanere debet. Hoc verum esse ostendit Papinianus in hac *l. 10.* etiamsi hereditas pupilli exheredis filij testatoris ad heredem peruenerit, aut peruenire possit ex substitutione pupillari, quia etsi videatur ex vno eodemque testamento peruenire, propterea quod iuris auctores existimant, vnum esse testamentum patris & filij, id est, primas & secundas tabulas, vnum efficere tantum, *l. pater f. de priu. cred. l. patris,*
D *de vulg. substit.* tamen alia atque alia est hereditas, alia patris, alia filij, maxime exheredati, ad quem hereditatis paternæ nulla portio peruenit, *§. igitur, Instit. de pupill. substit. l. si ita scriptum §. vlt. de bon. possess. sec. tab.* Vnum est testamentum duarum hereditatum, vnum testamentum propter effectum iuris, sed de eo non est agendum hoc loco. Ergo hereditas pupillaris non imputatur heredi in Falcidiam, non auget legata ab eo relicta, non proficit legatariis, sed supra quadrantem bonorum paternorum heres habiturus est etiam bona pupillaria. Et hæc est sententia Papiniani in hac l. 10. In contextu est varia lectio. Vulgares Codic. habent *(in pecunia legatum)* Floren. habent, *in pecuniam legatum.* Sed nihil est euidentius, & mouet coniecturam certissimam scriptura Floren. esse le-
E gendum, *pecuniam legatam.* Nec obstat huic sententiæ *l. 1. §. id quod ex substitutione, hoc tit.* quæ dicit, id, quod ex substitutione coheredis ad coheredem peruenit proficere legatariis, coherede omittente hereditatem, cui coheres substitutus est. Hoc ergo dicit, propter commodum substitutionis, quod heredi accessit, onerari heredem in pecuniam legatam, obligari ad id, ad quod obligaretur, si substitutio defecisset. Sed loquitur ille §. de substitutione vulgari, non de pupillari. Ex vulgari substitutione, quæ fit in hanc causam, si omiserit hereditatem, ex ea, inquam, quod obuenit portio coheredis coheredi, non alia hereditas, sed eiusdẽ hereditatis portio est, & merito onerat heredem legatorum nomine aut fideicommissorum. Ex substitutione autem pupillari, quæ obuenit hereditas pupilli exheredati, alia est hereditas. quare non auget ab herede instituto, eodemque substituto pupilli relictum, siue

siue relictum sit primis aut secundis tabulis, siue vtrisq; nihil refert. Nã à substituto exheredati recte fideicõmissa seu legata relinquuntur, si idem etiã primis tabulis heres institutus sit iure, inquã, relinquuntur ab eo, quasi ab herede patris, nõ quasi ab herede pupilli, *l. 11. §. vlt. hoc t. l. plane si filium, de leg. 1.* Et quod notandum in ponenda ratione legis Falc. cum quæritur quantũ sit in legatis cum bonorum & legatorum ratio ponitur & subducitur, confunduntur, commiscentur, contribuuntur, hoc est, cõmuni calculo subiiciuntur legata vtriusque tabulis relicta ab herede instituto, eodemque substituto pupilli, & ex omnibus his legatis commixtis heres deducit Falcidiam. Illud longe fuge credere, quod scripsit Accursius, etiam confundi hereditates paternam & pupillarem: Nam si confunderentur, hereditas pupilli exheredati augeret legata, quod falsum est. Et merito etiam in eo est reprehensus Accursius à Fulgosio, & Alexandro, & Goueano. Quid autem fiet, si pupillus nõ sit exheredatus, sed vel illis vel vtriusque tabulis heres sit institutus? Et constare nobis debet, hoc casu augeri legata pro modo facultatum paternarum tantum, quæ ad pupillum peruenerunt, & à pupillo ad coheredem, *l. qui fundum §. qui filium, hoc tit.* Atque ita confundi & commisceri partes hereditatis paternæ, partem, quæ obuenit pupillo, & partem, quæ obuenit heredi extraneo, & ex eo conciliatu partiũ, siue pro modo eius confusionis, præstare legata. Ac proinde circa legem Falcidiam totius assis paterni rationem haberi: bona patris cum bonis pupilli aduentitiis nunquam confundi.

Ad l. acceptis 93. ad l. Falcid.

Acceptis à Mæuio centum, hereditatem Mæuio restituere, pecuniamque post mortem suam Titio dare rogatus est. quanquam hæc centum quartam bonorum efficiant, tamen propter fideicommissum sequens quartæ retentioni locus erit. Tunc enim ex constitutione D. Hadriani Falcidiæ satisfacit ea quantitas, cum apud heredem remanet, sed Falcidiam patietur solus, cui hereditas relicta est. Nam in centum, quæ mortis causa capiuntur admitti Falcidia non potest. plane si quis ita scripsit, acceptis centum peto restituas hereditatem, neque personam dãtis demonstrauerit, quasi retentam perceptam pecuniam, si quartæ sufficiat, inducere Trebellianum.

MOrtis causa capio, aut dicitur specialiter aut generaliter. Generaliter mortis causa capere, est ex morte alterius nancisci capiendi, id est, adquirendi occasionem: mortis causa capit, qui iure legati, iure fideicõmissi, qui donationis causa mortis capit: Nam hi omnes nanciscuntur capiendi occasionem. Ex morte demum alterius hereditas est, ergo mortis causa capio, legatum fideicommissum, donatio causa mortis. Sed mortis causa capionẽ proprie appellamus, quæ aliud nomen non habet proprium, hoc est, quæ neque vocatur hereditas, neque legatum. Exempli gratia; legaui Titio fundum sub cõditione, *si daret heredi decem.* si legatarius heredi dederit decem conditionis implendæ causa, heres ea non capit iure legati, nec iure hereditatis, &c. Denique non capit iure testamenti, *l. 8. si quis omis. cau. l. Mæuius, de con. & demonstr.* Denique nullo iure ea capit, quod proprium nomen habeat. Quare dicitur ea proprie capere mortis causa. Atque ita mortis causa capio est, quæ alio nomine non appellatur, *l. mortis causa, de dona: cau. mort.* Vt lignorum appellatione continentur quæcunque sunt parata comburendi causa, si modo proprio nomine non appellentur: quanquam & quæ proprium nomen habent, generaliter possunt dici ligna, sed non dicuntur proprie. Virgæ etiamsi comburendi causa habeantur, non continentur lignorum appellatione. Nuclei, etiamsi comburendi causa habeantur, non continentur lignorum apellatione, nec carbones. &c. Denique lignorum apellatio, coangustatur tantum ad ea, quæ aliud nomen non habent propriũ,

A *l. ligni §. 1. de leg. 3.* Sic mortis causa capionis nomen aptatur tantum ad ea proprie, quæ alio nomine carent. Nunc finge: heres rogatus est restituere hereditatem Titio acceptis centum, hoc modo: *acceptis centum peto restituas hereditatem Titio*, an ea centum imputat in Falcidiam? non demonstrauit personam à qua acciperet centum, sed dixit simpliciter, *acceptis centum, &c.* Et certissimum est, ea centum imputari in Falcidiam, quia videtur capere a se ipso. Igitur tota ea pecunia capitur iure hereditario, sicut si iussus esset eam retinere, vel præcipere. nihil refert, quo verbo vsus fuerit, *l. in quartam, hoc tit. l. deducta §. acceptis, ad Trebell. l. si heres, hoc tit.* Et ea quæ capiuntur iure hereditario, certum est computari in Falcidiam, non ea, quæ capiuntur alio iure. Et in hoc loco Papinianus ait, in hoc casu induci Trebellianum, hoc est,

B locum esse Trebelliano, non Pegasiano Senatusconsulto. Quid hoc est? Interueniente Falcidia locus erat Pegasiano; non interueniente Trebelliano locus erat vt constat ex Inst. Qui ergo dicit, locum esse Trebell. hoc dicit, cessare deductionem Falcid. videlicet, cum illa centum Falcid. sufficiant, cessat Pegasianum, hoc est, cessat Falcid. & locus est Trebelliano. Et hoc significat Pap. in fine huius legis. Quid vero si testator demonstrauerit certam personam, à qua heres acciperet centũ, vt si dixerit hoc modo, *acceptis à Mæuio centum peto vt restituas hereditatem*, an ea centum, quæ acceperit à Mæuio imputantur in Falcidiam? minime. Quia cum ea capiat ab alio, non à se ipso ex alienis bonis, non ex testatoris bonis, sane ea non capit iure hereditario. Et in Falcidiam tantum imputatur

C quod capitur iure hereditario indistincte, vt docui prius, siue deducatur ex legatis, aut fideicommissis pecuniariis, siue ex fideicommissariis hereditatibus. non imputantur quæ capiuntur iure legati vel fideicommissi, vel conditionis implendæ causa, hoc est, mortis causa capionis. Denique imputat in Falcidiam heres ea tantum, quæ capit quasi heres, non quæ capit quasi legatarius vel fideicommissarius, vel quæ capit mortis causa, quia heredi soli tribuitur Falcidiæ beneficium, *d. l. in quartam, l. in ratione 2. §. tametsi, & l. si à me tibi, hoc tit* Ergo ea centum, quæ à Mæuio accipere iussus est, habebit supra quadrantem, quia non imputabit ea in quadrantem, cum non ei obuenerint, quasi heredi, sed quasi capienti mortis causa. Excipitur tamen vnus casus, si voluerit testator eam pe-

D cuniã hereditatis, aut Falcidiæ loco cedere, vt si tanti iusserit hereditatem vendi & restitui Mæuio, quia pretium hereditatis, hereditas est, & hereditario iure capitur, *d. §. tametsi.* Idem etiam voluisse testatorẽ præsumitur si quod heres accipere iubetur à fideicommissario, ipsam Falcidiam efficiat, vt in *l. si heres, hoc tit. l. facta §. rescripto, ad Trebell.* Vt puta, si quis gnarus sui patrimonij quod erat quadringentorum, exempli gratia, rogauit heredem, vt acceptis à Mæuio centũ, quæ est quarta Falcidiæ, ei restitueret hereditatẽ: hic quid aliud egit, quæso, quam vt heres ea centum haberet Falcidiæ loco? Ergo ex voluntate defuncti ea centum imputabit in Falcidiam, qui, accurate æstimato suo patrimonio, solum quadrantem à fideicõmissario herede iussit accipere. id iussit obseruare & cogitare, vt haberet Falcidiam, non temere, & restitueret do-

E drantem. Et generaliter, quod alias nõ imputatur in Falcidiam, imputatur ex voluntate defuncti, etiam legatum aut fideicõmissum, voluntate vel expressa, vel tacita, *l. cum quæ §. vlt. l. quod autem, inf. hoc tit.* Et secundum hæc est ponenda species huius legis, hoc modo: Heres rogatus est restituere hereditatem Mæuio, acceptis ab eo centũ. Et, idem heres rogatus est post mortem suam ea centum Titio restituere. Ea summa, si sufficiat Falcidiæ, vt ponẽdum est in specie suffecisse. Ea, inquam summa, si efficiat Falcidiam, sane excluderet deductionẽ Falcidiæ, si apud heredem remanet: Nam id tantum imputatur in Falcidiam, quod remanet apud heredem perpetuo iure. At eã summam testator noluit remanere apud heredem perpetuo iure, sed eum rogauit, vt post mortẽ restitueret eam

ob rem non imputabit eam summam in Falcidiam. Alioquin esset aperta via sæpe fraudandi heredem Falcid. Ergo integra erit heredi deductio Falc. ex Senatusconsulto Pegasiano, nec locus erit Trebelliano, nisi post Iustinianum, quia Pegasianum est transfusum in Trebell. Deducet, inquam, Falcidiā heres ex hereditate, quam restituet Mæuio, non deducet etiam Falcidiam ex mortis causa capione, hoc est, ex summa centum aureorum, quam conditionis implendæ causa ei dedit Mæuius, & quæ post mortem suam debet restituere Titio. Restituet namq; Titio solidum sine deminutione Falcidiæ, quia sc. eam summā nō capit quasi heres, & soli heredi ex hereditate, vel portione hereditatis datur Falcidia, non legatario, non fideicommissario, non capienti mortis causa. Ratio eadē efficit ne mortis causa capio imputetur in Falcidiam & ne ex ea detrahatur Falcid. Et generaliter placet ex mortis causa capione, non deduci Falcidiā, non tantum, si heres ipse ceperit mortis causa, sed etsi dederit heres ipse, cum esset institutus sub conditione, *si Titio centum dederit.* Nam ea centum dabit sine detractione, *l.* 1. §. *item si ita legatū, hoc tit.* Generaliter igitur ex mortis causa capionibus non detrahitur Falcidia excepto vno casu *l. vlt. C. ad l. Falcid.* Falcidia detrahitur ex legatis, & Falcidia detrahitur ex fideicōmissis ex Senatuscōsulto Pegasiano, quod porrexit legem Falc. ad fideicommissa. Detrahitur ex donationibus causa mortis ex Constitut. Seueri, non detrahitur ex mortis causa capionibus, quoniam nondum l. vlla Falcidiam porrexit ad mortis causa capiones. Hoc generaliter nobis constituendum est, hæc verba *acceptis centum,* non demonstrata persona, à qua acciperentur, pro iure hereditario haberi. centum, quæ heres accipere iussus est simpliciter, accipi iure hereditario, quasi à se ipso: demonstrato autem coherede, vel alio, quicquid ex testamento ceperit, ita vt potuerit onerari fideicommisso, ea verba accipiuntur pro fideicomm. vt in *l.* 11. §. *cum esset, de leg.* 3. *l. à testatore, de cond. & demonst.* Demonstrato autem eo, qui nihil acceperit ex testamento, vt in hac specie l. nostræ, *acceptis à Mæuio centum* ei restituas, Mæuius non poterit onerari fideicōmisso, qui nihil ante ex testamento acceperit, nec sane ea verba habentur pro fideicommisso, sed pro mortis causa capione, vt declarat hæc lex, & *l. facta* §. *rescripto, ad Trebell.*

Ad l. sed cum 12. ad Treb.

Sed cum ab herede pro parte instituto fideicommissa hereditas sub conditione relicta esset, Imperator Titus Antoninus rescripsit, non esse locum cōstitutioni suæ, neque pupillum extra ordinem iuuandum, præsertim, si nouum beneficium cum alterius iniuria postularetur.

Hodie explicanda est lex 12. ad Senatusconsultum Trebellian. Afferendæ igitur sunt, & explicandæ difficultates multæ. Et vix vllum esse existimo, qui non horreat lectionē huius *l.* 12. Est ea lex applicata quæstioni §. *vtrum l præced.* vel potius interiecta inter ea, quæ ex eodem Vlpiani lib referuntur in *l. præced. & in princ. seq.* Igitur ab eorum narratione, quæ vtroque loco exponit Vlpianus, nobis incipiendum est. Si heres rogatus sit restituere hereditatē: Quæritur, *an in restitutione hereditatis sit necessaria presentia fideicommissarij? an etiam absenti restitui possit hereditas:* hoc est, *procuratori absentis, vel an absens per procuratorem possit adire hereditatem? & postulare decretum, quo heres cogatur adire & restituere hereditatem. Et breuiter, vtrum vt presenti, sic etiam absenti restitui possit hereditas? Et an nomine absentis cogi possit heres adire & restituere?* Dubitatur hac de re, quia per procuratorem non potest adiri hereditas, *l. per procuratorem, de adquir. hered.* & restitutio hereditatis est successio quædam, *l. non enim ercisc. h. t.* Adeo vt iudicium familiæ, sit etiam cum eo cui restituta est hereditas ex Trebelliano, quasi cum

A herede, *l.* 24 & 40. *fam ercisc. l. ita tamen* §. *si ex Trebell. & seq. hoc tit.* Sed magis est, vt sicut bonorum possessio potest agnosci per procuratorem etiam voluntarium, qui non habeat mandatum nomine eius cui delata est bonorum possessio, *l.* 3. §. *adquirere, de bon. poss. l. si quis alieni, de adq. hered. l. seruo inuito* §. *si pupillo, hoc tit.* ita etiam possit per procuratorem quem libet recipi fideicommissaria hereditas, & vt possit procurator quilibet nomine fideicommissarii cogere heredem per prætorem, vt adeat & restituat. Atque ita definitur in *d.* §. *vtrum.* Neque huic definitioni quicquam obstat *l. sed nec ipse, h. t.* quæ dicit tutori fideicommissarii non posse restitui hereditatem. qui tamen plus esse videtur quam procurator. Ergo nec procuratori videtur posse restitui.

B Sed obseruandum, quod lex ait indistinctè, non posse restitui tutori, quia scil. tutori pupilli præsentis, nec infantis, non potest restitui, vt *l. pen. C. eod. tit.* tutori vel procuratori absentis potest restitui. Et non obstat etiā lex *si mulier* §. *ex asse, de iure dot.* quoniam vt omittam, quod Accurs. ait, perspicuum est, eam legem loqui non de restituenda hereditate, sed de transferēdis actionibus. Hereditas potest restitui alii nomine fideicommissarii, sed transeunt actiones in fideicommissarium, non eum, cui restituitur. In eum igitur, cuius nomine restituitur, non in eum, cui re ipsa restituitur, *l. ita* §. 1. *& l. restituta, hoc tit.* Actiones autem in alium transire, quam fideicōmissarium ex Senatuscōnsulto Trebell non possunt, Et non obligatur heres, vt ostendit §. *ex asse,* alii promittere ex voluntate fideicommissarii, se in eum translaturum

C actiones: quia impossibilium nulla est obligatio, & impossibile est, quod Senatusconsultum non patitur, vt *l.* 1. *hoc tit.* Verissimum igitur est absentis procuratorem etiam voluntarium, amicum voluntarium absentis fideicommissarii posse desiderare adiri & restitui hereditatē, & restituta hereditate procuratori actiones transire in fideicommissarium, non in procuratorem. transit autem statim, si verus procurator fuerit, hoc est, si mandatarius fuerit, *argum. l.* 13. *de adquir. rer. dom.* vel si voluntarius procurator fuerit, tunc transire, cūm fideicommissarius ratum habuerit, *d. l. qui ita* §. 1. Hæc igitur sententia sit rata & firma. Dicet nunc aliquis percepta hac sententia, posse euenire nonnunquam vt heres, qui postulante procuratore compulsus adiit, in damno moretur, vt hęreat actionibus, vt sustineat onera hereditaria,

D quod est iniquum, vt qui inuitus adiit, subeat onera quasi adierit suo periculo, non periculo compellentis. Quid enim, si voluntarius procurator sine mandato coēgerit heredem adire & restituere, & fideicommissarius ante decesserit, quam ei restituatur hereditas, id est, antequam ratum habuerit? Restitutio hereditatis fit non tantum actu, sed etiam verbo *d. l. restituta.* Et ratihabitio fit quoque non tantum actu, puta accepta hereditate, sed etiam verbo *l.* 5. *rem rat. hab.* Ergo non tantum, si fideicōmissarius acceperit hereditatem à procuratore voluntario qui eam prior accepit ab herede, sed etiam acceptam habuerit. Et ita proponitur in *d.* §. *vtrum.* ex quo necessario colligitur, moriente fideicommissario antequam ratum habuerit fideicom. hereditatis extingui, quia scil. he-

E res eius ratū habere non potest, cum ad eum non transeat fideicommissaria hereditas, cuius ius defuncto nondum adquisitum fuerat. Et res procedit his gradibus, directa hereditas non adita, non transit in heredem, *l.* 6. §. *vlt. l.* 7. *de inoff. test. l. vn. C. de caduc. tol.* §. *nouissime.* Bonorum enim possessio non agnita non transit ad heredem, & forte si petita sit alieno nomine, & is, cui petita est, moriatur, antequam ratum habuerit, non transit ad heredem eius, nec heres eius ratū habere potest, *d. l.* 3. §. *adquirere, de bon. poss. l.* 7. *rem rat. hab.* Cōsequens igitur est, exemplo bonorum possessionis, quo etiam vsi ante sumus, nec fideicōmissariam hereditatem transmitti in heredem, cuius ius non fuit quæsitum defuncto. Neque obstat huic conclusioni lex *postulante, hoc tit.* quā impulsus Accurs. putat fin-

gendum esse fideicõmissarium ante restitutionem decessisse sine herede. **A** Sed nihil moueri debuit hac lege, quia ibi hereditas intelligitur fuisse restituta defuncto, licet non sit restituta, quia postulauerit eam adiri, quæ postulatio pro restitutione est. Non obstat etiam lex *cogi* §. *item Mecianus, hoc tit.* quoniam in ea lege illa verba, *siue alius in locum eorum successerit*, id est in locum fideicommissariorũ, quia nondum desiderauerunt sibi restitui: illa inquam verba sunt accipienda de substituto vel de fideicommissario, cui cæterorum portiones accreuerunt, non de herede: Nam nulla hereditas, siue directa, siue precaria, aut fiduciaria, aut fideicommissaria, non adquisita, in heredem transit. Ergo rursus ita concludamus, petitionem hereditatis ciuilem, si non sit adquisita defuncto hereditatis, non transmitti ad heredem, vt Paulus scribit 1. **B** *Sentent. tit.* 13. Possessoriam quoque petitionem, si à defuncto non fuerit agnita bonorum possessio, non transmitti ad heredem & similiter, fideicommissariam hereditatis petitionem eo casu non transmitti ad heredem. Nec rursus obstat huic rei lex 3. *de fideic. hered. pet.* quæ dat fideicommissariam hereditatis petitionem heredi fideicommissarii, vel bonorum possessori, vel alii successori. Sed hoc sane ita procedit, si fideicõmissario restituta sit hereditas, vel verbotenus, non si ante restitutionem mortem obierit. Ergo procurator, qui mandatum non habuit, si nomine fideicommissarii coëgerit heredẽ adire, & restituerit hereditatem, & fideicommissarius decesserit, antequam ratũ haberet heres, qui coactus adiit, sustinet onera hereditaria, quod est iniquum. Iniquũ est **C** eum, qui compulsus adiit obligari æri alieno; iniquũ adire suo periculo: iniquum astringi oneribus hereditariis, quod in eo casu superfit solus qui possit teneri perempto fideicõmisso hereditatis. Istud incõmodum obiicit Vlp. in *d. l. vtrum.* Et mouit iuris auctores valde rescriptũ D. Pij, quo huic incommodo subuentum est: Nam hodie his casibus ex rescripto D. Pij non tantum, si heredi cauerit procurator de rato, sed etiam, si non cauerit. plerunque cautio interposita redditur inutilis, puta deinde lapsis facultatibus fideiussoribus. Cautiones sunt fragiles, inquit lex *qui ita* §. 1. *hoc tit.* quoniam potest fideiussor, qui pro alio cauit, redigi ad inopiam, nihil igitur refert, siue procurator heredi cauerit de rato siue non: Nam vtroque casu heredi qui compulsus adiit, perempto fideicommisso, puta quod mortuus sit fideicommissarius anterati habitionem, heredi succurritur per prætorem data restitutione in integrum, Dicitur beneficium istud **D** extraordinarium in *l.* 12. cuiusmodi est restitutio in integrum, *l. in causa, D. de minor.* Et hoc quidem ita fuit introductum à D. Pio, qui dicitur Titus Antoninus in *l.* 12. in alia specie, in qua tamen suberat idem incommodum, aut iniquitas eadem occurrebat. Et licet Constit. pertineat ad vnam speciem, exemplum tamen eius possumus sequi etiam in aliis omnibus in quibus occurrit idẽ incommodum, vel eadem iniquitas. Et vt ostenditur in §. *vtrum,* species, ad quam proprie pertinet rescriptum, hæc est: Quidam Titium ex asse heredem scripsit, & Albinam ancillam suam directo manumisit. Hæc quidem Albina habebat filiam in seruitute eiusdem domini, nempe testatoris, & eidem Albinæ filiam impuberem per fideicommissum reliquit & rogauit, vt eam manumitteret, vt mater filiam manumitteret. **E** Titium quoque heredẽ rogauit, vt manumissæ filiæ Albinæ restitueret hereditatẽ sub cõditione, cũ nubilem complesset ætatem, *quand elle auroit passé douze ans.* heres recusauit adire hereditatem, dicens suspectã esse, an potest cogi? Et D. Pius rescripsit, posse. A quo vero potest cogi? à pupilla? à serua impubere? minime, sed nomine eius pupillæ heredẽ cõpelli adire, quolibet postulante pro ea, *l. si impuberi, de tut. & curat.* quod exposui lib. 11. Et post quam adierit heres, statim Albinæ competet libertas & heres ei tradet filiam ex causa fideicommissi manumittendam, & manumissæ mox heres restituet hereditatem: statim etiam antequam impleuerit nubilem ætatem, antequam pubuerit, quia qui cõpulsus adiuit, etiam ante diem vel conditionem, vel qui suspectã dicit hereditatẽ, etiam ante diem vel conditionem fideicommissi, potest cogi adire, restituere, repræsentare fideicommissum, *l. seq. in princ. l. si cui pure, hoc tit.* Sed actiones non transeunt ante conditionem. restituitur quidem hereditas ante conditionem, *l. sed & si ante, hoc tit.* nec æquũ esset cũ posset deficere conditio. Igitur restituta hereditate filiæ impuberi, herede coacto adire filia nõ obligabitur æri alieno, antequã pubuerit. Quid igitur, si impubes moriatur? morte eius extinguetur fideicommissum, quia mortua est pendente cõditione, & non est, in quem transeant onera: an igitur sustinebit onera heres, qui compulsus adiit? an hærebit actionibus hereditariis? Sic videtur ipso iure. Sed per prætorẽ ex eo rescripto ei succurritur, ita vt perinde à creditoribus hereditariis bona væneant nomine testatoris, atque si nemo ei heres extitisset. Et similiter in proposito casu, si procurator voluntarius absentis fideicommissarij coëgerit heredem adire & restituere, nec fideicommissarius ratum habuerit, heredi succurritur, qui compulsus adiit eodem exemplo, ita vt bona vęneant nomine testatoris, ac si ipse non adiisset. Hoc beneficium D. Pij est nouum, vt ait l. 12. puta, vt hereditas adita habeatur pro non adita, & ex causa prætor restituet in integrum quemlibet etiam maiorem 25. annis. Itaque vt subiicitur in princ. *l.* 13. quæ est coniuncta cum *l.* 11. hodie heres, qui suspectam hereditatem dicit, non potest causari, se non posse cogi adire ante cõditionem, puta, ne in damno versetur, conditione forte postea defecta, quia, vt diximus, etiamsi deficiat conditio fideicommissi, ei succurritur per prætorem, vt pro eo habeatur, ac si non adiisset. hæc causatio non efficiet, ne compellatur adire cum nullum damnum ei futurum sit, etiamsi deficiat cõditio. Vnde ita concludit *l. seq. in princ. iam igitur,* id est, post rescriptũ D. Pij, *non desideratur heredis præsentia.* vbi manifestissimum est, non esse intelligendum nomen *heredis,* sed *fideicommissarij,* quæ est conclusio prioris quæstionis: Nam potest procuratori eius restitui cuilibet, quæ res heredi damno futura non est, qui cõpulsus est adire, etiamsi fideicommissarius ratum non habeat. Et similiter in §. *vlt. l.* præcedentis, illo loco, *nec oporteat damno affici eum, qui rogatus adijt hereditatem,* vbi euidentissimum est legendum esse, *qui coactus adijt hereditatem,* vt infra, ait, succurri heredi, succurri ei qui compulsus adiit.

Diximus ante, heredem rogatum restituere hereditatem sub conditione, qui sibi eam suspectam dicit, & recusat adire, etiam ante conditionem compelli posse adire & restituere, nec hodie quicquam vereri, ne in damno moretur, quia etsi deficit conditio fideicõmissi, atque ita solus heres ipse, vt diximus hæreat in luto, hereat actionibus ex Constitut. D. Pij ei succurritur rescissa aditione per prætorem, & bonis venditis nomine testatoris, non nomine heredis, qui pro eo est qui non adiit beneficio restitutionis. Et posuimus speciem in herede instituto ex asse: diuersum enim esse ostendit lex 12. *hoc tit,* in herede instituto ex parte: nam si heres institutus ex parte rogatus sit partem suam restituere sub conditione, & suspectam dicat hereditatem, ante conditionem non cogitur adire & restituere, *l. non est cogendus, hoc tit.* quæ est ex eod. lib. Et quæ, vt inferius demonstrabitur, est accipienda de herede instituto ex parte, licet id non edicat palam Cur vero heres ex parte ante conditionem non cogitur adire? quia etiamsi non adeat, nihil damni facit fideicommissarius, etiamsi recuset, vel repudiet: nihil refert adire hereditatem, cum portio eius accrescat heredi cum onere fideicommissi, *l. si Titio, inf. de leg.* 2. Et ideo ad eum non pertinet beneficium restitutionis Diui Pij, quod quidem pertinet tantum ad eum qui cogitur adire: & heres institutus ex parte, si forte sua sponte adierit, cum non posset compelli deficiente conditione fideicõmissi, non restituitur aduersus aditionẽ, sed omnino cre-

ditoribus hereditariis satisfacere cogitur, & bona væneunt eius nomine, non testatoris: proscriptionis infamiã heres sustinet, nõ testator. Et hoc ita proponit Papin. in hac l. 12. & adiicit, hoc adeo verum esse, vt etiãsi pupillus sit institutus ex parte, qui sponte adierit tutore auctore, vt oportet: nã & hic pupillus nõ restitueretur aduersus aditionem sponte factam tutore auctore, non restitueretur, scil. deficiente conditione fideicõmissi, hoc est, ex hac causa, quod defecerit fideicõmissi conditio, ne sc. iniuria fiat creditoribus hereditariis, qui forte iã bona vendiderunt nomine pupilli, qui adierat sua spõte. Ex causa quidem pupillus restituetur aduersus aditionem si res sit integra, si bona nondum sint vẽdita: sed bonis venditis nomine pupilli, ne pupillus quidem auditur postulans nouum & extraordinarium beneficium restitutionis cũ iniuria creditorũ, qui iam distraxerunt bona pupilli nomine, & distraxerunt iure optimo, cum pupillus adiisset tutore auctore. Et sic etiam ex contrario dicitur in *l. nunquam* §. 1. *hoc tit.* postulante fideicõmissario, ne pupillum quidem qui repudiauit tutore auctore vt oportet restitui in integrum adeundi causa, bonis iam venditis, & finitis negotiis hereditariis, quia hoc retractari non potest sine graui iniuria creditorũ. Et ita vobis est explicata lex 12. & sic etiam mea sententia cum procurator nomine fideicõmissarii petit restitui hereditatem ab herede, si mandatũ fuerit incertum, & heres sua sponte adierit, postulante eo procuratore, cũ posset non compelli adire propter incertum mandati, etiam oblata cautione potuit non cogi adire, cautione de rato, propter lubricum cautionis & fragilitatem, *l. qui ita* §. 1. *hoc tit.* fideicommissario ratũ non habente, heres non restituetur in integrum, vt pro eo habeatur, ac si non adiisset, quia de se queri debet, & esse contentus cautione de rato. Et sic explicanda sunt verba *legis 12. sed cum ab herede*, hoc titulo.

Ad l. non est 53. ad Senatusconsultum Trebel.

Non est cogendus heres suspectam adire hereditatem ab eo, cui libertas à legatario, hereditas ab herede relicta est, cum status hominis ex legato pendeat, & nemo se cogatur adstringere hereditariis actionibus propter legatum. Quid enim si inter moras non manumittente legatario seruus decesserit? si autem viuo testatore legatarius decesserit: benigne respondetur, cogendum adire: cum in ipsius sit potestate, manumisso restituere hereditatem.

His cognitis facile cognoscemus ex eodem lib. & eadem re *l. non est cogendus* 53. *hoc tit.* Species legis hæc est: testator legauit Titio seruum, & ab eodem Titio eidem seruo reliquit fideicommissariam libertatem. Eidem quoque seruo ab herede, vt ponit per fideicommissum reliquit hereditatem. Lex ait, non posse cogi heredem suspectam hereditatem adire, serui nomine scil. hac ratione, quia seruo nõ potest restitui hereditas antequam factus sit liber, *l. si cum pure* §. 1. *hoc tit.* Et libertas ei relicta est non ab herede, à quo relicta est hereditas, sed à legatario, nemo autem propter legatum solum, vt valeat legatum, vel propter libertatem solã cogitur adire, vt ait *l. prox.* §. *vlt.* quam exposuimus lib. 19. nemo, inquã, cogitur, vel propter legatum, vel propter libertatem adire, ne in damno moretur, forte mortuo seruo antequam legatarius eum manumiserit. Et ita scribit Papin. in *h. l. non est cogendus*: cui scripto mirum in modum aduersatur *l. 11.* §. *vtrum*, & *l. 13. in princ. huius tit.* Ex ijs quæ diximus heri, intelleximus, heredem cogi adire, à quo relicta est seruo hereditas fideicommissaria, & à legatario libertas, & remedium dedisse D. Pium, vt heres non versetur in damno, mortuo forte seruo, ante aditionem fideicõmissarij, vel ante manumissionem. Sed vt breuiter respondeam, iam antea diximus *d.* §. *vtrum legem* 13. loqui de herede instituto ex asse & aliud esse in hered. institutio ex parte Papin. ostendit in *l. 12.* cum qua hæc

A debet coniungi omnino. Atque ita hæc etiam debet accipi de herede instituto ex parte, à quo sit relicta fideicõmissaria hereditas seruo & seruus alii legatus, & legatarius porro rogatus eum seruũ manumittere. Hic enim heres non cogitur adire antequam seruus peruenerit ad libertatem. Vno tamen casu in hac l. Papin. ostẽdit, heredem ex parte institutum posse cogi adire, & restituere hereditatẽ, videlicet, si legatum serui defecerit viuo testatore mortuo legatario, quandoquidem legatum remanet apud heredẽ, si habuerit ius antiquum, si habuerit ius excludendi fisci, qui alias ex l. Papia vocatur ad legata, quãdo deficiunt viuo testatore, & dicuntur esse in causa caduci. Imo remanet illud legatum apud heredem, etiamsi heres non habeat ius antiquum propter fideicommissariam libertatem, quia leges Caducariæ non pertinent ad
B libertates, *l. generaliter* §. *si heres, de fideic. libert, l. si priuatus* §. *vlt. qui & à quibus man.* Ergo legatum illud serui remanet apud heredem, & remanet igitur cum onere fideicommissi, id est, cũ onere præstandæ seruo libertatis. Atque ita hoc casu, heres idem incipit esse debitor, qui libertatis & heredis. Ac merito nomine serui cogitur adire, & manumisso restituere hereditatem, vt demonstratũ iam est in *l. praced.* §. *vlt.* quæ, & hoc notandum, quod hæc lex consentiat, merito ei subiuncta est. Et hoc argumento confirmari etiam potest, hanc legem non esse accipiendam de herede instituto ex parte, cũ & de eo fuerit lex præcedens. Confirmari denique id potest coniunctione *d. l. 12.* & vicinitate l. præcedentis, neque de eo quicquam ambigendum est.
C

Ad l. 55. ad Senatusconsultum Trebell.

Si patroni filius extrario restituerit ex Trebelliano hereditatem, operarum actio, qua transferri non potuit, apud heredem manebit, nec ei nocebit exceptio, cum eadem prodesse non posset ei, qui fideicommissum accepit. Et generatim ita respondendum est, non summoueri heredem, neque liberari ex his causis, qua non pertinent ad restitutionem.

§. 1. ¶ Imperator Titus Antoninus rescripsit in tempus directo data libertate, non esse repræsentandam hereditatis restitutionem, quando persona non est, cui restitui potest.

§. 2. ¶ Qui fideicommissam hereditatem ex Trebelliano, cũ
D *suspecta diceretur, totam recepit, si ipse quoque rogatus sit alij restituere, totum restituere cogetur. Et erit in hac quoque restitutione Trebelliano locus. Quartam enim Falc. iure fideicõmissarius retinere non potuit. Nec ad rem pertinet, quod nisi prior, vt adiretur hereditas, desiderasset, fideicommissum secundo loco datum intercidisset. Cum enim semel adita est hereditas, omnis voluntas defuncti rata constituitur. Non est contrarium quod legata cætera non vltra dodrantem præstat: aliud est enim ex persona heredis conueniri, aliud proprio nomine defuncti precibus adstringi. secundum quæ potest dici, non esse priore tantum desiderante cogendum institutum adire, vbi nulla portio remansura sit apud eum: vtique si confestim, vel post tempus cum fructibus rogatus est reddere: sed & si sine fructibus rogatus est red-*
E *dere, non erit idonea quantitas ad inferendam adeundi necessitatem; nec ad rem pertinebit, si prior etiam libertatem accepit: vt enim pecuniam, ita nec libertatem ad cogendum institutum accepisse satis est. Quod si prior recusauerit, placuit vt recta via secundus possit postulare, vt heres adeat, & sibi restituat.*

§. 3. Quid ergo, si non alij, sed ipsi heredi rogatus sit restituere? Quia non debet eidem, quandoque quarta reddi, quam perdidit, propter huius portionis retentionem erit audiendus. Sed nec illud translatitie omittendum est, instituto, qui coactus est adire, fideicommissi petitionem denegandam esse, Cur enim non videatur indignus, vt qui destituit supremas defuncti preces, consequatur aliquid ex voluntate? quod fortius probabitur, si post impletam conditionem coactus est adire: nam si pendente conditione durum

erit idem probare cum & Falcidiam pœnitendo potuit inducere. Nec ignoro posse dici nullo modo fideicommissi petitionem denegandam eis, qui iura sepulchrorum adquiri insequantur. Adeo Senatus nihil apud eum ex ea parte, quam derelinquit, voluit relinquere, vt nec Falcidiam exercere possit, nec præceptio, apud eum relinquatur, nec substitutio quoque secundarum tabularum ita facta: Quisquis mihi heres erit, filio meo heres esto, eidē daretur. 4. §. Cui Titiana hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est, Meuianam hereditatem, quam Titius defunctus ex Trebelliano Sempronio restituere debuit, & ipse restituere poterit, sicut alius quilibet successor. 5. §. Actiones temporariæ Trebelliani solent esse euicta hereditate ab eo qui posteaquam fideicommissam restituit hereditatem, victus est: scilicet ante restitutionem lite cum eo contestata: potestas enim euictionis tollit intellectum restitutionis, indebito fideicommisso constituto. Plane si fideicommissum ab eo quoque qui postea vicit, relictum est, quia possessor in ratione reddenda hereditatis partem, quam fideicommissario restituit, heredi reputat: defendi potest, actiones Trebelliani durare.

PRima quæstio *l. si patroni*, est de operis libertorum, quæ necessario coniungenda est cum *l. si bona* 40. *de op. libert.* quæ est ex eodem libro. Certum est, restituendo hereditatem ex Senatusconsulto Trebelliano heredē transferre obligationes & actiones omnes in fideicommissarium, cui restituitur, quas scil. habuit tempore restitutæ hereditatis, & quibus fuit astrictus, hoc est, & actiuas, & passiuas, siue iure ciuili cōpeterent, siue iure prætorio: imo & causa naturalium obligationum transit ad fideicōmissarium, *l. quamuis, hoc tit.* Et ideo, si heres conueniatur in solidum à creditoribus hereditariis post restitutam hereditatem, potest se tueri & defendere exceptione restitutæ hereditatis, quia restitutio liberat heredē, si non ipso iure, saltem per exceptionem: Et contra si post restitutionem heres, qui restituit, agat cum debitore hereditario, repellitur eadem exceptione restitutæ hereditatis, & transfusarum per restitutionem, siue translatarum actionum in fideicommissarium, *l. 1. §. quanquam, & l. ita tamen §. qui ex Trebell. hoc tit.* Quæ exceptio etiam dicitur exceptio Trebelliani *l. 28. de iudic.* sicut actiones Trebell. quæ ad fideicommissarium transierunt per restitutionem hereditatis in §. *vlt. huius leg.* Quod autem diximus, restituta hereditate omnes actiones fideicommissario, & in fideicommissarium competere, non habet locum in actione operarum, quæ heredi instituto filio patroni cōpetit aduersus libertum paternum: Nam hæc actio non transit in fideicommissarium extraneum, cum non sit patronus, & hæ operæ debeantur tantum reuerentiæ patroni. Finge: libertus patrono debuit operas, primus filium heredem instituit, & rogauit fideicommissario restituere hereditatem. post certum tempus restituta hereditate, an actio operarum transit in fideicommissarium? minime, quia non est patronus. filius patroni est patronus, *l. cum patronum* 10. *de iure patron.* ei debentur operæ quasi patrono, *l. sciendum, de verb. sign.* & restituta hereditate apud eum remanebit actio operarum, nec petenti operas obstat exceptio Trebell. nec vt annotauit Accurs. recte, has operas imputat in Falc. videlicet, si post mortem patroni deberi cœperit, si post mortem patroni ab ipso filio inductæ fuerint, & imperatæ liberto patroni: quia etiam omissa hereditate paterna ei debetur, modo non sit exheredatus: & in Falcidiam imputantur tantum quæ iure hereditario capiuntur, id est, quæ quis non caperet, si heres non esset, vel si repudiaret hereditatem, aut ea se abstineret. Ergo non imputabit, quæ capit iure patronatus. Recte autem dicimus, etiam restituta hereditate, filium patroni retinere actiones operarum, cū non possint transire in extraneum, qui nō est patron⁹. hæ operæ sunt officiales. Porro officium tantum constat inter libertum & patronum. filius ipse est patronus, fideicōmissarius Trebellianus non est patronus. Et eadem ratione extraneus heres institutus à patrono, nō est patronus: Et consequenter ei non debentur operæ, quæ debitæ fuerunt defuncto, quia nō ius hereditariū sequuntur, sed ius patronatus, atque cōmutantur, *l. libert. C. de op. libert. l. pro herede §. si quis tamen, de acqu. hered.* Et eadem ratione filio exheredato non debentur operæ, quia non est patronus. Exheredatio non tantum ius sui filio aufert, sed etiam ius patroni in libertos paternos, *l. si operum, de op. libert.* Et hæc quidem, vt iam antea significaui, accipienda sunt de operis officialibus, hoc est, quas libertus, vt libertus patrono debet officii causa, non tantū iure ciuili, puta ex stipulatione, vel etiam iureiurando, quo solo casu ex iureiurādo actio est, sed etiam eas debet patrono iure naturali, cuiuscūque sint ministerii, artificiiue generis, quas modo libertus ipse edere patrono possit, & exhibere: &
B debētur non quidē statim, vt promisit vel iurauit, etiam si pure promiserit, sed cū eas patronus indixerit, cum cōmodum erit patrono eas sibi edi, iubente puta patrono, *Præsta mihi hodie illam operā struēdo parieti, dato mihi hodie operam*, vel quid aliud. quas autē debet libertus, vt quilibet extraneus, hæ non in officio consistunt, *ce n'est pas pour luy faire hōneur*, sed quasi in pecuniæ præstatione. Et hæc transeunt ad quemcunque heredem, *l. 6. de op. libert.* Officiales transeunt ad filium heredem institutum, nō ad extraneum heredem institutum, non ad fideicommissarium Trebellianum, vt ostendit hæc l. Papiniani, sed remanēt apud filium heredem institutū, & earum actio. Nec filio eas operas petenti obstat exceptio Trebelliani, quod Papin. ostendit elegantissima ratione, quæ sic erat enarrāda: cur filio heredi instituto, qui restituit hereditatē, agenti de operis aduersus libertū paternū, non obstat exceptio
C Treb. sicut si ageret alia de re? quia si noceret filio, prodesset fideicommissario extraneo, id est, extraneo competeret operarum persecutio, quas nō posset filius persequi, *l. 1. §. 4. hoc tit.* Atqui extraneo operarum persecutio competere non potest, cum non sit patronus. Ergo persequenti operas filio, nō debet nocere exceptio. Est elegātissima ratio. Et inde generaliter definit Papin. ex omnib. his caussis, quæ ad restitutionem nō pertinent, id est, quæ in restitutionem fideicommissi non veniunt, quæ non sequuntur fideicommissarium Treb. heredi agenti non nocere exceptionem Treb. vnde sequitur, vt pro rata Falcidiæ, pro rata quadrantis, quam retinet heres oneratus fideicōmisso, agenti heredi nō possit nocere exceptio Trebell, nec prodesse conuento pro rata Falcidiæ, quia iura omnia siue onera creditorum, aut actiones debitorum diuiduntur inter heredem & fideicommissarium pro quadrante & dodrante. Idemque erit in fructibus medio tēpore perceptis, qui in restitutionem nō veniunt. Nam si eos persequatur pro rata quadrantis heres post aditā hereditatem, non oberit exceptio Trebel. & etiam nō proderit, si conueniatur eorum caussa: puta reddendorum sumptuum nomine quos colonus fecit in ferendis fructibus aut legendis. Et consequenter idem etiam erit in his quæ heres alienauit, vel quæ deminuit ex hereditate; cum esset rogatus restituere, quod superesset:
E & generatim, vt ait in omnibus, quæ ad restitutionem non pertinent.

Diximus, filio heredi instituto etiam post restitutam hereditatem deberi operas à liberto patrono. Dixi extraneo heredi patroni non deberi operas. Videamus, quemadmodum hæ duæ sententiæ accipiendæ sint. Prior vera est, filio heredi instituto deberi operas, quas libertus patrono debuit, etiamsi restituerit hereditatem: imo etiamsi abstinuerit se hereditate, modo non sit exheredatus, *l. si operarum, de op. libert.* Quod ea lex significat his verbis, *etiamsi heres non existat*: aliud est, heredem exsistere, aliud exstare: nam exstare, constare est, & perseuerare, heredem esse, non nomine tantum, sed re: filius heres existit statim, etiam inuitus & ignorans, sed non exstat heres, si se abstinuerit: nec tamen ideo minus petit operas. Et idem etiam est, si de ope-

ris lis à patre non fuerit contestata cum liberto, hoc est, filio debetur etiam futuræ operę, quas ipse indicet, nedū præteritæ quas pater indixit, *(nedum, id est,* multo magis) & de quibus litem contestatus est in *d. l. si operarum.* Sane præteritæ filio debentur, cum & debeantur heredi extraneo patroni, quoniam iam cesserūt, & sunt in hereditate, *in l. 4. de op. libert.* Sed in filio hoc est præcipuum, vt ei debeantur etiam futuræ, quæ tamen non deberentur heredi extraneo: heredi extraneo nouarū operarum indictio non est: præteritarum, quas indixit defunctus, & de quibus litem contestatus est, etiā heredi extraneo petitio est. Et secundum hæc, quæ sunt certissima, iamdiu ostendi, in *l. pro herede §. si quid tamen, de acq. hered.* sic esse legendum, *cū petitio earum etiam non heredibus cōpetat, & maxime futurarū.* Nam hoc vult dicere §. filium patroni heredē institutū petendo operas, non videri pro herede gessisse, atque adeo petēdo operas, eum se nō immiscuisse negotiis hereditariis, quia sc. filiis patroni etiam nō heredibus puta abstinentibus se bonis paternis, datur petitio operarū, modo non sint exheredati, & futurarū maxime, id est, quę post mortē patroni deberi cœperunt. Posset dubitari, *an abstinentibus se hereditate filijs, etiam esset petitio operarum præteritarum?* Sed idē est etiam in præteritis, vt dixi ante, minus dubitabatur de futuris. Ergo ita cōcludamus, filijs heredibus institutis etiam abstinētibus se, petitio est operarum, cum futurarum, tum præteritarum. Extraneis autem heredibus, qui adierunt hereditatē, est petitio præteritarum tantum, quæ iam cœperant deberi defuncto, quæque ab ipso defuncto indictæ fuerant, *l. 4. de op. libert.* Et secundū hoc recte in *l. 9. eod. tit.* operas futuras non alij deberi quam patrono, quia scil. præteritæ debētur etiam nō patrono puta heredi patroni extraneo, qui adiit. Et secundum hæc etiam est certissimum, in prima parte legis *si operarum,* tollendam esse negationem. Nam vt summatim illa lex exponatur, facit differentiam inter filiū patroni heredem institutum, & extraneum heredē institutum. Nam filius patroni petit operas omnino etiamsi abstinuerit se hereditate, etiamsi de eis non egerit pater, id est, non fuerit litem contestatus pater, antequam moreretur. Extraneus autem ita demū petit operas, si à defuncto fuerit lis contestata, contestatum iudicium operarum, & pendente iudicio mortuus fuerit. Nam translatio iudicij datur extraneo heredi, id est, lis transfertur in extraneum heredem. lex *tam ex contractib. de indic.* ait, transflationem dari, quem locum iuuenes quidam deprauerant. Filio fam. post litem contestatam procuratorio nomine mortuo pendente lite aut etiam post condemnationem erit, *in eum, quem defend.*, hoc est, in eum cuius nomine egit, *translatio, non transactio,* vt Flor. *datur* in eum, cuius nomine egit, datur translatio litis, vt ab eo per agatur lis vel si procurator fuerit condemnatus, datur in eum iudicati actio. Et ita Græci *μεταβαίνει δίκη*, id est, *transfertur iudicium*, vel condemnatio in eum, quem defendit. Hæc sunt certissima, sed vt magis confirmentur, applicanda est *l. 40. de op. liber.* quæ est ex eodem libro.

Ad l. si bona 40. de oper. libert.

Si bona patroni venierunt, operarum, quæ post venditionem præterierint, actio patrono dabitur, & si alere se possit, ante vēditionem præteritarū non dabitur, quoniam ex antegesto agit.

Species hæc est: bona patroni decoctoris vendiderunt creditores eius. præteritæ opere ante venditionē bonorū, quas patronus iam indixerat sequuntur creditores patroni, vel emptorem bonorum, qui est pro successore, non sequuntur patronum. Cur? quia cuius bona venierunt, non potest agere ex antegesto, ex eo quod gessit ante venditionem bonorum, *l. pen. de curat. bon. dand.* ad quam omnino est quasi similis adiungenda hæc, & ad hanc illa, nec sine illa vix vllus hanc intelligit. Operæ

A autem præteritæ post vēditionē bonorum, puta quas patronus indixit post venditionem bonorum debentur patrono etiāsi citra eas operas habeat vnde se alat. Hoc ait Papin. in hac *l. 40.* sed est vitiata ab interpūctionib⁹, post verbum possit, reponendum est punctum. Sed exponamus illud. *operæ præteritæ post venditionem patrono debentur, etiāsi aliunde se alere possit.* Cur hoc ait? *etiamsi aliūde, &c.* quia est ei relinquendū, quo se alat, si post venditionē cū eo agatur, sicut agi potest, quia scilicet post vēditionem tantū tenetur in id, quod facere potest, *l. vlt. C. de rev. his, quæ in fraudem cred.* in quantum facere potest, quod ratio eius habenda est, ne egeat secundum regulam legis, *in cōdemnatione, de reg. iur.* Quid hoc est, *ne egeat,* id est, ne desint ei alimenta, *l. 6. de cessio. bon.* Ergo hoc vult lex, quod etiamsi ei sufficiant alimenta quotidiana, tamen habeat
B etiam operas, quæ post venditionem cesserunt, quas creditores habere non possunt.

Ad §. Imperator Titus Ant.

Ponitur rescriptum D. Pij, quo cauetur, vt si testator seruo suo pure reliquerit hereditatem per fideicōmissum ab herede scripto, & libertatem directā in tēpus, puta, vt post biennium liber esset, non posse cogi heredem adire, antequam seruo libertas cōpetierit, non posse cogi adire ante biennium, quia nō est cui hereditas restitui possit. Pendet hereditas ex libertate fideicommissarij, quod coniungendum est cum his, quæ ex eodem libro attulimus in *l. 12. & l. non est cogēdus, hoc tit.* Quanquā in illis locis agitur de libertate fideicōmissaria, hoc loco de dire-
C cta: illis locis de libertate à legatario, hereditate ab herede relicta, hoc loco de vtraque relicta ab herede. Et pertinet etiam valde ad hæc, quæ posui latius *lib. 19. ad l. si res aliena, hoc tit.* Et verissima sunt quæcunque scripsit Accurs. in hunc §.

Ad §. qui fideicommissam.

Transeamus igitur ad §. *qui fideicommissam,* & eum totū exponamus, si placet. Est satis longus, & multa complectitur. Sciendum est, heredem, qui suspectam & damnosam hereditatem dicit, postulante fideicommissario ex Senatuscōsulto Pegas. cogi à prætore adire & restituere hereditatem totam non deducta Falcid. quia Falcidia vtitur tantum is, qui sponte adit: sed fideicōmissario
D & in fideicommissarium, qui recipit hereditatem, dabūtur omnes actiones, perinde atq; si restituta esset hereditas ex Senatuscōsulto Trebell. Quod etiam proponitur in initio huius §. Verum sciendū est præterea, & hunc quoque fideicommissarium, si rogatus sit eandem hereditatē alii restituere, æque alii restituere hereditatē totam, quā recepit, nō deducta Falcidia, ita vt transeant omnes actiones ad secundum fideicōmissarium *l. 1. §. de illo, h. t.* Heres non detrahit Falcid. sua culpa, quia quantum in se fuit, hereditatē dereliquit, nec nisi coactus adiit *l. quia poterat, hoc tit.* Fideicommissarius autem, quod obtinet etiam in legatario, non detrahit Falc. nullus, inquam, fideicōmissarius, siue particularis, siue vniuersalis detrahit Falcidiā,
E quia lex Falcidia lata est solius heredis causa, *l. pater ad l. Fal.* vt ne hereditatē derelinqueret, aut destitueret. qui non est heres non exercet Falcidiam. Ergo legatarius aut fideicommissarius qualiscunque sit non exercet Falcidiā, quod probatur ex *l. 1. §. denique, & §. seq. l. mulier. §. vlt. hoc tit. l. lex Falc. §. vlt. ad l. Falc. l. coheredi. §. quod si heredem, in fin. de vulg. substit.* Et verissimum hoc est, siue vsus iam sit heres Falcidia aduersus fideicommissarium, vt non possit rursus & fideicommissarius vti Falcid. siue heres non sit vsus Falcid. quia nec tunc ea vteretur fideicommissarius, vt in specie huius §. si coactus adiit. Et ita apertissime definitur in hoc §. qui continet multa præclarissima principia iuris. Hoc primum est, quod dixi solum heredem exercere Falc. nō

deicōmissarium vllum, aut legatarium. Et respondet Papin. quibusdam, quæ possent obiici huic principio, seu sententiæ iuris sed possent etiam obiici alia, quæ non memorauit Papin. quæ nos tamen proferemus & refellemus. Diceret primum forsitan aliquis in hac specie, æquum esse, fideicommissarium exercere Falcidiam aduersus secundum fideicommissarium, quia, nisi ipse prior coegisset heredem adire, intercidisset fideicommissum secundo loco datum, quia aditione non secuta omnis vis testamenti soluitur, & nihil testamento scriptum valet: aditio confirmat omnem scripturam testamenti. Et eleganter ait, quod est aliud principium, *cum semel adita est hereditas, omnis voluntas defuncti rata constituitur.* Sic ergo argumentatur prior fideicommissarius: Ego curaui, vt adiret heres, ego compuli, & ita ratam constitui voluntatem omnem defuncti, aut rata vt constitueretur, effeci per aditionem. seruaui ergo tibi fideicommissum posterius: cur non ex eo deducam quartam, vt tu habeas tantum dodrantem, qui nihil habuisses, nisi ego compulissem heredem ad adeundum? Papin. contemnit inspectionem istam, & ait, hoc nihil ad rem pertinere, absurdam esse argumentationem, id est, huius rei rationem nullam haberi debere, nec ideo magis fideicommissario priori Falcidiam exercere licere aduersus posteriorem: alioquin in casibus, quibus cesset Falcid. vt in testamento militis, per hanc causam heres induceret Falcidiam, dicendo se adiisse & ita seruasse legata aut fideicommissa, ne interciderent, qui poterat repudiare testamentum & hereditatem. Igitur hæc causa non est idonea ad inducendam Falcid. quibus casibus non habet ea locum. Hoc nihil ad rem pertinet, nec declarat, cur nihil ad rem pertineat, quod satis quilibet id videatur per se capere posse. Ergo verum manet illud, fideicommissarium non exercere Falcid. Videtur contrarium esse huic sententiæ rursus, quod fideicommissarius legata ab herede data præstat deducta Falcid. si eam non deduxit heres. Præstat igitur tantum dodrantem legatarius. Quod etiam opponit Pap. hoc loco, & probatur *l. 3. §. 1. l. facta §. si cum suspecta, hoc tit.* Cæterum hoc sane non est contrarium sententiæ nostræ, quia eo casu hanc Falcid. deducit fideicommissarius ex persona heredis, à quo relicta erant legata aut fideicommissa, & qui ea deducere potuit: alioquin secus, *l. cogi §. Mecianus, & l. ex asse, hoc tit.* non enim eo casu fideicommissarius deducit Falcidiam ex persona sua & nomine proprio. Nam ex fideicommissis à se relictis, fideicommissarius non deducit Falcidiam. Et superior sententia est sic accipienda, vt fideicommissarius non exerceat Falcidiam ex sua persona: nam ex persona heredis potest. Non est etiam contrarium huic sententiæ, quod fideicommissarius, qui passus est Falcidiam, hoc imputat suis fideicommissariis pro rata, & eo minus præstat, *l. pen. §. vlt. ad l. Falcid. l. factam §. si Titius, h. t.* Quia, vt respondeam, hæc imputatio non est deductio Falcidiæ, permissa ob id tantum, ne fideicommissarius obligetur in plus, quam acceperit, ne de suo fideicommissa præstare cogatur. Non est etiam contrarium huic sententiæ, quod si heres rogatus sit hereditatem restituere Titio, & rursus Titius rogatus sit eam alii restituere, si Titio restituerit heres, non deducta Falcidia, eo scilic. animo, vt ipse Titius potius eam deduceret, & sibi haberet, Titius potest vti Falcidia aduersus sequentem fideicōmissarium, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Hoc non est cōtrarium superiori regulæ, quia, vt respōdeam, hoc facit liberalitas heredis, qui Falc. quam omisit donare voluit priori fideic. non posteriori. Itaque sit nobis semper illa sententia, vt murus aëneus. Et hæc, quæ dixi pertinent ad hanc partem §. *qui fideicommissariam hereditatem.* vsque huc adstrinxi, persequar reliqua. Intelleximus heredem rogatū restituere hereditatem Titio, qui eam alij restituere rogatus est, postulante Titio, si heres suspectam hereditatem dicat, profiteatur sibi non expedire eam heredi-

A tem adire, compelli posse per prætorem, vt adeat & restituat. Compelli igitur potest à priore fideicom. Hoc non est vsquequaque verū, vt eleganter docet: Nam hoc verum est quidem, si aliqua portio hereditatis ex fideicōmisso apud Titiū remansura sit, vt si non sit rogatus alii restituere totū, sed partem: quia portio hereditatis apud eum est remansura, ei ius est cogendi heredē, vt adeat & restituat, ne eam portionē hereditatis amittat: nemo cogit adire heredem propter legatum, vt valeat testamentum: nemo cogit adire heredem propter fideicommissum pecuniarium, nec propter vllum aliud emolumentum: imo nec propter libertatem, ne pereat libertas, sed propter hereditatem tantum fideicommissariam, aut partem hereditatis. Igitur si Titius prior fideicommissarius rogetur aliis restituere totam statim, vel post tempus, cum fructi-
B bus, sane quia nihil eius interest, non potest cogere heredem adire: imo & si Titius rogetur alii restituere post tēpus hereditatem totam sine fructibus, quia apud illum nulla est remansura portio hereditatis, cum totum restituere rogatus sit, non potest compellere heredem ad adeundam hereditatem propter commodum fructuum medii temporis, quia nec propter legatū, nec propter libertatem, sed propter partē hereditatis solam, quod est aliud certissimum principium iuris, atque adeo propter partem hereditatis solam, vt nec is, cui relicta est per fideicommissū, possit heredem cogere adire nisi pars aliqua hereditatis apud eum sit remansura. Quod confirmatur etiā *l. si res §. vlt. & l. seq. hoc tit.* Cæterum, quo casu prior fideicōmissar. non potest cogere heredem adire, si recuset fideicommissum, certissimum est, sequentem fideicom-
C missarium, apud quem fideicommiss. est remansurum recta via, ac si non esset medius alius fideicommissarius, posse compellere heredem adire, & sibi restituere. *l. cogi §. vlt. hoc tit.* Et hæc pertinent ad illa verba, secundum quæ vsq; ad hæc verba, *sibi restituat.* Et his proxime subiūgitur quæstio hæc: *an heres cogi possit adire, si fideicommissarius nō alij, sed ipsimet heredi, rogatus sit restituere sub conditione aliqua?* Et respondetur, cogi posse, quia heres qui coactus adiuit, perdit quartā, & hæc quarta, quā perdidit, remanet apud fideicommissarium, nec venit in restitutionem fideicōmissi relicti eidem heredi. Igitur propter eam portionem audiendus est fideicōmissarius, si postulet decretū, quo heres cogitur adire. Plus tentat Papin. nec heredem fideicommissarium teneri ex causa fideicōmissi, hoc est, fideicommissarium retinere posse totum, quod recepit,
D quia scil. qui coactus adiit, non tantum perdit quartā, sed etiam fideicommissum eiusdem hereditatis: merito, quia ab initio spreuit & dereliquit. Denique eo est indignus. Et ait Pap. hoc non esse omittendum translatiue, id est, ὑπερβατῶς siue saltuatim, hoc est, hoc non esse dissimulandum, quoniam est verissimum, fideicōmissū hereditatis eiusdem non deberi heredi compulso eam adire. Sane verissimum est, si post conditionem fideicommissi coactus adierit, non si pendente conditione: etiamsi cogi possit adire, si suspectam dicit etiam pendente conditionē fideicommissi prioris. *l. 1. §. vlt. l. 13 l. si cui priore, hoc tit.* tamen interim locus est pœnitētiæ, vt & Falcidiam & fideicommissum sibi seruare possit, puta res est integra, cum
E nondū restituerit, adire quidem cogitur ante conditionē qui suspectam dicit, sed ei non restituendā. lex *quod §. qui nam compulsus, hoc tit.* quæ negat pœnitentiam admitti Falcidiæ seruandæ causa, non est accipienda de eo, qui ante conditionem adiuit, sed de eo, qui adiuit post conditionem. Conclusio igitur hæc sit: heredem, qui coactus adiuit, non tantum quartam amittere, sed etiam fideicommissum eiusdem hereditatis, quod ei testator reliquit à fideicōmissario. Dicit Papinianus ad hanc conclusionem: se non ignorare, posse dici, eum non amittere fideicommissum, non amittere petitionem fideicommissi, sed se eo non moueri, *non ignoro*, inquit, posse dici. Sed suppleamus, & non moueor eo. Qua ratione? quia etiamsi non esset heres in-

ſtitutus, id fideicommiſſum haberet. Denique id fideicõmiſſum non capit vt heres, cum poſſit etiam relinqui non inſtituto vel exheredato, & qui coactus adierit, ea tantum amittit, quæ habiturus eſt ſi adierit, ea tantũ amittit, quæ habiturus erat vt heres, qua ratione non amittit iura ſepulchrorum familiæ defuncti, etiamſi coactus adierit, & reſtituerit, *l. quia perinde* §. 1. *h. t.* quia & exheredati ea iura habent, *l. 6. de relig. & ſumpt. fun.* non aufertur etiã heredi coacto mortis cauſa capio, *l. qui heredi* §. *cum heres, de cõd. & demonſtr.* qui eam capit vt quilibet, non vt heres, & ex alienis bonis, non ex bonis defuncti, cuius iudicium dereliquit, aut dereliquiſſet, niſi coactus fuiſſet: non auferuntur etiam heredi coacto fructus ex bonis percepti ante mortem, *l. ita tamen* §. 1. *h. t.* quia nec hereditati accepti feruntur, ſed rebus ipſis, *l. in fideicomm. hoc tit.* His exemplis poſſes dicere, etiam non auferri fideicommiſſum hereditatis, quibus tamen nihil mouetur Papin. Et concludit, æquum eſſe, vt heres, qui compulſus adiit, amittat fideicõmiſſum, quod eſt ex hereditate, quam dereliquit, ad quam non potuit, niſi per prætorem impelli. eidem etiam aufertur prælegatum. His non eſt contraria *l. filio, de leg.* 1. quia is coactus non adiit, ſed abſtinuit ſe, cum nollet ſuo periculo adire. qui coactus adit, adit alieno periculo, & ob id caret commodis omnibus, & aufertur eidem commodum ſubſtitutionis pupillaris, ſi modo ad bona pupilli per ſubſtitutionem ſit vocatus, quaſi heres patris hoc modo: *quiſquis mihi heres erit, idem filio meo heres eſto*, quia hæc formula vocatur vt heres, & his omnibus caret, ad quæ vocatur vt heres, qui compulſus adiit. Et ſimiliter aufertur ei ius adcreſcendi, quod obuenit etiam vt coheredi, *l. tamen, & l. ſi res* §. *vlt. h. t.* Et generaliter qui compulſus adiit, amittit omnia quæ ſunt ex ea hereditate quam dereliquit & ea etiam quæ ſunt ex aliena hereditate puta pupilli, quæ non erat habiturus, ſi heres inſtitutus non fuiſſet. Et hoc eſt, quod in reliqua parte continetur. Illud tamen notandum, manifeſte eſſe deprauatum hunc locum, *eis qui iura*, dicendum, *eos, quos iura ſepulchrorum ſequuntur*, vt in *l. is qui, famil. erciſc.* Heſterno die vltimam queſt. §. *qui fideicommiſſa* debui concipere in hunc modum, *an heres cogi poſſit adire, ſi is, cui ſub conditione rogatus eſt reſtituere hereditatẽ, non alij, ſed ipſimet heredi eandem reſtituere rogatus ſit?* Et ita velim vos emendare, vt ſcil. quod ſubiicitur de herede, qui coactus adiit poſt impletam conditionem, vel pendente, referatur ad conditionem adſcriptam priori fideicommiſſo, & ita omnia erunt facillima. Et quod dixi illo loco, *nec ignoro poſſe dici*, videri legendum, *quos iura ſepulchrorum ſequuntur*: Videamus, an nulla facta mutatione interpretari poſſimus, *inſequuntur*, hoc eſt, dicunt ſeu pergunt dicere, vt apud M. Catonem *inſequenda*, id eſt, dicenda & oratione perſequenda, notauit Gellius. Idemque Gellius & Feſtus in quodam loco Ennij, ex initio Odyſſ. Liuij Andronici, *virũ mihi Camœna inſeque verſutum*, id eſt, *dic*, quod ita Homerus ἄνδρα μοι ἔννεπε, &c. Sed nimis elegãs forte illa verſio Andronici. An igitur hoc loco qui iura ſepulchrorũ adquiri inſequuntur, hoc eſt, qui etiamſi compulſi adierint & reſtituerint, iura ſepulchrorum ſibi adquiri perſequuntur, pergunt, pertendunt dicere, vt ſcil. qui hoc dicunt atque pertendunt, poſſint etiam dicere, ſibi non eſſe denegandam petitionem fideicommiſſi. Et hæc ſane mihi interpretatio placet valde. Nunc ad §. pen. huius l. accedamus.

Ad §. Cui Titiana.

Cui Titiana hereditas ex Trebelliano Senatuſconſulto reſtituta eſt, Mæuianam hereditatem, quam Titius defunctus ex Trebelliano, Sempronio reſtituere debuit, & ipſe reſtituere poterit ſicut alius quilibet ſucceſſor.

NOtandum eſt, non tantum heredem rogatum reſtituere hereditatem, obligari fideicõmiſſo, ſed etiam heredem legitimum: nam & à legitimo herede fideicommiſſum hereditatis relinqui poteſt. & non tantum heredem, ſed etiam bonorum poſſeſſorem, & alium quemlibet ſucceſſorem, *l. 1.* §. *bonorum, l. recuſare* §. 1. *h. t.* Et non tantum heredem, qui rogatus eſt, obligari, ſed etiam heredis heredem, aut bonorum poſſeſſorem; aut alium ſucceſſorem hereditatis, vt ſcil. hereditatem, quam primus heres adiuit, reſtituat fideicommiſſario, & transferat actiones ex SCto Trebell. *l. quamuis* §. 1. *& l. ſi eius pupilli* §. *ſi quis, hoc tit.* Ergo heres heredis rogati reſtituere hereditatem, poteſt reſtituere eam hereditatem, & vero debet, ſi modo primus heres eam adierit. Hoc neceſſario addendum eſt, ne ſit contraria lex 13. §. 1. *in fi. h. t.* Nam ſi primus heres eam non adierit, non trãſmittitur ad heredem eius. Ergo vt heres heredis obligetur fideicommiſſo hereditatis, neceſſe eſt, vt primus heres eam adierit, nec dum reſtituerit: Nam reſtituet heres heredis. Plus dico ex hoc §. *pen.* etiã fideicommiſſarium, cui heres reſtituit hereditatem, debere & poſſe reſtituere fideicõmiſſum hereditatis, quod defunctus debuit, & heres eius. Finge: (& hæc eſt ſpecies huius §.) Titius à Mæuio heres inſtitutus eſt, & rogatus eam hereditatem Mæuianam Sẽpronio reſtituere. Idem Titius Caium ſibi heredem inſtituit, rogauitque, vt hereditatem ſuam, in qua erat Mæuiana, reſtitueret Claudio. Caius Claudio ex cauſa fideicommiſſi Sempronij obligatur, vt ei reſtituat hereditatem Mæuianam, quam Titius reſtituere debuit, & heres eius: atque ita fideicommiſſo hereditatis, quod defunctus debuit, obligatur non tantum heres, ſed etiam heres heredis, & alius quilibet ſucceſſor: imo & is, cui heres bona defuncti reſtituit ex SCto Trebell. Et hoc tantum eſt, quod ait *in* §. *cui Titiana.*

Ad §. vlt.

§. *vlt. Actiones temporariæ Trebelliani ſolent eſſe euicta hereditate ab eo, qui poſtea quam fideicommiſſam reſtituit hereditatem victus eſt, ſcilicet ante reſtitutionem lite cum eo conteſtata. Poteſtas enim euictionis tollit intellectum reſtitutionis, indebito fideicommiſſo conſtituto. plane ſi fideicommiſſum ab eo quoque, qui poſtea vicit, relictum eſt, quia poſſeſſor in ratione reddendæ hereditatis partem quam fideicommiſſario reſtituit, heredi reputat, defendi poteſt actiones Trebelliani durare.*

HIc §. vltimus vulgo peſſime accipitur, qui melius tamen accipi erat digniſſimus, & delenda eſt Gloſſa magna ad eum §. omnino. in eo oſtenditur aliquando ab herede ad fideicommiſſarium, cui reſtituta eſt hereditas ex SCto Trebell. actiones quidem tranſire, ſed non durare apud eum, & eſſe temporarias, hoc eſt, ad tẽpus apud eum remanere. Poſt tempus haberi pro non tranſlatis in fideicommiſſarium. In hac ſpecie, quæ proponitur in hoc §. *vlt.* Cum herede ſcripto & rogato reſtituere hereditatem, antequam reſtitueret Titius, quaſi legitimus heres ab inteſtato, egit petitione hereditatis, & litem conteſtatus eſt dicens, nullum eſſe teſtamentũ, in quo poſſeſſor hereditatis heres ſcriptus fuerat, ſcil. pendente eo iudicio, nec dum finito, heres fideicommiſſario reſtituit hereditatem. Poſt Titius vicit heredem ſcriptum, & hereditatem euicit, quia probauit, iniuſtum aut irritum eſſe teſtamentum, in quo is, à quo petiit hereditatem, heres ſcriptus erat: ex quo apparuit, etiam indebitum fideicõmiſſum fuiſſe: nam res iudicata cõtra heredem ſcriptum, & contra teſtamentum etiam legatariis & fideicommiſſariis nocet, *l. 3. de pignor. & hypoth.* Et inde ſequitur, non eſſe cum effectu reſtitutam hereditatem fideicommiſſario, id eſt, reſtitutionem pro non facta haberi, non eſſe in fideicommiſſarium cum effectu tranſlatas actiones, non durare actiones apud eum, cum indebitum fideicommiſſum reſtituatur euicta hereditate ab herede legitimo iure inteſtati. Poſui ante reſtitutionem fideicommiſſi, cum herede ſcripto litem de hereditate fuiſſe conteſtatam, cum

cum adhuc eam possidebat. Et hac ratione constat res ipsas, quas ex hereditate possidebat, tempore litis contestatæ venire in iudicium & in condemnationem: post restitutionem hereditatis non potuit cum eo agi petitione hereditatis in solidum, quia non possidebat solidum: si deduxit Falcidiam, potuit agi pro quadrante tantum. si non deduxit nō potuit cum eo agi petitione hereditatis. Hæc actio datur in possessorem, & pro modo eius quod possidetur pro herede aut pro possessore, non potuit agi cum fideicommissario vtili petitione hereditatis, quia loco heredis est, id est, quia quasi pro herede possidet, *l. etiam* §. *idem erit dicendum, &* §. *seq. l. item veniunt* §. *licet, de petit. hered. l.* 11. *de inoffic. testam.* Non potuit, inquam, post restitutionem agi cum herede qui restituit, nisi dolo fecerit, sciens, in qua causa esset testamentum, restituendo hereditatem, hoc est, sciens iniustum esse testamentum, irritum, aut ruptū, quia dolus pro possessione est, *d. l.* 13. §. *vlt.* Si nihil dolo fecerit restituēdo, omnino tenetur petitione hereditatis in solidū, nisi in hoc tātum quasi iuris possessor, siue actionis, vt cedat petitori conditionem indebiti aduersus fideicommissarium, quia indebitum fideicommissum est, *l. quod si in diem* §. *pen. & vlt. de pet. hered.* Hæc sunt certissima. At contra posset quis obiicere *l. facta* §. *si heres. h. t.* & ex eo §. efficere etiam post restitutionem hereditatis heredem scriptum teneri petitione hereditatis in solidum. Nam ille §. ponit, heredem restituisse hereditatem primum; deinde post restitutionem cōtrouersiam herditatis passum esse, puta herede legitimo petente hereditatem; ex causa iniusti testamenti victum esse, aut vltro lite cessisse. Quo casu etiam ait ille §. durare actiones in fideicommissarium semel in eum translatas. Nemo est, quem non perturbet prima fronte plurimum ille §. & perturbet etiam semper, nisi accipiatur in suo & conueniente casu. Vnde ita constituamus; quod est in eo §. suis quibusdam casibus propriis & conuenientibus, verum est, puta si heres dolo fecerit. Dolo facit duobus modis. Primum, si post restitutionem hereditatis, se offerat petitioni hereditatis, quasi possessor, cum non sit possessor. Dolo facit, qui se offert petitioni, non possessor, & tenetur in solidum, *l. etiam* §. *non solum, & l. qui se liti obtulit, de pet. hered.* Dolo etiam facit heres, vt diximus, qui sciens causam testamenti, inutilitatem testamenti, restituit hereditatem: nam & dolus præteritus venit in petitionem hereditatis, *d. l.* 13. §. *vlt. & l. sed et si lege* §. *quod ait, eod. tit. l. si in autem* §. *sed & is, de rei vindicat.* Ex his causis ob dolum suum si victus sit heres, aut lite cesserit, prę̨stabit æstimationem litis, hoc est, pretium hereditatis: neque enim res ipsæ veniunt in petitionem hereditatis ex his causis. Ergo actiones remanent apud fideicommissarium. E contrario ex hoc §. vltimo notandus est vnus casus valde elegans, quo si heres, cum quo actum est petitione hereditatis, ab herede legitimo ante restitutionem, vt est species eius §. victus sit, post restitutionem durare tamen actiones in personam fideicommissarij, vt puta, si fideicommissum hereditatis non tantum sit relictum ab herede scripto, sed etiam ab herede legitimo, ab eo, qui euicit hereditatem, non tantum ex testamēto, sed etiam ab intestato, puta his verbis: *quisquis mihi testato vel ab intestato heres erit, rogo vt illi restituas illam hereditatem*, vt *l. Titia, de inoffic. testam.* Nam hoc casu victus possessor hereditatis, qui testamento scriptus erat, quique tempore litis contestatæ possidebat hereditatem, heredi legitimo, qui egit petitione hereditatis, & vicit, reputabit partem hereditatis, quam restituit fideicommissario pendente iudicio, puta dodrantem, quem & ipse heres legitimus cogeretur ei restituere, & ei restituet tantum quadrantem, si retinuerit Falcidiam, atque ita actiones Trebellia. perdurabunt apud fideicommissarium. Quæ est sententia huius §. vltimi. Hic est finis libri 20. nam quæ supersunt leges, sunt reiiciendæ in lib. 27.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXI. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 34. de statuliberis.

Seruus, si heredi decem dederit, liber esse iussus est: statuliberum heres eum manumisit, ac postea defunctus est: heredis heredi pecunia danda non est: quod enim placuit heredis heredi dari oportere, tunc memineris locum habere, cum prior heres dominus accepturus pecuniam fuit, quæ causa facit ambulatoriam, vt ita dixerim, conditionem. Duæ sunt enim causæ, per quas in primi heredis persona conditio impletur, dominij ratio, item personæ demonstratio. Prior causa transit in omnem successorem, ad quem peruenerit statuliber per dominij trāslati continuationem: sequens personæ dumtaxat eius, qui demonstratus est, adhæret.



X lib. 21. quæst. tantum habemus *l.* 34. *de statulib.* & in ea quæstiones duas. de prima primum dicamus. Statuliber est, cui directo data est libertas sub conditione. Finge: datam eam sub hac conditione (*si heredi decem dederit*) hæc conditio impleri potest non tantum in persona heredis, sed etiam eius, qui heredis heres extiterit: imo vero, si impleta non sit in persona heredis, debet impleri in persona eius, qui heredi heres extitit, vt competat libertas, alioquin non competet, quia pecunia, quæ est in conditione, in solutione est, in præstatione est, non in obligatione, non in petitione *l.* 8. *si quis omiss. caus. test.* Nam aufert eam statuliber, si velit, si nolit, non compelletur. Hoc est, quod dico, eam pecuniam esse in præstatione, non in petitione. sed necesse est, vt competat libertas, *eam pecuniam præstare*, hoc est, cōditionem libertatis impleri, quæ impletur, & hoc modo amplificatur, non tantum in persona heredis, sed etiā in persona eius, qui heredi heres extiterit: & generaliter in persona eius, qui heredi quoquomodo in dominiū statuliberi successerit, vt in persona emptoris, cui heres vendiderit statuliberum, & in persona hereditatis emptoris, & in persona legatarij, cui heres statuliberum legauerit, Et similiter in persona donatarij, & in persona patris, vel domini heredis instituti, ad quem redit emolumentum hereditatis, & in persona eius, cui statuliber noxæ deditus fuerit ab herede, in persona eius, cui statuliber adiudicatus fuerit iudicio familiæ erciscundæ, & in persona eius, qui statuliberum vsuceperit. Et generaliter, in persona nō heredis tantum, sed etiam in persona cuiuscunque noui domini, qui fit l. 12. tabul. *l.* 6. *non solum, & l. peculium* § *heredi, l. statuliber à cæteris* §. *vlt. hoc tit. l. si seruus* §. *vlt. de furt.* Et notandum, hac in re esse differentiam inter legatum & libertatem, inter legatarium & statuliberum: Nam si legatarius iussus sit dare heredi hoc modo, *lego tibi fundum si heredi decem dederis*, non implet conditionem dando heredi heredis. Seruus autem, si iussus sit esse liber sub conditione, *si heredi dederit decem*, fit liber & implet conditionem dando heredi heredis. Et hæc est differentia, quæ proponitur inter legatū & libertatem in *l. sub diuersis* §. *vlt. de condit. & demonstr.* in cuius sensu exquirendo nihil habent vulgo certi, quod tradant interpretes. ille §. eos in multas adduxit angustias, nec sciunt, cui potius sensui hærere debeant. Hodie satis esset dicere, quis sit certissimus sensus huius §. Alij volunt hunc esse sensū, vt si legatarius iussus sit dare decem heredi, & statim legatum capere datis decem heredi, non possit heres deinde implere conditionem, quia

defecit semel cōditio mortuo legatario ante numeratam pecuniam, quandoquidem ea conditio fuit iniuncta personæ legatarij, vt ipse dans alij ita perueniet ad legatum. Et sane hoc est verissimum, sed longe alienum à sententia §. Alij volunt, hunc esse sensum §. huius: si seruo data sit libertas sub conditione, *si legatario dederit decem*, eum nō posse dādo heredi legatarij implere conditionem, & peruenire ad libertatem sub ea conditione relictam. Quod etiamsi sit aliqua ex parte verum, tamen non congruit menti auctoris in *d.* §. *vlt.* & non est vsquequaque verum: Nam si ita dixerit, *liber esto, si illi legatario centum dederit* & ei legatario sit legata alia res, nō ipse seruus, nō potest impleri conditio, nisi in persona ipsius legatarij, quia omnimodo cohæret personæ legatarij, cum non fiat dominus serui per legatum: videtur aliter, si cui seruus sit legatus, & eidem seruo relicta libertas, si legatario dederit decem, qui implebit conditionem dando heredi legatarij, sicut dando heredi heredis similiter implet conditionem, & dando heredi emptoris ex *l. 6.* §. *non solum, h. t.* Et ita si statuliber iussus sit extraneo dare, qui non fiat dominus serui, non potest dari heredi extranei, nisi serui dominium extraneus adquisierit, vt si ab herede seruum redemerit, vel si heredi heres extiterit, quod exigitur prudentissime in *l. 6.* §. *nam & si quis, & l. si is cui dare, h. t.* Conditio statulibertatis à domino transfertur in non dominum, à nondomino non transfertur in alium, sed personæ omnino cohæret conditio, quæ adscripta est non domino; heredi quoque, si sit adscripta, id est, si seruus sit iussus heredi dare decem, & liber esse, heredis personæ cohæret conditio, quę demonstrata est, sed non tam, vt heredi, quam vt domino: & quatenus heredi, non transit in heredem heredis, quatenus domino transit in heredem heredis, si modo & in eum dominium serui non transierit. conditio trāsit in eum, in quem dominium statuliberi transit, non in heredem heredis: atque ita semper à domino hæc conditio ambulat ad dominum, non à domino ad dominum, nec retro à non domino ad alium quemquam. Et ita quod illi statuunt, statuliberū iussum dare legatario, non posse dare heredi legatarij, non est omnino verum: & vt sit verum, lōge dissidet à mente Iurisconsulti, quæ potius hæc fuit, vt notarunt quidam, non quasi hic esset certus sensus, sed hęsitātes, cum tamen res sit pręclarissima, vt mox ostendam. Obseruandum est eam leg. *sub diuersis* esse ex lib. different. Modest. Et in ea lege poni duas differentias inter legatum & libertatem. Prior hæc est, vt si data sit libertas sub diuersis conditionibus disiunctim, *liber esto, si heredi decem dederis*, vel, *si nauis ex Asia venerit*, aut similib. libertas, inquam, sic data, modo sint conditiones in potestate statuliberi, competet, si vel leuiorem conditionem impleuerit: nam eligere potest eam, quæ ei leuior videtur. fauor libertatis hoc extorsit: sed si legatum pecuniæ, vel rei sit relictum sub diuersis conditionibus disiunctim, legatarius non eliget leuiorem conditionem, sed necesse habebit parere nouissimæ. Posterior differentia hæc est, vt data libertas sub cōditione, *si heredi decem dederit*, competat, si dederit heredi heredis. Sed datum legatum sub conditione, *si heredi decem dederit*, non pertinet ad legatarium, si dederit heredi heredis: Nec enim ea conditio potest impleri in persona heredis heredis, sicut nec in persona patris, vel domini heredis. legatarius visus est heredi dare, cum nō dedit, *l. qui heredi* §. *1. de cond. & demonst.* & tamen statuliber perueniet ad libertatem, si patri dederit heredis vel domini, *d.* §. *non solum.* Hæc est summa *d.* §. *vlt.* Nec ei quicquam obstat lex *si peculium* §. *heredi, hoc tit.* nihil est, quod tam facile sit. nam ait, *si hoc senserit testator, etiam legatarius dando heredi heredis capiet legatum.* Fateor, si hoc senserit testator, & si hoc probauit legatarius sensisse testatorem: alioquin non capiet legatum, nisi primo heredi dederit, cuius personæ adscripta est conditio legati. Et in eo §. *heredi*, etiam certant interpretes de vero sensu, qui tamen apertus est, & idem §. *vlt.*

A ita est proditus à Græcis 48. Basil. quem librum transtulit Heruetus. Sed recte quidem secundum hunc sensum in ipso contextu Basil. dum ait, *capere legatum eum, qui dat heredi heredis, si hoc senserit testator, sicut libertatem capit indistincte.* Sed in eo πλατεία, hoc est, latiori interpretatione ille perperam eum transtulit, & emendandus est ita: *si hoc autem sensit testator ad heredem heredis trāsire conditionem, idem etiam obseruari in legatario, vt heredi heredis dando impleat conditionem:* quia scilicet hoc sensit testator. alioquin non transiret conditio legati in heredem heredis, & transiret tamen conditio libertatis. Nunc redeamus ad speciem legis nostræ. Data est libertas sub conditione, *si heredi decem dederit*, heres statuliberum manumisit, & postea defunctus est. Quæritur, B *an heredi heredis danda sit pecunia conditionis implendæ gratia?* Et ait Papinian. non esse dandam, quod est verissimum, quia is seruus intelligitur statim liber ex testamento, statim atque eum heres manumisit vltro. Et hac ratione intelligetur esse libertus Orcinus, non libertus heredis manumissoris, quia heres manumittendo non potuit causam statuliberi facere deteriorem, *l. prox. hoc tit. supra.* Atque ita sibi facere liberum eum, qui nullius futurus erat libertus, nisi Orci. Denique manumissione extinguitur conditio statulibertatis, quia heredi, qui manumisit, danda non est pecunia, nec heredi heredis, sed ei qui manumisit. Obiicies, quod dicitur, heredi heredis dari oportere pecuniam in conditione positam, vt competat libertas, quod & ante nos affirmauimus. Huic C obiectioni Papinianus respondet, hoc esse verum scilicet, vt heredi heredis dari oporteat, cum primo heredi danda pecunia fuit, quæ causa facit, vt ambulet conditio ab herede ad heredem heredis, vel alium quemlibet successorem. At hæc causa hic cessat, quia heredi, qui manumisit, pecunia non fuit danda. Ergo nec heredi heredis danda est. Et omnino, vt cōcludit Papinianus, duæ sunt causæ, propter quas conditio impletur in persona primi heredis, quia dominus est: & hęc trāsit in quemlibet successorem: & quia eius persona demonstrata est, cui daretur pecunia; & hæc causa personam eius non egreditur, nec transmittitur ad successorem. Quæ causa cum sola superfit hoc casu, quandoquidem manumissione heres desiit esse dominus, consequens est, non posse dari pecuniam heredi heredis, vel alij successori. In contextu D autem illo loco, *tunc memineris*, in authentico Flor. est, *nec memineris*, legendum, *hoc memineris.*

Ad §. Imperator.

Imperator Antoninus rescripsit, iussum rationes reddere & liberum esse, si heres causabitur accipere rationes, nihilominus liberum fore. Quod rescriptum ita accipi debet, vt si reliqua non trahat, liber sit: quod si trahat, ita demum, si obtulit eam quantitatem, quæ refundi debuit ex fide veritatis: Non enim libertati sufficit, heredem in mora fuisse, si non id fiat per statuliberum, quod remota mora, libertati aditum daret. Quid enim, si ita manumissum, Dama, si E *in Hispaniam profectus anno proximo fructus coegerit, liber esto, Romæ retineat heres, neque proficisci patiatur? nunquid dicturi sumus, statim ante fructus coactos liberum fore? nam & cum Romæ stipulatio concipitur ita, centum in Hispania dare spondes? inesse tempus stipulationi, quo possit in Hispaniam peruenire, nec ante iure agi placuit. Sed si heres acceptis rationibus, & reliquis computatis donare se eas statulibero non habenti quod inferat, proscribat, aut etiam litteris ad eum missis palam faciat, conditio libertatis impleta videbitur. Quid ergo, si neget se reliqua traxisse, atque ideo, quia per heredem steterit, vt accipiat rationes, liberum factum: heres autem neque se fecisse moram, & reliqua debere statuliberum contendat? apud eum, qui de libertate cognoscat, an conditio sit impleta, constabit: cuius officio continebitur de mora considerare, nec minus computare rationes, &, si reliqua trahi cōpererit, non esse liberum pronunciare. Sed si nunquam*

negauit, se reliqua debere. cum autem conueniret heredem, & rationes offerre professus sit, refusurum quidquid in reliquis esse constiterit, & eius pecuniæ reum numerare paratum idoneum obtulit, & heres in mora fuit, sententia pro libertate dicetur.

SEcunda quæstio est facillima. libertas relicta est seruo dispensatori aut villico sub hac conditione, *si rationes actus sui heredi reddiderit.* Reddere rationes, non est tantum dispungere rationes, legere, aut percontari, sed etiam reddere reliqua, *l. cum seruus, de condit. & demonstr.* Quod in hoc titulo multi admodum loci demonstrant. inter cæteros est vnus in l. 12. *hoc tit.* vexatus ab Accursio, qui nec quicquam profecit ob non intellectam speciem, vel non bene positam. Species hęc est: scripsi quinque aut sex heredes, & seruo dedi libertatem sub conditione, B *si reddiderit rationes primo, secundo, tertio, Titio, Caio, Sempronio,* scilicet nominibus expressis, aliorum quidem nominibus prætermissis. Quæritur, si quid sit in reliquis, *s'il y a des arrerages,* an ea reliqua sint diuidenda inter omnes heredes pro hereditariis portionibus? Videntur tantum pertinere ad eos, qui nominati sunt pro virilibus portionibus, quia enumeratio personarum viriles semper partes facit, *l. nonnunquã, ad Treb. l. si heredes. in fi. de leg.* 1. Sed Iurisconsultus ait, reliqua esse soluẽda omnibus pro hereditariis portionibus. Cur ita? nempe, quia hæc procul dubio fuit mens defuncti, vt illi tres heredes, quos nominauit, percontarentur, & dispungerent rationes, & cõputarent reliqua, *qu'ils ouissent les comptes,* non etiam vt illi soli ferrent reliqua: nam mixta est hæc conditio, *d. l. cum seruus,* & vna pars conditionis pertinet tantum ad C eos, quorum nomina sunt expressa, altera pars ad omnes. Finge igitur: statuliber iussus est reddere rationes. heres causatur accipere rationes, hoc est, moras trahit & differt. quia per heredem stat, quo minus impleatur, cõditio habetur pro impleta, & seruus statim fit liber. Et ita cautum esse ait rescripto Antonini, quod tamen ita rectissime interpretatur Papinianus, vt seruus statim liber fiat, ob moram heredis in accipiendis rationibus, si modo seruus reliqua non trahat, id est, si nihil in reliquis sit, vel si, quæ sunt offerat, aut eorum nomine expromissorem idoneum, & locupletem: alioquin, si sint reliqua, nec ea offerat, non fiet liber, antequam ea soluerit, aut eo nomine satisfecerit heredi: nec enim sufficit mora heredis, sed oportet etiam reliqua offerri, sicut si iussus sit statu- D liber heredi præstare decem dierum operas, & nolit heres accipere, nolit eas sibi edi operas, non fiet liber antequam dies illi præterierint, qui insunt conditioni: vel etiam, si iussus sit Capuam ire, & heres prohibuerit ire, retinuerit eum domi, non ante fiet liber quam tempus præterierit, quod conditioni tacite inest, quo scilic. Capuam peruenire potuit. *l. si peculium §. quædam, hoc tit. l. interdum, de verb. obligat. l. quoties, de oper. libert.* vel vt ponit Papinian. si talis conditio fuerit adscripta statulibero, *si in Hispaniam profectus, anno proximo ex agris meis fructus coegerit:* Non ante fiet liber, quamquam exstiterit tempus fructuum cogendorum. Et ita in specie proposita, etiamsi causetur heres rationem accipere, id est, si moretur, non ante fiet liber quam reliqua soluerit, vel E obtulerit: quia conditioni reddendarum rationum hæc causa semper inest, vt par fiat ratio, par calculus, vt reliqua soluantur. nihil autem refert reliqua obtulerit statuliber, an heres ei donauerit. Quid est *donauerit?* donasse videtur heres reliqua, hoc est, remisisse, si acceptis rationibus & computatis reliquis, scripserit sua manu, se ei reliqua condonare, & remittere, vt solebant semper à dominis rationes subscribi, reliquationes, pariationes, *l. Aufidius, de legat.* 3. *l. vlt. §. idem quæsiit, de cond. indeb.* Donasse etiam videtur, si per epistolam statulibero significauerit, se ei reliqua condonare: Hæc enim scriptura, siue subscriptio, vel hæc epistola habetur pro pactione, si ei modo assentiatur statuliber, si ei sit grata liberalitas heredis, *l. qui negotia, mand. l. 15. de fun. dot.* Ex his causis statim eripitur in libertatem. Quod si incidat controuersia aliqua inter heredem & statuliberum, si heres dicat esse reliqua, neget statulibet, si heres neget se moram fecisse, dicat statuliber, causam dirimet Prætor, qui de liberalibus causis cognoscit, & statuet, vel eum liberum fuisse, vel non fuisse.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXII. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. si legatario 22. de fideicom. libert.

Si legatario fundi decem pretij nomine relicta sint in hoc, vt seruum suum manumittat: quamuis fũdi legatum agnouerit, si tamen legatum pecuniæ propter interuentum Falcidiæ non agnouerit, cogendus est & pecuniam accipere habita legis Falcidiæ ratione, & seruo fideicommissariam libertatem præstare, cum semel fundi legatum adgnouit.



EX lib. 22. quæst. quatuor sunt tantum ll. quarum primam iam exposui ad *l. 10. & 13. de iure codicill.* lib. 19. Igitur incipiam ab ea quæ est lex *si legatario 22. de fideicommiss. libert.* In qua nihil est difficilius, quam aptam & conuenientem ponere speciem, quod nescio, an nostri præstiterint, & vbique meo quidem iudicio, summa res est speciei positio: nam qui speciem tenet, reliqua facile comprehendit. Finge vero: quidam legauit mihi fundum, legauit quoque mihi decem pro pretio serui mei, vt eum manumitterem. pretium serui mei erat decem. ego legatum fundi agnoui, legatum pecuniæ non agnoui: videor potuisse vnum legatum repudiare, alterum amplecti, quia non vnum legatum, sed duo legata sunt, legatum fundi, & legatum pecuniæ. vnum legatum scindi non potest, id est, nec res, quæ legata est, di scindi & deintegrari põtest, nec actio legati, *l. cum filius §. variis, de legat.* 2. nisi scilicet propter fideicommissarios, vt didicimus lib. 20. & ex *l. Imperator, eod. tit.* Si duo sunt legata, possum vnum velle, alterum nolle. Quid ni? *l. 5. eod. t.* sed excipitur vnus casus, qui cõprobatur in *d. l. 5.* tum in hac *l. si legatario,* videlicet, si vnum legatum onus habeat, & hoc nolim: alterum onus non habeat, & hoc velim, vt in specie proposita, legatum pecuniæ; cui iniunctum erat onus manumittendi serui non agnoui, legatum fundi, cui nullum erat onus, agnoui: quia enim legatum fundi agnoui, cogor etiam legatum pecuniæ agnoscere cum suo onere, ne intercidat fideicommissaria libertas relicta seruo meo, repudiata pecunia: nisi forte (qua de re Prætor decerneret) seruus ille meus sit de me male meritus, *l. 41. de bon. libert.* Nam si temperem me legato relicto sub onere manumittendi serui mei, si abstineam me legato, iniquum est, me cogi non accepto legato, seruum de me male meritum manumittere, & hoc impetrato beneficio prętoris, *d. l. 41.* Notãdum est in specie proposita, quod nõ explicatur ab interpretibus, ideo me non agnouisse legatum pecunię, quod sufficiebat pretio serui manumittẽdi, quia, vt declarat Papin. locus erat legi Falcidiæ, & deminuta pecunia per legem Falcidiam, dodrans non sufficiebat pretio serui. Itaque mallem seruum retinere, & dodrantem repudiare ob interuentũ Falcidiæ, vt ait, sed non sum audiendus, quia agnoui legatũ fundi, quod tamẽ ęque minuetur lege Falc. quia, inquam, agnoui legatũ fundi, cogor etiam agnosce-

re dodrantem pecuniæ, & seruum manumittere, quamuis seruus pluris sit, quam dodrans pecuniæ. agnoscendo legatum, quod est sine onere, huic me oneri subieci. Et sane mens testatoris hæc fuisse videtur, vt non subterfugeret onus qui lucrum amplecteretur, vt non sperneret onerosum legatum, qui lucrum affectaret, vt non sentiret incommodum nisi alicuius delectationis gratia. Et hæc est mera ratio legis, nec quicquam difficultatis superest. Eadem ratio interuenit in specie *d. l.* 5. *de leg.* 2. Quidam legauit mihi pecuniam, legauit quoque Stichum, vt manumitterem. si agnouero legatum, quod est sine onere, cogar etiam agnoscere Stichum, & fideicommissariam ei præstare libertatem, quæ etiam libertas, ne intercidat ad interuentum Falcidiæ, communicato Sticho inter me & heredem, Falcidia non deducetur ex Sticho, sed integra præstabitur pecunia, integer Stichus manumittendi causa, ex pecunia autem vtriusque legati quarta deducetur, *d. l.* 5.

Ad §. penult. & vlt.

§. 1. *A duobus heredibus, qui tres seruos habebat, petit, vt duos ex his, quos voluissent, manumittant: altero heredum latitante, alter declarat, quos velit manumittere. Potest dici, fieri libertos, vt perinde libertas competat, ac si præsens solus manumittere potuisset. Quod si ex seruis vnus decesserit, siue iusta ex causa absit heres, siue fari non possit, à quo pretium est, decernente prætore, duos, qui superfunt, fieri libertos conuenit.*

§. 1. ¶ *Cum is, qui fideicommissam libertatem præstare debet, iusta ex causa abest, aut latitat, aut quidam præsentes sunt, alij ex iusta causa absunt, nonnulli frustrandi gratia fideicommissi copiam sui non faciunt, aut ei, qui libertatem debuit, heres non extitit, aut suus heres hereditate se abstinuit, prætor pronuntiare debet, ex testamento L. Titij fideicommissam libertatem competere: Idque Senatusconsulto demonstratum est, quo Senatusconsulto comprehensum est, ne dubium & obscurum esset, cuius libertus fieret prætorem pronuntiare debere, qui ex iusta causa, & qui detrectandæ libertatis gratia absit.*

SEquentem §. *& vlt.* simul explicabimus. Quidam tres tantum habebat seruos, vt in frugalitate veterum, qui erant contenti tribus seruis, vt de Catone scribit Valer. 4. & de Cæsare in Britannica expeditione Athenæus 6. cuius frugalitatis respectu constitutũ opinor in *l.* 1. *de opt. leg.* vt si cui sit relicta optio seruorum, cum plures essent serui testatoris, is tantum possit tres eligere, non plures, hæc est frugalitas. Ita in specie §. huius *à duobus*, frugi paterfamil. qui habebat tantum seruos tres, duos heredes scripsit, & eos rogauit, vt ex iis tribus seruis duos, quos eligerent, manumitterent. vnus ex heredibus latitat. Quid est *latitare*? copiam sui non facere frustrandi fideicommissi gratia, in fraudem fideicommissariæ libertatis. alter præsens est, & elegit duos seruos, ac manumittit latitante coherede, an valet electio? Electio valet & libertas, & plectitur coheres, qui latitat, quoniam manumissi præsentis tantum fiunt liberti, qui manumisit, non latitantis. Hic perdit libertos Senatusconsulto Rubriano: pars latitantis proficit coheredi: namque is solus patronus est, perinde atque si solus rogatus esset duos eligere & manumittere, *l.* 1. *l. si eum seruum* §. *eorum, hoc tit.* Sed notandum est, Senatusconsultum Rubrianum multare tantum iure patronatus eos, qui latitant, vel qui euocati à prætore, venire nolunt, serui manumittendi gratia. non continetur Senatusconsulto Rubriano is, qui ex iusta causa abest, non latitandi causa, nõ interuertendæ aut frustrandæ libertatis causa. non continetur etiam infans, qui rogatus est manumittere, qui nondum potest manumittere per ætatem, quia fari non potest, neque hic defectus suppleri potest tutoris auctoritate, *l. pupillus, de manum. vind.* Ad hos, qui fari non pos-

A sunt, vel qui absunt ex iusta causa, non pertinet Senatusconsultum Rubrianum, sed Dasumianum, de quo hoc tit. agitur, quo quidem cauetur, vt si eo, qui rogatus est seruum manumittere, absente ex causa iusta, vel infante prætor pronuntiauerit seruo deberi libertatem, liber fiat, & libertus eorum. perinde atque si ab eis fuisset manumissus ex fideicommisso. his non eripitur ius libertatis, sicut latitantibus, *l. neque, l. non tantum* §. *Senatusconsulto, hoc tit.* Et ideo bene in proposita specie, si vnus tantum heres rogatus sit duos ex trib. seruis manumittere, & absit iusta ex causa, vel si infans sit, mortuo vno seruo alij duo liberi fient, iure patronatus heredi conseruato. mors vnius declarat alios duos superstites debere manumitti: aliquin, si viuant omnes, nullus interim fiet liber, quia
B non est qui eligat duos, vt in priori specie, & ita declaret, quos velit manumitti, cum vnus tantum heres rogatus proponitur. Idemque erit, si duo heredes sint rogati, duos ex tribus manumittere, & ambo absint iusta ex causa, vel fari non possint. Pendebit namque libertas, quoad vnus ex seruis mortem obierit: mortuo vno, alij duo fient liberi & liberti heredis, qui non latitat. Latitantis igitur duntaxat pœna est amissio liberti, amissio iuris patronatus. Et hoc satis declarat Papinian. in §. *pen.* Notandum etiam illud est, ex Senatusconsulto subueniri libertatibus fideicommissariis, si heres, qui debuit libertatem, sine successore decesserit ante præstitam libertatem, vel etiam si suus heres, qui debuit fideicommissariã libertatem abstinuerit se: quoniam heredem extitisse satis est, vt fideicommissaria libertas debeatur. existentia
C heredis sui siue ἀναφαινῆς, nudum nomen heredis sine re, quoniam se abstinuit, confirmat libertatem, *l. sciendum, de manum. test.* confirmat substitutionem pupillarem, *l. si filius qui patri, de vulg. subst. l. filius, l. Iulianus, in princ. de acq. hered.* & hæc est opinio vera. Imo confirmat omnia, quæ in testamento scripta sunt, *l. si post mortem, de leg.* 1. nec minus potest existentia siue ἀναφαινῆς, quam aditio. Qua de causa & idem dicemus, si heres oneratus fideicommisso libertatis, qui adiit postea beneficio ætatis, quod sit minor 25. annis, restitutus sit in integrum abstinendi causa: Nam his omnibus casibus serui manumissi per fideicommissum ex decreto prætoris liberi fient, *l. cum quasi* §. *sed & si quis, cum duob. seq. hoc tit.* liberi fient, vt dixi his casibus. Quorum autem erunt liberti? Erit distinguen-
D dum. Si ab eo fuerit debita libertas, qui latitauit, erunt liberti Orcini, perinde ac si decreto essent manumissi ex testamento, non liberti eius, qui rogatus est. Si autem ab eo fuerit debita libertas, qui sine successore decessit ante præstitam libertatem, credentur esse liberti eius, perinde atque si ab eo fuissent manumissi ex fideicommisso, *d. l. cum quasi*, §. *si alter*, nisi post moram decesserit. Hoc enim casu pro Orcinis habebuntur, *l. ancillam, C. eod. tit.* Quod si debita fuerit libertas ab eo, qui iusta causa abest, vel ab infante, furioso & similibus personis, iam ante dixi, eos libertos fore eius, à quo relicta est libertas, perinde atque si eos manumisisset ex fideicommissi causa. Et hoc ne sit obscurum, prætor qui decernet li-
E bertatem deberi. debet explicare causam, cur debeatur, non manumittente eo qui rogatus est, vel quia abest ex iusta causa, vel quia fari non potest, vel quia latitat. Et ex eo apparebit aperte, cuius sit libertus ex decreto prætoris. decretum prætoris debet tollere dubitationem, & ambiguitatem omnem.

Ad l. 4. si ingenuus esse dicatur.

Oratio, quæ prohibet apud consules, aut præsides prouinciarum, post quinquennium à die manumissionis in ingenuitate proclamare, nullam causam, aut personam excipit.

ORatio principis solebat in senatu recitari, quæ & constitutio dicitur generali nomine, de ea re scilic. quæ placebat principi, cuius princeps instituendæ vel in-

troducendæ auctor erat, & sequebatur fere semper Senatusconsultũ congruens cum oratione principis. Qua de causa, quod hic ex oratione, ex Senatusconsulto dicitur esse in *l. 1. C. de ingen. manumiss.* Quod & confirmat inscriptio *l. 3. h. tit.* quæ est ex lib. Senatusconsultorum, & in qua Senatusconsulti verba aliqua explicantur. sed quod Senatusconsulto huic fuerit nomen, cuiusue principis oratio hæc fuerit, ignoratur. Nam illud caue credere, quod Accur. annotauit hoc loco esse orationem D. Marci, de qua in *l. 1. §. sed inter eum, tit. seq.* Nam illa oratio D. Marci longe alia de re est. ea cauetur, vt pro ingenuitate dicta sententia retractari possit. Hoc erat singulare in causis liberalibus, vt possent retractari, & in causis centumuiralibus. Regulariter enim sententiam semel dictam, retractare non licet. Hoc ergo erat cautum oratione D. Marci, vt sententia dicta pro ingenuitate retractari posset viuo eo, qui ingenuus pronuntiatus esset, non etiam post mortem, etiamsi eo ipso anno mortem obiisset, quo sciuisset, se ingenuum esse, vel ea ipsa die, aut altera, vt cœpta causa retractationis morte eius extingueretur. Qua de re nihil fuit in ea oratione, de qua Papinia. agit hoc loco. Oratione, qua de agitur B hoc loco, qua cauetur, vt manumisso, atque ita per manumissionem facto libertino, liceat agnitis natalib. originem suam repetere, hoc est, ex libertinitate, in ingenuitatem proclamare, intra quinquennium tamen à die manumissionis, relictis bonis restitutisque, quæ ex domo vel familia manumissoris, vel ex rebus eius acquisiuit vt libertus: post quinquennium non potest proclamare, etiamsi agnouerit, & probare liquido possit, natales suos ingenuos esse, ac proinde ingenuitati suæ manumissionem officere non debuisse, quod ostendit *l. de bonis, ff. de liber. cau. l. 3. h. tit. l. 1. de ing. manum.* Proclamare, est asserere se ingenuitati liberali causa, non nostris C auctorib. tantum, sed aliis etiam. Senec. 1. *controu. proclama ingenuum te esse*, quæ proclamatio actio quædam est, quæ proprio nomine dicitur præiudicium, seu præiudicialis actio, *l. vlt. h. tit.* Et inde locus Ciceronis de M. Gellio apud Plutar. cum M. Gellius vulgo non existimaretur esse ingenuus, sed libertinus, & tamen gereret se pro ingenuo, & in senatu recitasset literas clara & alta voce, *nolite mirari*, inquit Cicero: *nam & vnus ex his est, qui proclamant*, quod ignorantia verbi iuris Alexander non assequitur. Idque fatetur ingenue, *non satis hoc assequor*, inquit, *nisi proclamator est præco, aut filius præconis*, quæ officia sordida, & parum digna ingenuis habebantur. Sed imo proclamasse dicitur, qui habitus pro libertino se adseruit ingenuitati. Ex ea autem D oratione, cuius hunc potes facere titulum *de agnoscendis, adserendis, restituendis natalib. ingenuis intra quinquennium à die manumissionis*; hæc est recta paraphrasis huius præiudicii, cuius initium formulæ est, *si ingenuus esse dicitur*, ex ea, inquam, oratione de ea re cognitio erat consulum in vrbe & proconsulum in prouinciis, vt indicat Pli. in epist. *ad Traianum de adsertione ingenuorum.* Qua de causa hoc loco Papin. ait, hanc orationem vetare manumissos post quinquennium proclamare apud consules, aut prouinciarum præsides, id est, proconsules, non præsides quoscunque. Cognitio hac de re erat con- E sulum, aut proconsulum intra quinquennium. post quinquennium cognitio erat solius principis ex magna causa, puta post quinquennium repertis instrumentis certissimis, & probationibus natalium, *l. 2. §. vlt. h. tit.* Hodie ex Constit. Iustin. ex causa etiam post quinquennium, cognitio erit magistratuum supradictorum, nec erit necesse adire principem, *l. vlt C. vbi causa status.* Et adiicit Papin. in hac l. quod non assequuntur interpretes, ea oratione nullam causam excipi, nullam conditionem personarum. Quid hoc est, *nullam causam?* nullam personam? nullam conditionem excipi? nempe ad interpellandam iurisdictionem consulum, vel proconsulum, qui hac de re cognoscunt: nihil efficere priuilegium, vel causus vel personæ, nihil efficere priuilegiũ ciuitatis cuiusque, vel corporis, hoc est vniuersitatis cuiusdam, nihil efficere priuilegium officii, in quo quisque est, nihil conditionem personæ, nihil sexum muliebrem, nihil rusticitatem personæ. Nam & libertinus vniuersitatis cuiuscunque, & vniuersitas quæque, hos habebit iudices, nec poterit reuocare forum, id est, non poterit vti priuilegio fori, *il ne demandera point d'estre renuoyé deuant son iuge*, vt dicitur similiter *in l. neque §. vlt. de fideic. liber.* non interpellari iurisdictionem prætoris fideicommissarii ob priuilegium ciuitatis, vel corporis, vel muneris, aut officii. Nam in hac re, de qua agimus, etiamsi sit senator vel miles, vel officialis quilibet aduersus quem fit proclamatio, vel qui proclamat, hos habebit iudices, nec reuocabit forum, siue domum. Et hanc esse sententiam liquido demonstrat *d. l. vlt. C. vbi causa status agi.* Ex ea l. quo casu olim erat cognitio solius principis hac de re post quinquennium, hodie est cognitio magistratuum, & iudicum ordinariorum, quorum etiam est cognitio ex hac oratione intra quinquennium. Et adiicitur nominatim, cognitionem esse magistratuum, sublata præscriptione, aut reuocatione fori: etiam clarissimam personam, puta senatorem subire cognitionem consulum aut proconsulum hac de re, qui alias reuocaret forum, & vteretur priuilegio fori sui. Notandum ad hoc, quod ait Papinia. in hac oratione, *nullam causam aut personam excipi*, quasi quoties lex nihil excipit, nec nos excipere debeamus. Hoc enim significat, quoniam oratio nihil excipit, ex eo coniecturam capi, quasi sententia principis hæc sit, vt nulla causa aut persona exciperetur, sicut dicitur in vulgatissima *l. de pretio, de Public. in rem act.* vt sit locus Publicianæ actioni, non est necesse, vt emptor, qui bona fide emit rem alienam à non domino, & soluerit pretium, quia nihil in edicto exprimitur de pretio soluto, vnde coniectura capitur quasi hæc sententia fuerit Papiniani, vt non exigeretur solutio pretii. datur Publiciana ei qui rem aliemam emit à non domino bona fide atque adeo etiam cui ea res tradita est bona fide accipienti, si necdum eam vsuceperit: nam si vsuceperit, habet ciuilem vindicationem & directam, cum sit dominus per vsucapionem: si nondum vsuceperit, amissa possessione habet tamen prætoriam vindicationem, id est, Publicianam, in qua fingitur vsucepisse propter bonam fidem, qui nondum vsucepit, & quasi vsuceperit, indulgetur ei vindicatio à prætore. Exigimus traditionem rei omnino, vt diximus, vt possessio in eum transierit, quæ transit etiam pretio non soluto: dominium non transit, nisi pretio soluto, *l. quod vendidi, de cont. empt.* vt vero competat Publiciana, satis est possessionem transiisse, nec exigitur, vt emptor, cui res tradita est, soluerit pretium: non exigimus, quod prætor in suo edicto non exprimit. Nec male illo loco interpretes, vbi lex non distinguit, nec nos distinguere debere: Nam & ita Hermogenes lib. de statu. *lex*, inquit, *non distinguit, sed simpliciter loquitur & indistincte.* Vnde significat, nec nos distinguere debere, nihil horum distinxit lex, sed simpliciter locuta est, inquit. Qua tamen sententia non debemus abuti, nisi in his causis, in quibus à scripto recedere non licet, in quibus ius scriptum factumque sequimur, vt in testamentis, cum nulla est verborum ambiguitas, res iudicatur ex scripto, nec quæritur, quæ fuerit voluntas, non admittitur quæstio voluntatis, *l. ille aut ille, l. non aliter, de leg. 3.* Puta cum non est euidens contraria voluntas defuncti. Idem de legibus iudicium est, vt si lex non distinguat, nec nos debeamus distinguere, sed scripto stare, nisi aliud suadeat mens legis, & sententia, quæ potior est omni scripto.

Ad l. heres 43. de vsurp. & vsucap.

Heres eius, qui bona fide rem emit, vsu non capiet, sciens

alienam, si modo ipsi possessio tradita sit. Continuatione vero non impedietur heredis scientia. §. 1. *Patrem vsu non capturum, quod filius emit, propter suam, vel filij scientiam, certum est.*

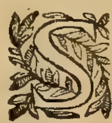
SVmma legis hæc est, vt constituat in ea re, quam tractat tantum, differentiam esse inter heredem & patrem. De herede dicamus primũ. Si defuncto res aliena sit vendita, & tradita à non domino, bona fide ementi & accipienti, vsucapio, quæ à defuncto cœpit, nec dum impleta est, non interpellatur heredis scientia, id est, ob malam fidem heredis, si heres sciat esse alienam, *l. pro emptore* §. *si defunctus, tit. seq.* Nec mirum, cum nec interpelletur vsucapio scientia postea superueniente, id est, post traditionem, *l. bonæ fidei* §. *in contrarium, de acq. rer. dom.* Satis est initium possessionis esse sine vitio, satis est emisse & accepisse bona fide: superueniens scientia non interpellat vsucapionem. Sed si à defuncto res sit empta bona fide, tradita autem heredi scienti rem esse alienam, vsucapio non procedit, quia in emptione & tẽpore actus, & traditionis tempore, bonam fidem interuenire oportet, *d. l. bonæ fidei*, *l. sed etsi res* §. *vlt. & l. seq. de Pub. in rem act.* E contrario, si defunctus rem emerit, & acceperit mala fide, vel si emerit tantum mala fide, vsucapio non procedit, etiamsi heres putauerit rem venditoris fuisse. Nam heres est successor malæ fidei defuncti, & bonæ fidei: & est successor vitiorum & virtutum defuncti. Et hac in re heres differt à patre, vt subiicitur in 2. parte huius *l.* Nam quod filius fam. emit & accepit bona fide, continuo acquisiuit patri: igitur possessionem saltem eius rei, pater non vsucapiet, si scierit rem esse alienam, quamuis filius eam emerit, & acceperit bona fide: si modo hæc scierit pater eo tempore, quo filius emit aut accepit, quia ipse pater videtur emisse aut accepisse. Heres autem non videtur emisse, quod antequam here esset, defunctus emit. Sed si post emptionem & traditionem factam filio ementi & accipienti bona fide, pater cognouerit rem esse alienam, vsucapio non interpellatur, quia vterque pater & filius fuit bonæ fidei, vtroque tempore emptionis & traditionis, nam & ipsius filii scientia postea superueniens non interpellaret vsucapionem, vt ante diximus: Et contra nunc si filius emit aut accepit mala fide, vsucapio non procedit, etiamsi pater ignorauerit rem esse alienam, cui initium fuit vitiosum: nam hoc casu nihil distat heres à patre. Denique ita concludamus: bona fides defuncti heredi prodest mala fides nocet: bona fides filii, patri non prodest: scienti rem esse alienam. mala fides filii patri nocet, etiam ignoranti rem esse alienam, quia interpellatur vsucapio, vel impeditur non tantum propter scientiam patris, sed propter malam fidem filii, propter scientiam filii. Et quod hic dicitur in patre & filio, idem iuris est in seruo & domino *l. pro emptore* §. *Celsus, & seq. ff. pro empt.*



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXIII. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 73. de legat. 2.

Si quod ex Pamphila nascetur, legatum mihi fuerit, & ego Pamphilam emam, eaque apud me sit enixa, ratione summa responsum est, non ex lucratiua causa partum intelligi meum factum: ideoque petendum ex testamento; tan- A *quam istum emissem. vt scilic. pretij contributione facta consequar tantum, quanti puerum, deducta matris æstimatione constitisse mihi iudex in causa legati datus æstimauerit.*



SEQVITVR *l.* 73. *de leg.* 2. quæ datur prima ex lib. 23. *quæst.* quæ quidem pertinet ad regulam illam vulgarem: duas causas lucratiuas in eandem personam, & in eandem rem concurrere non posse; causam lucratiuam & causam onerosam concurrere posse, §. *si res aliena, Inst. de leg. l. omnes, & duabus sequent. de oblig. & actionib.* Causa lucratiua est, si nihil ob eam causam possessori abest: onerosa est, si quid abest: vt causa legati vel donationis est lucratiua, causa emptionis est onerosa, quia pretium abest possessori rei. Igitur si rem habere cœpi ex causa legati, eandem ex causa donationis, vel ex alia legati causa petere non possum; quia, vt dixi, duæ B causæ lucratiuæ in eandem speciem & eundem hominem concurrere non possunt. Sed si rem habere cœpi ex causa legati, eandem petere possum ex causa emptionis, & contra, si eam habere cœpi ex causa emptionis, eandem petere possum ex causa legati. Nunc finge: quidam mihi legauit quod ex Pamphila nasceretur, quod legatum valet, §. *ea quoque res, Inst. de legat.* Ego vero, ante quam pareret Pamphila, Pamphilam prægnantem emi, eaque apud me enixa est puerum: videor puerum habere ex causa onerosa; id est, ex causa emptionis, quia emendo mulierem prægnantem, & partum emisse videor, & C ob id euicto partu mihi competit actio ex empto in id quod interest. Et ita Iulianus respondit in *l. non quocunque* 82. §. *Iulianus, de legat.* 1. *l. venditor, de euictionib.* de quo Iuliani responso Papinianus sensit, meo quidem iudicio hoc loco, dum ait, *summa ratione responsum esse, non ex causa lucratiua partum intelligi meum factum:* verna, id est, qui domi est conceptus & natus, meus est ex causa lucratiua, sed qui natus est ex ancilla, quam emi prægnãtem, non intelligitur esse meus factus ex causa lucratiua, sicut verna, sed ex causa onerosa, id est, emptionis. denique comparatitius seruus est, non verna. Posui me emisse ancillam prægnantem, & ita poni debet: Nam si emi vacuo vtero, ac postea conceperit & peperit apud me, vt iam dixi, vernæ causa lucratiua est, & euicto eo partu mihi non competit actio ex empto in id, D quod interest. Id quod interest persæpe est pretium rei emptæ, & quod rei emptione continetur atque accedit, & in omnibus causis onerosis, id quod interest non excedit, non egreditur pretium rei, *l.* 3. §. *condemnatio, de tabul. exhib. l. pen. quibus ex causis in poss. eatur. l. si vendidero* §. *vlt. de furt. l. si sterilis* §. *cum per vend.* in illo loco, *pretium tritici, de action. emp.* Idem etiam ostendit *l.* 1. *C. de his qui a non dom. manum.* maxime si in ea deleatur disiunctio, *vel*, quæ etiam exulat à Basil. & ab aliis exemplaribus, vt recte Thalelæus in legem, *nota*, inquit, *pretium rei vocari, quod mox vocatur, quanti interest.* Et etiam in eadem specie, res dicitur computari in pretium rei, *l.* 15. §. *vlt.* de rei vind. & in id quod interest, *l. de eo* §. *si post, ad exhib.* Igitur sæpe id quod interest, pretium rei non egreditur, vt in proposito, si agatur de euictio-E ne, pretio rei emptæ accedit: quæ res emptione rei continetur, vt emptione ancillæ prægnantis continetur partus, ac proinde de eo euicto recte agitur ex empto in id quod interest, de quo non ageretur, si ancilla non prægnans empta esset. Et quod notandum, exemplo partus, distinctionem, quam in partu facimus, trahere etiam debes ad hereditatem seruo vendito debitam, si euincatur: Nam si emi seruum ab alio heredem institutum, & iussu meo adierit hereditatem, euicta hereditate mihi competit actio ex empto in id quod interest, id est, in pretium hereditatis, quod etiam emptioni inesse videtur: emptus est seruus: empta etiam intelligitur hereditas, quæ ei seruo iam delata erat, & ob id euicta hereditate agam in id quod interest, *d. l. venditor.* Sed si ponas

post emptionem serui seruum fuisse heredem institutum, euicta hereditate mihi non competit actio ex empto in id quod interest, quia ea hereditas est extra causam emptionis & venditionis, quod maxime notandum est, ne quem alioquin in fraudem impellat *d. lex venditor*, non intellecta hoc modo, & non adhibita ad eam superiori distinctione. Dixi, empta ancilla prægnante, videri etiam emptum partum, qui post editus est, & id eo agi de euictione euicto partu, de qua non ageretur, si partus non contineretur emptione. Obstat huic sententiæ *l. si prægnans, de euict.* prægnans ancilla vendita est & tradita, quæ peperit apud emptorem, deinde euictus est partus. Quæritur, an venditor teneatur de euictione. Et ait, non teneri euictione sed, quod nõ ignorauit Accurs. *d. lex* non intelligitur de actione ex empto, quæ in ea specie euicto partu competit in id quod interest, vt diximus ante, sed intelligitur de actione ex stipulatione duplæ, quæ quandoque interponitur euictionis nomine in emptione & venditione: euicto partu, ex stipulatu agi non potest euictionis nomine. Et illam l. *si prægnans*, debere intelligi de stipulatione duplæ, vt lex, quæ eam sequitur, indicat, quæ proponit similem speciem simileque responsum; & in stipulatione duplæ nominatim. Vacca empta est, quæ iam erat fœta & grauida: natus est vitulus apud emptorem, ait, euicto vitulo, non posse agi ex stipulatione duplæ, quia neque vacca euicta est, inquit, quæ principaliter in stipulationem venit, neque vsusfructus vaccæ: Nam vitulus est quidem in fructu, sicut agnus & hœdus in pecudum fructu: vitulus est fructus vaccæ, non vsusfructus: Nam fructus est nomen ambiguum: vel enim significat corpus ipsum fructuum vel ius vtendi fruendi: specialiter namque vsusfructus sæpe dicitur fructus: frumentum, vinum, oleum, est fructus fundi, non est fructus, id est, non est ius, non est vsusfructus. Si euinceretur vsus fructus vaccæ, committeretur stipulatio duplæ: cum euincitur vitulus, non euincitur vsusfructus: & ideo cessat actio ex stipulatu in duplum, sed non cessat actio ex empto in simplum in id quod interest. Et ita sane multæ sunt leges in illo tit. *de euictionibus*, & multæ quæstiones, quæ facta distinctione harum actionum nihil inter se discrepant, quod demonstrabo breuiter quibusdam exemplis. si res vendita & tradita minor, aut deterior, aut melior effecta sit, deinde sit euicta: in *l. ex mille 64. ff. de euiction.* scriptum est neque minui obligationem euictionis, neque augeri, & ita esse ait iure, id est stricto iure, ipso iure. qua de causa lex illa accipienda est de actione stricta ex stipulatione duplæ, vt non minuatur obligatio re deminuta, non augeatur re aucta: alioquin obstaret valde lex *si cum vend.* §. *vlt. & l. euicta re, eod.* cum quibus congruit lex *Titius* §. *vlt. & l. 16. de action. emp.* vt si quantitas euictionis minuatur deminuta re vendita, augeatur aucta re vendita, quod est verissimum in actione ex empto, non in actione ex stipulatu. Et ita etiam vt constat ex lege *bonitatis, eod. tit. de euiction.* adhibita interpretatione Accursii, fundo vendito & euicta parte, certa fit æstimatio bonitatis eius partis, quæ fuit venditionis tempore, quod congruit cum superiore differentia, in actione ex stipulatu, Nam in actione ex empto fit accessio bonitatis, quæ fuit euictionis tempore. Eadem differentia seruatur in specie legis *naue, eod. tit.* Naue vẽdita & euictis tabulis quibusdam, euictis transtris, & similibus, an potest agi de euictione quasi parte euicta? minime: quia tabulæ non sunt pars nauis: remi non sunt pars nauis: transtra, antennæ non sunt pars nauis, nec naue empta, emptæ videntur tabulæ. Idemque procedit domo empta, si euincantur cæmenta, vel columnæ, vel tigna quædã: quia hæc non intelliguntur esse empta, nec sunt pars domus emptæ. partes domus sunt duæ tantũ, solum & superficies. Et ita est proditũ, in d. l. *naue.* Sed id est intelligendum de actione ex stipulatu, vt cesset euictis tabulis, tignis, euicta columna: Nam actio ex empto non cessat, *l. eum qui, de vsurp.*

A *& vsup.* Nondum exposuimus quod ait lex *si prægnans.* Si prægnans ancilla vænierit, euicto partu venditor non tenetur de euictione, ex stipulatu scilicet. Cur ita? quia partus venditus non est. Hoc non pugnat cum eo quod diximus, eum, qui mercatur mulierem prægnantem, & partum mercari, siue emere videri: nam aliud est, esse, aliud, videri. Actio ex stipulatu de euictione est stricta. si strictum ius spectes, partus non est venditus, sed ancilla prægnans, & ob id euicto partu non committitur stipulatio, quia partus non est venditus, sed quin intelligatur non esse venditus, hoc nunquam dixi. Imo intelligitur esse venditus, & hac ratione venit in actionem ex empto. in actionem ex empto non venit quod non est emptum, vel consequenter, vel accessoriè. Partus sane est potius accessio ancillæ venditæ: & ideo si strictum B ius accipias, sane partus non est venditus, sed accessio venditæ ancillæ: sicut in *l. 4. de penu leg.* dicitur, penu legata vasa penuaria non esse legata, nec tamen ideo minus dicam intelligi esse legata, siue strictius re accepta, sane vasa non sunt legata, sed sunt accessiones potius penus legatæ. Et ita partus ancillæ, quæ venit prægnãs, est potius accessio ancillæ, & accessionum nomine, si euincantur, competit semper actio ex empto, *l. euicta re vendita, de euict.* non actio ex stipulatione duplæ, *l. ex empto* §. *si quis rem vendiderit. de act. imp.* Nunc facile erit claudere & absoluere speciem simul ac definitionem propositam in hac lege: *Titius mihi legauit quod nasceretur ex ancilla: emi ancillam prægnantem, ea si pepererit apud me, ac deinde euictus mihi est partus, an agam actione ex testamento legati nomine, vt mihi præstetur partus: nam partum iam habeo?* Ait, agi posse. Ergo partum non ha- C beo ex causa lucratiua, quasi vernam, sed ex causa emptionis, quia fuit accessio matris iure comparatæ, matris emptæ. Ergo etsi ipse partus emptus non sit, tamen accessionis iure emptus esse intelligitur, sicut ancilla quã precario quis rogauit, *l. 10. de precar.* Ergo partum habere cœpi ex causa emptionis, non ex causa lucratiua. Nunc igitur mihi licebit eum consequi ex causa lucratiua: nam hic nullus est cõcursus duorum lucrorum. Proinde agam cum herede, vt mihi prestet pretium partus, & iudex datus legati causa deducet in contributionem, id est, in computationem pretii vtriusque matris & partus, & deducto pretio matris, condemnabit mihi heredem in pretium partus. Notandum est quod ait, *de iudice dato in causa legati*: dabatur iudex in causa legati, non in causa fideicõmissi. De fideicõmissis cognoscebat magistratus extra ordinem, id est, prætor fideicommissarius: de legato iure ordinario dabatur iudex specialis: fideicommissa sunt extraordinarii iuris, *l. pecunia* §. 1. *de verb. sig.* Qua de causa fideicommissa proprie dominium non transferunt, sed possessionem, quam tamen prætor tuetur pro dominio, *l. qui vsumfructum, si vsusfr. petat. l. si quis vsumfructum, de vsuf. l. 42. de vsur.* Non dabatur ergo iudex vel arbiter in causa fideicommissi. Et arbiter aliter accipitur in *l. 2. C. de vsur. & fr. rei leg.* pro eo qui dandus est probandis fideiussoribus datis à fideicommissario, & E aliter arbiter accipitur pro eo, qui exequitur restitutionem fideicommissi, quam prætor fieri iussit, vt in *l. si quando* §. *vlt. de leg. 1. l. Stichus 12. de leg. 3. l. pen. de confess.*

Ad l. peregre 44. de adquir. vel amit. possess.

Peregre profecturus pecuniam in terra custodiæ causa condiderat. cum reuersus locum thesauri in memoria non repeteret, an desiisset pecuniam possidere, vel si postea cognouisset locum, an confestim possidere inciperet, quæsitum est. Dixi quoniam custodiæ causa pecunia condita proponeretur, ius possessionis ei qui condidisset non videri peremptum, nec infirmitatem memoriæ damnum adferre possessionis, quam alius non inuasit: alioquin responsuros, per momenta seruorum, quos non viderimus, interire possessionem. Et nihil interest.

pecuniam in meo, an in alieno condidissem: cum si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuissem. Itaque nec alienus locus meam propriam aufert possessionem, cum supra terram, an infra terram possideam, nihil intersit.

SEquitur vt exponamus quæstionem legis *peregre, de adquir. poss.* tit. est, *de acquir. vel amitt. poss.* hæc lex pertinet ad posteriorem partem, de *amit. poss.* an amisi *possessionem thesauri, si immemor sum loci, quo illum defodi.* Hæc est quæstio legis. Thesaurus proprie dicitur, vetus quædam depositio pecuniæ, cuius memoria non extat, vt iam dominum vel possessorem habeat nullum. quod est notissimum omnib. ex *l. nunquam* §. *1. de adq. rer. dom.* vel vt Cassiodorus definit *6. variarum. Thesaurus, est depositiua pecunia, que longa vetustate competentes dominos amisit,* & breuius Græci: ἡ ἀμνημόνευτος τῶν χρημάτων ἀπόθεσις, *immemorialis pecuniæ depositio.* Et huius thesauri dominium aut possessio nullius est, sed potest adquiri, & plerunque adquiritur ei, qui eum inuenerit: dominium adquirit qui inuenerit, possessioné iure gentiũ adquirit, & quasi diuino munere, vt ait *l. 1. C. de thesaur. lib.* 10. fortunæ dono, vt ait *l. si is qui, de adquir. rer. dom.* secũdum Stoicos, qui & Deum dixere *fortunam*, & casum fortuitum, *vim diuinam*, à quibus nostri auctores imbuti sunt. Sed hoc loco non ita thesaurum accipimus. Hoc loco thesaurus dicitur impropriè, pecunia à domino præsidij vel custodiæ gratia seposita & recondita, cuius idem manet dominus & possessor, qui condidit, adeo vt ea subrepta ei competat actio furti, aut vi bonorum raptorum, & condictio furtiua, & rei vindicatio, & actio ad exhibendum, *d. l. nunquam, & l. thesaurus, in fi. ad exhib.* Nec quicquam interest in suo quis suam pecuniam condiderit, an in alieno: Nam etsi in alieno loco condiderit, eius dominium retinet & possessionem. Et ita thesaurus accipiebatur in comœdia Luscii, in qua quasi Iurisconsultus aut iuris non ignarus Terentius eum merito reprehendit, quod induxerit possessorē causam dicere, quare suus sit thesaurus, quem dicebat à se defossum per tumultum hostilem, prius quam petitorem, sc. qui dicebat se esse heredem eius, qui thesaurum defoderat. Nam ordo iuris est, vt causam dicat petitor priusquam possessor, & vt possessori non detur actio in rem, nisi de seruitutib, §. *æque, de actionib.* Et ille inducebat prius causam agere possessorem quam petitorem, cum possessori nulla competat actio in rem. Sed hoc omittamus. Quæritur in hac l. an eius thesauri possessor esse desinat, qui custodit, si peregre profecturus condiderit, & reuersus locum, quo condidit, memoria non repetat, non recognoscat? Vtitur Papinianus verbo, *immemoriæ*, quod vix inuenimus apud alios auctores, sed vt *immemorem*, cur non & *immemoriam*, vt Græci ἀμνημονίαν Et rursus quæritur, an si postea locum agnouerit, denuo amissam possessionem recipiat? Si priori quæstione finita & hæc finietur simul: Hanc vero ita finit Papinianus, vt sentiat eum non amisisse possessionem suæ pecuniæ, etiamsi locum, quo eam condidit, non recognoscat: imbecillitatem memoriæ non adferre damnum possessioni Et vtitur comparatione serui: Nam etsi per momenta seruum meum non video, quod & de animali quolibet dici potest, & nescio vbi sit, tamen non amitto eius possessionem: ita thesaurum meum, aurum meum, siue id sit in meo, siue in alio loco, siue supra terram, siue infra terram, in superficie terræ, in imis aut perimis, dum id non video, aut non recordor plane quo loco illud reliquerim, non desino possidere. Excipitur tamen vnus casus, si alius eum thesaurum effoderit & inuaserit: inuasio enim mihi aufert possessionem. Inuasio exigitur, id est, occupatio & contrectatio, alterius incubatio. Finge: In alieno solo pecuniam meam condidi: hoc enim si sciat dominus soli, non ideo ipse incipit, non ego desino possidere: scientia illa non fecit eum possessorem: sed si eam pecuniam lo-

A co mouerit, attrectauerit, & sibi habere cœperit, tum ipse eam incipit possidere, ego possessionem amitto, *l. 3. §. Neratius, hoc tit. l. thesaurus, ad exhib.* si eam non loco mouerit, etiamsi sciat locum, quo est condita, non est ea pecunia sub custodia eius, ergo non possidetur ab eo. Est enim certissima iuris definitio: *Res mobiles eatenus possideri, quatenus sub custodia nostra sunt, quatenus eas apprehendere possumus,* vt ecce pecus meum, quod aberrauit, desino possidere, *d. l. 3. §. Nerua, hoc tit.* licet non desinã esse dominus, bouis aberrantis desino esse possessor, nõ desino esse dñs *l. 1. §. abigei, de abigeis,* & bouis eius furtum fit, si quis eum intercipiat aberrantem. Et similiter feras bestias, quæ sunt in sylua mea desino possidere, quoniam sunt in naturali libertate, nec aliter eas possidere intelligor, quam si incluserim viuariis, *en vn parc*, eas autem quæ vagantur in syluis nostris, non possidemus, B quamquam earum domini simus: sic etiam pisces, quos in piscina colligimus, hos possidemus, qui sunt in stagno nostro, hos non possidemus, licet domini simus, *d. l. 3. §. item feras*, Et ita lapidem aut vas nostrum, quod ita excidit aut demersum est in mare aut in flumen vt non inueniatur, desinimus possidere, non desinimus esse domini, *l. Pomponius refert, in princ. hoc tit.* Et generaliter rem mobilem quam ita perdidimus, vt ignoremus vbi sit, desinimus possidere, *l. si id quod, in princ. h. tit.* quia non est sub custodia nostra: dissimiliter atque si sit sub custodia nostra, si custodia nostra custodiatur, si sit in præsentia nostra, si non absit à nobis, si custodiæ nomine subiecta sit, licet non sit inuentu facilis: hanc enim rem non desinimus possidere: nisi ab alio possideri cœperit. Illa autem est extra custodiam nostram, desinimus possidere, licet ab alio possideri non cœperit, *d. §. Nerua,* C His consequens est: thesaurum non desinimus possidere, licet locum fundi ignoremus, quo defossus est, cum si diligenter inquiratur, inueniri possit, etiamsi locum fundi ignoremus, id est, non recognoscamus: Scimus enim esse à nobis, vel ab eo, cui heredes exstitimus, defossum in illo fundo, sed locum nescimus, vel recognoscimus. Nec tamen propterea est inuentu difficilis vel impossibilis: diligens inquisitio inueniet thesaurum. Alioquin non possideretur, si esset inuentu difficilis aut impossibilis: Et ita quidem proponitur in hoc loco. Definitio illa quam tradidi, est de rebus mobilibus, *res mobiles eatenus possideri, quatenus sub custodia nostra sunt.* D Et in custodia nostra videtur esse thesaurus, quem defodimus in fundo nostro, licet primum non memineris, quia si diligentiam adhibueris, inuenies locum. Rerum mobilium appellatione continentur etiam mouentes, quæ per se mouentur, vt bruta & homines, sicut è contra mouentium appellatione continentur etiam mobiles, quæ motus principium sumũt extrinsecus, *l. mouentium, de verbor. significat.* Igitur & definitio pertinet etiam ad se mouentia. Non quidem ad omnia: Nam excipiuntur ab ea definitione homines, quia etiamsi serui non sint sub custodia nostra, etiamsi eorum custodiam neglexerimus & omiserimus, à nobis possidentur: imo & fugitiui serui à nobis possidentur, dummodo alius eos non apprehenderit, vel ipsi non gerant se pro liberis parati subire liberale iudicium. E Cur excipiuntur serui? quia scilicet, hi quorum custodiam neglex imus animum habent ad nos reuertendi, *l. si rem mobilem 47. hoc tit.* Ex proposito hominis possessi possessio domino conseruatur. Fugitiuos quoque possideri vtilitatis ratio postulat, qui non habent animum reuertendi, ne sit in potestate seruorum fugiendo dominis interuertere possessionem sui, qui nec alterius rei possessionem sui domino subuertere possunt, *l. rem quæ, l. Pomponius, in princ. hoc tit. l. non solum §. si rem pignori, tit. seq.* Denique vt est in *d. l. si rem*, illa definitio iuris tantum locum habet in his, quæ ratione vel anima carent. Ratione, vt pecus, anima, vt vas: Quæ anima carent, & ratione carent: sed contra quæ ratione carent, non continuo sunt cor-

pora

pora exanima. Et ob id *d. l. si rem*, ait, ratione vel anima: sed velim etiam ab illa regula excipi animalia quædam, quæ ratione vacant, ea scilicet, quæ ex consuetudine abire à nobis & redire solent, vt gallinas vel anseres, vel, si & hæc sunt tanti, passeres vel cardueles mansuetos factos, & columbas, & apes, & ceruos quoque mansuefactos: Nam etiamsi per momenta quædam exeant custodia nostra & auolent, nihilominus à nobis possidentur, retineturque non tantum eorum dominium, sed & possessio quandiu habent animum reuertendi, *d. l. 3. §. item feras, hoc tit.* Et vt hominis, ita & eorum animantium proposito reuertendi possessio conseruatur domino. Denique proposito rei possessæ, quæ propositi est capax, possessio domino conseruatur, nedum proposito domini. Sed hoc proprium est in hominibus, vt & hi non desinant à nobis possideri, licet non habeant animum reuertendi, vt fugitiui quos veteres dixere, *ceruos à celeritate*, vt Festus scribit, cum tamen cætera quæcunque animalia desinant à nobis possideri, si amiserint animum reuertendi, id est, si desierint reuerti. Et hæc tantum ad hanc quæstionem erant adnotanda.

Ad §. quæsitum.

Quæsitum est, cur ex peculij causa per seruum ignorantibus possessio quæreretur? Dixi, vtilitatis causa iure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species & causas peculiorum inquirere: nec tamen eo pertinere speciem istam, vt animo videatur adquiri possessio: Nam si non ex causa peculiari quæratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam: sed corpore serui quæri possessionem.

SVperiori recitatione explicaui quæstionem primam *legis peregre, de acquir. poss.* Ex qua intelleximus, *possessionem rei non amitti propter infirmitatem memoriæ*, puta si memoria non teneam locum, quo rem aliquam posuerim, modo si quo in prædio, qua in domo, vel quo in fundo eam posuerim, non ignorem, & eam non inuaserit alius: ignorantiam loci solius rei, non auferre possessionem rei. Quod si ignorem penitus vbi sit, id est, si neque locum scio, neque prædium, amitto possessionem, in quo ea res locum occupat quendam *l. si id quod, in prin. hoc tit.* Item si possessionem eius rei alius inuaserit, tametsi hoc ignorẽ, etiam amitto possessionem rei mobilis, *l. si rem, in fi. hoc tit.* Quod & in re immobili procedit, si quam possidebam per seruum vel colonum, desertam ab eo & proditam alius inuaserit me ignorante, vt in *§. vlt. hoc tit.* Denique his casibus ignoranti possessio tollitur, nec solo animo retinetur. Regulariter, ignorans non amittit possessionem, & regulariter quoque ignorans non adquirit possessionẽ, præterquam vno casu, qui explicatur in *§. quæsitum, h. l.* Quem nunc explicare aggredior, videlicet, si quid seruus meus, cui peculium concessi, ex causa peculiari, & nomine peculiari, parauit & tenet me ignorante. Eius enim rei possessio mihi etiam ignoranti adquiritur. Hoc ius Papinianus ait in hoc §. esse ius singulare, quia scilicet, est contrarium regulis iuris: Regulariter enim scienti adquiritur possessio. In ea enim adquirenda non tantum corpus exigitur, quo rei incumbamus & insistamus, sed etiam exigitur animus, id est affectio, seu voluntas, *l. ea quæ, tit. prox.* & vt Græci loquuntur in *h. tit.* λογισμὸς, διάθεσις, προαίρεσις. Ignorans autem non potest habere animum possidendi. ergo ignoranti regulariter non adquiritur possessio, & multo minus procedit aut competit vsucapio: facilius enim possessio competit quam vsucapio. Exempli gratia: per procuratorem meum etiam ignorans possessionem adquiro, non tamen eius rei, quam possideo ignorans per procuratorem vsucapio mihi competit, *l. possessio quoque, §. vlt. hoc tit.* Cui igitur aut per quem possessio non adquiritur, ei multo minus datur occasio vsucapionis. Ideo autem per procuratorem meum mihi ignoranti adquiritur possessio: cui scilicet mandaui, vt rem emeret mihi & acciperet, quia sciens, animo meo videor possidere, quod procurator meus mandatu meo tenet meo nomine, licet ignorem, quo tempore id tenere cœperit. Hæc ignorantia adquisitioni possessionis nihil obest, & videor nihilominus sciens sciente animo nancisci possessionem per procuratorem. Mandatum pro scientia est. Id autem ius quod diximus, vt ex causa peculiari per seruum ignoranti adquiratur possessio, *ius singulare est*, vt ait Papinianus, non tam, quod ignorans possideat eam rem, quam seruus peculiariter tenet: nam & ignorantes possidemus per procuratorem: sed hoc ius singulare est in rebus peculiarib. non tam, quod ignorans dominus possideat, quã quod vsucapiat etiam ignorans. Quod non ita est in procuratore & domino, *l. Labeo, tit. seq. l. pro emptore §. Celsus, pro empt. l. pen. de captiu. & post lim. reuers.* Et inde rectissime *lex si emptam rem, de vsurpat.* vt ignorantes vsucapiamus in peculiaribus tantum rebus esse receptum; quod fit non tantum per seruum, sed etiam per filiumfamil. qui peculiari nomine rem nanciscitur alienam, *l. 1. §. item adquirimus, hoc tit. l. si seruo, tit. seq.* Ex eo iure singulari, vt ignorantes per seruum aut filium ex causa peculij possideamus & vsucapiamus, multa sequuntur. Sequitur ex eo primum, vt infantes & furiosi per seruum aut filiumfamilias possideant & vsucapiant ex causa peculiari: hi enim sunt ignorantium loco. Et generaliter, quibus ex causis ignorantes adquirunt, & furiosi adquirunt, infantesque & pupilli, *§. sui autem, Instit. de hered. quæ ab intest.* Infanti, de quo scribit *d. §. item adquirimus*, adiungo etiam pupillum maiorem infante: Nam & is ignorantis loco est, & fere plerunque, non tamen semper, licet infanti adiungere pupillum, id est, omnem ætatem pupillarem, vt *in §. testam, Instit. de hered. qual.* infanti Theop. recte adiungit pupillum. Item ex eo iure singulari sequitur, vt si seruus hereditarius (dicitur autem hereditarius quandiu iacet hereditas, & nec dum vllus extitit heres.) si is, inquam, peculiari nomine rem aliquam possidere cœperit, vt vsucapio pertineat ad heredem qui postea adierit, quia etiam ignoranti procedit. Qua de re tractabitur hoc eodem lib. ad *l. iusto §. nondum, tit. seq.* Item ex eo sequitur, vt ad eum, qui captus est ab hostibus, vsucapio pertineat eorum, quæ seruus post captiuitatem peculij nomine comprehenderit. Qua de re tractabitur in *d. l. iusto §. vlt.* Intelligimus quale sit ius illud singulare, & quæ ex illo sequantur. Videamus quæ sit huius iuris ratio Cur per seruum ignorantes adquirimus possessionem eius rei, quam peculij nomine parauit & tenet? Et ratio hæc redditur in *d. l. 1. §. item adquirimus*, quod nostra voluntate intelligatur seruus possidere, cum ei peculium permiserimus: quod etiam infans permittere videtur, si à patre eius vel tutore seruo permissum fuerit. Igitur & in infante domino ea ratio locum habet, & in furioso, sane si peculium permiserit, antequam furere cœpit. Sed in procuratore eadem ratio locum non habet, qui rem tenet nostro nomine, quia ei non permisimus patrimonium, sicut seruo permittimus peculium, sed procuratori permisimus administrationem tantum & gestionẽ. Atque ideo nostra voluntate intelligitur vsucapere, & nõ intelligitur possidere, quod ad vsucapionis causã attinet, nisi sciamus eã rem accepisse, & tenere nostro nomine. Idẽ dici potest de ratione, quã attulit Papin. in *h. l. §. quæsitũ*, quem sic inchoat, vt quærat rationẽ iuris singularis. Et ait (quæ ratio eandem vim habet, quam superior) vtilitatis causa esse receptum, vt in rebus peculiaribus seruorum, aut filiorum nostrorum ignorantes possideamus, atque etiam vsucapiamus. loquitur de possessione effectrice vsucapionis, nõ de possessione inani, quæ non præbet occasionem vsucapionis: vtilitatis, inquam, causa hoc esse receptũ, ne alioquin per singula momenta cogamur sciscitari & inquirere species & causas peculiorum: species, id est, res, corpora, iura, quæ sunt in peculio, causas, id est, titulos quibus tenentur, puta emptionis titulo, an legati, an donationis, an permutationis, quæ perquisitio esset perquam molesta

dominis & negotiosa: ideoque vtilitas ciuium postulat, ne ista perquisitione onerentur dominũ, qui peculi seruis concesserunt, atque adeo vt omissa huiusmodi inquisitione eis etiam ignaris rerum peculiariũ procedat tum possessio, tum vsucapio. Hæc ratio locum non habet in procuratore. Videamus cur non possit hæc ratio aptari ad procuratorem: quia cum minus permittatur procuratori, cui alieni tantum negotii administratio mandatur, quã seruo, cui peculium conceditur quasi proprium ipsius serui patrimoniũ, adeo vt seruus serui, qui est in peculio, id est, serui vicarii dicatur dominus, ac similiter dominus totius peculii sibi concessi: & per hanc rationem finita fit potestas procuratoris, serui peculiaris determinata & finita non sit, quod sit dominus, circa procuratoris gesta admodũ per singula momenta curiosus & diligens quod tamen non est necesse, si seruo permiserit peculium quasi patrimonium, quæ permissio plenior est mandato, siue procuratione. Id inquam, est necesse, vt diligenter inquirat quid seruus in peculio gerat, qua ratione rem peculiarem augeat vel minuat, ac denique tractet, nisi sc. admiserimus, etiam ignoranti possessionem per eum seruũ acquisitam præbere occasionẽ vsucapionis, quod vtilitatis ratio postulat, id est vtilitas seruorum singulorum, vt per eos res suas expediant quos habent in potestate, nec destringantur inquisitione assidui peculii, sicut ratio quoq; vtilitatis postulat, & hoc indulsit, vt per procuratorẽ nobis etiam ignorãtibus, quo tempore rem accepissent, saltem possessio competat, licet non vsucapio, *l. 3. C. de acq. pos.* Nunc quod maxime notandũ est ex hoc iure singulari, quod iam satis exposui, posset quis forte argumẽtari in hunc modum: si ius singulare hoc est, vt ex causa peculiari per seruũ ignoranti possessio adquiratur, id est, vt ex ea causa sine animo nostro possessio nobis adquiratur; Ergo ius cõmune hoc est, vt animo adquiratur possessio, quod est falsum. Nec enim animus sufficit, sed & corpus exigitur, id est, apprehensio rei, nec animus sufficit per se, nec corpus per se, *l. 1. in princ. l. quẽadmodũ, h. tit. l. licet, C. eod.* Huic obiectioni elegantissime respondet Papin. in hoc §. & ait, id non esse verum, extra causam peculiarem, extra hunc casum singularem, sanè si quid seruus tenet extra causã peculiarẽ, puta nomine domini, non nomine peculii, quia nec forte peculium habet, aut si habet, id nomine domini tenet, domino possessio non adquiritur solo animo domini, postquã sciuit rem seruo fuisse traditam, sed & corpore serui. Sciendum enim est nos non adquirere possessionem animo alieno, nisi ex causa peculiari, corpore autem nos adquirere possessionem quacunque ex causa, tam nostro, quam alieno, vt corpore serui, & filiifamilias, coloni, inquilini, procuratoris, *l. quod meo, l. 3. §. saltus, hoc tit.* Et Paulus 5. *Senten. tit.* 2. cæterum animo tantum nostro adquirimus possessionem. Et recte Papinianus ait, *necessariam esse scientiam domini, vt possessio adquiratur domino per seruum, qui rem nomine domini tenet, non peculiari*, quia etsi corpore serui potest dominus acquirere possessionem, non potest etiam animo serui acquirere possessionem nisi ex causa peculiari. Hæc est certissima definitio. Neque ei obstat *l. nunquam §. si seruus, de vsurp. & vsucap.* dum ait, dominum ignorantem possidere per seruũ quicquid nomine domini possidet, ac si possessionem acquirat vt corpore, ita animo serui, absque animo domini siue scientia. Sed ille §. omnino intelligendus est de illo seruo, qui rem tenet nomine domini, ex iussu domini, quando dominus iussit seruum eam accipere ab extraneo, hanc enim rem vtique dominus intelligitur possidere animo suo, sicut & rem quã procurator tenet, quia mãdato eius eam tenet. Et hæc est differẽtia vltima inter dominium & possessionem. Dominiũ ignoranti domino acquiritur per seruum, *l. etiam inuitis, tit. praced.* Possessio & scienti & volenti per seruum acquiritur, *d. l. ea quæ, tit praced* nisi iusserit aut mandauerit: & huic quẽ iussit aut mandauit, possessio tantum competit, non vsucapio, nisi ex causa peculiari, ex qua & possessio ignorãti

A procedit & vsucapio, quia plenior est permissio peculij, quod attigi iam supra, quam iussum aut mandatum. Ad summam igitur, possessio nuda procedit, non vsucapio: ita fit, vt quod possideo, non intelligar possidere quod ad vsucapionẽ attinet, sicut è contrario fit nonnunquam, vt debitor, qui pignus non possidet, quod tradidit creditori, intelligatur possidere, quod ad illam tantum causam, id est quod ad vsucapionem attinet, *l. serui nomine. tit. seq. & l. 1. §. per seruum corporaliter, h. t.* Hæc est vera sententia h. §. *quæsitum.*

Ad §. quibus explicitis, & l. 45. eod.

Quibus explicitis, cum de amittenda possessione quæratur, multum interesse dicam, per nosmetipsos, an per alios possideremus: nam eius quidem quod corpore nostro teneremus possessionem amitti vel animo, vel etiam corpore, si modo eo animo inde B *digressi fuissemus ne possideremus. Eius vero quod serui vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus. §. vlt. Illa quoque possessionis amittendæ separatio est: nam saltus hybernos & æstiuos, quorum possessio retinetur animo.*

L. 45. *licet neque seruum neque colonum ibi habeamus.*

NE sensus fit inanis, vno tenore & spiritu legenda est lex sequens, quæ est eiusdem Papin. ex 2. *definit.* coniungenda huic §. verba sunt, *licet neque seruum neque colonum ibi habeamus.* Quod initio h. legis memini me dicere, eam totam pertinere ad illam partem tituli, quæ est de amittenda possessione, id non muto, etiamsi in §. præced. Papin. tractauerit tantum de adquirenda possessione: Nam hoc ideo fecit, vt collata ratione acquirendæ, C cum ratione amittendæ possessionis, appareret separatas & diuersas esse rationes, idq; his verbis à quibus incipit, qui sequitur §. *vlt.* satis ostendit, *quibus explicitis, &c.* demõstrata sc. ratione adquirendæ possessionis, videndum esse ait, an eadem sit ratio amittendæ eius qui fuit præcipuus finis Papin. & ait, quib[9] *explicitis*, vt in *l. 5. de præscr. verb. explicitus est articulus ille do vt des*: & l. 1. *ad Treb. explicito tractatu, &c.* Et male à quibusdã reiicitur verbũ *explicit*, quod solet annotari in fine *librorum*. D. Hieron. in epist. ad Marcell. *Solemus nos*, inquit, *completis opusculis ad distin. alterius sequentis operis medium interponere, explicit, aut feliciter, aut aliud eiusmodi.* Porro explicitũ illud iam D est, *possessionem nobis adquiri animo & corpore, non animo solo, non corpore solo.* Neque verum est, quod Labeo dicebat; *quarundam rerũ nos possessionem acquirere animo solo, l. quarundã, h. ti.* Nulla enim res est, cuius possessionem possis adipisci, nisi cõcurrat corpus & animus. i. apprehensio rei & affectio possidendæ rei, sed acquiritur quidem possessio animo tantum nostro, corpore nostro, vel alieno. Ex causa peculiari solo etiam animo alieno: nam animo meo non possideo quod seruus acquisiuit ex causa peculiari, etiamsi peculij ei potestatem permiserim, si nescio rem, quam adquisiuit, aut causam ex qua adquisiuit. si ei specialiter iussissem, aut mandassem rem emi & accipi, videor post traditionem ei factam eam possidere animo meo, etiamsi tempus ignorauerim, quo emisset & ac- E cepisset, quia specialiter de certa re iussi siue mandaui. At quoties generaliter peculium permisi seruo, si nescio ex causa peculij, quam rem acquisierit seruus, eam non possideo animo meo, sed receptum est ex hac causa, vt eam intelligar possidere animo alieno, puta serui, vel filiifam. vt ait *l. 3. §. seruus, h. t.* Et nunc videndum est an etiam in amittenda possessione hoc requiratur, vt sc. animo & corpore discedam possessione rei. Et sane Paulus videtur nullam differentiam constituere hac in re inter acquisitionem & amissionem possessionis, *l. quemadmodum, h. t.* Nam inquit Paulus, *quemadmodum nulla possessio acquiri potest nisi animo & corpore, ita nulla amittitur*, nisi in qua vtrumq; in cõtrariũ actũ est. Ergo & in amittenda possessione vtrũq; exigitur. Sed non defuere stul-

ei,qui existimãtes id esse incredibile, aut prorsus falsum, ei legi præscripserunt negationem hoc modo,*non quemadmodũ*, qui sunt solo silentio & contẽptu digni. Sed hæc res liquido ita explicari potest. Ea definitio legis *quemadmodum*,plerunq; reperitur falsa,nisi temperetur verbo *fere*,quod etiam huic definitioni addidisse constat Paulũ ex *l. fere, de reg. iur. c'est à dire le plus souuent, ou presque le plus souuent.* Sententia igitur hæc sit, vt *fere quemadmodũ, &c.* Possessio non acquiritur nisi animo & corpore, ita non amittitur nisi animo & corpore. Hoc est verũ *fere*, non *perpetuo*,non *semper*,non *vsquequaque*. Primum enim vt possessio non acquiritur corpore, nisi accedat etiam animus acquirendæ eius,ita sane non amittitur corpore, puta,*si fundo discedam nullo relicto in possessione*, nisi & animus meus possessione recedat,nisi deserendæ possessionis animus mihi fuerit, nisi ea mẽte vt ait §.*vlt.huius leg.* inde digrediar,vt id non possideam,alioquin solo animo retineo possessionem. Et ita rectissime eam definitionem accipiunt *Bulgarus Placentinus,& Ioannes, & Græci interpretes vno consensu.* Et idem omnino dicendum est, *si possideam corpore alieno,puta coloni*:Nam si colonus decesserit fundo,id est,si deseruerit fundum, vel si vita decesserit,ego non desino possidere,quamdiu eius possessionis retinendę animũ habeo & eum alius non inuaserit: nam inuasio alterius facit vt abeat mihi animus possidendi. Quid est possidere animo? an quodcunque animo complexus fueris,imaginatus fueris,possidere? Minime,alioquin quid quis non possideret? Sed animo possidere, est id possidere animo nostro,siue affectione, cui possidendo nihil impedimento est:Nam si alius inuasit possessionem,quæ fuit mea,non possum animo non deponere animum possidendi, qui cerno alium possidentem. Ergo si colonus,cuius corpore possidebã, fundo digressus fuerit ea mente, vt non possideret amplius,ego non amitto eam possessionem,si eius retinendæ animum habeam,& si inuasio alterius eum mihi animum non eripuit. quod est secundum Proculianos,quorum sententia cõstitit. Iustiniani comprobata est,*l. cum quis, de dolo. l.vlt.C.de acq. poss.* Sabinianorũ aliud erat iudicium, vt ostendi ad Africanũ ex *l. si de eo* §.1.*& l.colonus,hoc tit.* Illud valde notandũ est, quod si possessionem desertam à colono, quam corpore coloni possidebã, alius inuaserit, etiam ignorans amitto possessionem, quam corpore alieno possidebam: solo igitur corpore amitto quod possidebam, quia nondum deposui animum possidẽdi,qui sum ignorans inuasionis, quod ostendit §. *vlt h. l. & l.* 1. §. *quod seruus,de vi & vi arm.* Hoc casu igitur solo corpore nunquam acquiro, item solo corpore amitto possessionem,ignorans scilicet, rei mobilis si rem deposui apud alium,vel cõmodaui alij, & is cõstituerit possidere sibi,nec mihi reddere, cõfestim amitto possessionem,etiam ignorãs,quia desinit esse sub custodia mea,interuersa possessione ab alio,*l.si rem,h.tit.* Item vt appareat magis quantum distet amissio possessionis ab adquisitione,non certis casibus tantum, sed generaliter possessio amittitur solo animo: vt si quid possideo meo animo & corpore,& nunc nolo possidere mihi, sed forsan alij,desino possidere,etiamsi corpus meum fũdo non abscedat,*l.*3.§.*in amittẽda, h.tit.* Et hæc est altera differentia inter dominium & possessionem. Ante attuli aliam,quia dominium non amittitur solo animo,vt si dicam,me nolle rem meam esse,non ideo desino esse dominus, nisi tradam alteri,*l.si quis vi* §.1.*h. t. l.ius agnationis, de pact.* Possessio amittitur solo animo semper, quę tamẽ non amittitur solo corpore, nisi certis & paucissimis casibus. Et vt explicitius dicam, sed & proprie aliquid adiungam, eam quoque possessionem amitti nudo animo, quæ solo animo retinebatur, non corpore meo, vel alieno, & hæc non amittitur nisi animus accesserit. Aliquando,vt dixi supra, sine animo corpore solo amittitur; sed hæc quæ solo animo retinetur, solo quoque animo amittitur,adeo vt si alius ingressus sit eam possessionem,& hoc ignorem,nondum amittam possessionem.

A Inuasio ignorantem non spoliat possessione, quæ solo animo retinebatur; quod ostendit §. *vlt. h.l. & l.* 3. §. *in amittenda, h. t.* addatur etiam *l. si id quod* §.*vlt.h.t.* quod solo animo possideo, inquit, etiam si alius occupauerit possessionem, eo vsq; possideo, quoad reuersum me is, qui occupauit,repellat: quia repulso deficit animus possidendi: vel etiam quoad suspicer,me posse repelli ab eo, qui ingressus est possessionem me absente, quia & hoc casu suspicione labascit animus, neque vero antequam deposuerim animum possidendi, possessionem amitto, licet eam occupauerit alter me ignorante. Et rectissime in *l. quamuis,h.t.* ex eodem lib. Papiniani.

Ad l. quamuis,D. eod.

Quamuis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. vt enim eodem modo vinculum B *obligationum soluitur, quo quæri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio,quæ solo animo tenetur.*

VTitur in hac specie comparatione obligationis,qua etiam vtitur *d.l.fere.* Obligatio eodem modo soluitur,quo acquiritur. acquiritur consensu ementis & vendentis,soluitur etiam consensu. Acquiritur verbis ex stipulatione, soluitur etiam verbis, nec alio genere quam verbis. Quod contractum est verbis,non soluitur consensu nudo: & ita quæ solo animo retinetur possessio, non amittitur nisi solo animo: quia nihil ignoranti inuasione C alterius aufertur. Et mens Papi. hæc est in hac *l. & in l. peregre* §. *quæsitum*, vsq; ad fin. & in sequentib. & fuit, vt ostenderet, differentiam esse summam inter adquirendam & amittendam possessionem, quam vocat in §. *vlt.* separationem, & differentiam in *l. quamuis, ad Treb.* vt Græcis διαίρεσις & διαμερισμός. Exemplum autem eius possessionis, quæ solo animo retinetur sine corpore nostro vel alieno, Papi. ponit in saltib. æstiuis & hibernis, quoniam hos parte anni relinquimus, nullis quandoq; seruis aut colonis ibi relictis,nec possidemus tamen minus animo, sine corpore vllius. Saltus sunt syluæ & pastiones, in quibus pecora hieme in hibernis, æstate in æstiuis sunt, *l. qui saltum,de leg.* 3. Nam & pecorum hiberna & æstiua dicuntur,*d.l. qui saltum*,& Varroni, Virgilio, Papiniano. Hos igitur saltus parte anni relinquimus, vt ait *l.*3.*saltus,* D *h.t.* quoniam in hibernis pecora hiematum mittimus, in æstiuis æstiuatum vmbræ causa, iuxta illud Horatij, *Pecusve ante sidus feruidum Lucana mutet pascua.* saltib. accedunt etiam causæ,custodiæ finium aut fructuum causa, paratæ saltuariis: hi sunt,qui custodiunt fines saltuum & fructus,qui in saltib. sunt,quos constat cedere instrumento prædij,si serui sunt vel adscripti prædio,*l.* 8.*& l. quæsitum* §.*saltuarium,de inst. vel inst. leg.*& separantur à colonis in *l. cum quæreretur* §.*prædijs, de leg.* 3.quoniam non colunt fundum, sed tuentur tantum aut custodiunt glandium fundi aut syluæ pastionisve gramen. Virg. *cui late custodia credita campi*,id est saltuarius. Ideoq; rectissime in *l. seq. licet*, inquit, *neque seruum, neque colonum* ibi (in saltibus) *habeamus*, saltus sc. possidemus nudo animo, E seruum vocat *saltuarium*, & recte separat à colono: nam saltuarius non est colonus, nec legato colonorum continetur, *d.* §.*prædijs.* Sunt tamen in saltibus interdum coloni: nam possunt etiam in saltibus esse fundi: qui colantur,qui arentur: potest esse particula in syluis,quæ aretur pastorum aut custodum gratia, & vt elegantissime dixit Ælius Gallus I C. apud Festum,ea res non perimit nomẽ saltus,sicut si in fundo, qui est in agro culto, particula quædam syluæ sit, ea res non perimit nomen agri culti. Ager cultus opponitur saltui. Et ita in *l. creditor, de act. emp.* ponitur in saltu fuisse fundus,qui coleretur,nam generaliter saltus ipse potest fundus dici. Et in *l. si seruos, de pigner. act.* grandem saltum fuisse, quem creditor excoluerit magno sumptu. Sed vt equidẽ arbitror,illo loco, verius est,nos non debere accipere saltum pro *sylua*, &

pastione, pro agro compascuo, pro pascuis, sed pro ampla possessione, quæ aretur & excolatur omnis. Nã ex Siculo Flacco, *de limitibus agrorum*, & Varrone *de re rustica*, constat etiam dici saltum, *latifundum*, siue *latam possessionem*, quæ includat multas centurias, puta 25. vt ait Siculus. Non omittam etiam illud, vt restituam locum Festi vnum, nondum restitutum, etiam saltum dici nemus, vt Festus explicat in definitione nemoris, à verbo Græco νέμος, quod comprobauerat Festus auctoritate Homeri. Sed locus est perquam mutilus. Ex vestigiis, quæ remanserunt, intelligimus restituendum esse locum, hoc modo, vocabuli auctor est Homer. Iliad. XI. ἐν νέμεϊ σκιερῷ id est, *in nemore vmbroso*. Verum non tantum Papinianus hoc loco, sed alij auctores passim, quoties volunt adferre exemplum possessionis, quæ solo B animo retinetur, vtuntur exemplo saltus hiberni vel æstiui: recte exemplo: nam idem dici potest de omnibus prædiis, de omnibus rebus vel mobilibus vel immobilibus, vt earum possessionem quam nacti sumus animo & corpore, post retineamus solo animo sine corpore vllo. Sed frequentius vtuntur exemplo saltus, quod hæc prædia manifestum sit relinqui altera parte anni. Sed hoc idem dicendum de omnib. rebus, *l.* 1. §. *quod vulgo dicitur, de vi & vi arm, l. clam. l. vlt. h. t. l. licet, C. eod.*

Ad l. 44. de vsurp. & vsucap.

Iusto errore ductus Titium filium meum, & in mea potestate esse existimaui, cum adrogatio non iure interuenisset: eum ex re mea quærere mihi non existimo: non enim constitutum C *est, in hoc, quod in homine libero, qui bona fide seruit: placuit ibi enim propter assiduã & quotidianam comparationem seruorum ita constitui, publice interfuit. nam frequenter ignorantia liberos emimus: non autem tam facilis, frequens, adoptio vel adrogatio filiorum est.*

EX lib. 13. Quæst. restant tantum leges tres, quæ omnes sunt de vsucapione, & earum præcipua est l. *iusto errore, de vsurp.* cuius initium explicabimus. Certissimum est, per liberum hominem, quem bona fide possidemus, nobis acquiri ex re nostra, & ex eius operis, non ex re aliena, nec ex aliis causis: nam postquam apparuerit, liberum eum esse, retinebimus tantum ea, quæ ex re nostra parauit, quamdiu eum bona fide possidemus, vel ex suis operis, parsimonia, ex sua industria: nam operæ videntur quodammodo esse ex re nostra, quia iure nobis D eas exhibere debet, quoniam à nobis bona fide possidetur, *l. qui bona, de adq. rer. dom.* Ergo hæc tantum retinebimus, cætera ei restituemus. Et quod proponitur hoc vno tantũ loco, & aliqua ex parte in *l. per eum*, §. *tit. prox.* videlicet quod diximus, per liberum hominem nobis acquiri ex re nostra, si eum possidemus bona fide, locum tãtum habet in libero homine, quem quasi seruum bona fide possidemus ex causa emptionis, vel donationis, vel qua alia iusta causa existimantes, eum nos à dño accepisse. hic acquirit nobis ex re nostra, quoad appareat liberum esse: Nam si liberũ hominem possedi, quasi filiũ sa. vel quasi filium meũ, qui esset in mea potestate bona fide, puta ex causa adrogationis vel adoptionis, quæ iure facta forte non est, quod exemplis demonstrabo, per eum nulla E ex causa, ne ex re quidé nostra nobis acquiritur, sed adoptione iniusta pronuntiata, omnia iterũ restituentur, quæ acquisiuit. rem meam mihi retineo, quod ex re mea parauit, ei restituam. Hoc notandum: Nam quibus est amica disputatio priuata vel publica, possunt certe primo congressu valde turbare affirmantem, per liberum hominem bona fide possessum ex re nostra nobis acquiri: Nam hoc est falsum in libero homine, qui possidetur quasi filius familias, nec vnquam nobis istud excidere debet, sed hoc vno tamen loco proponitur ex *d. l. per eum.* Igitur, quod proponitur initio legis est tantum differentia, vt ait Bart. & Accurs. inter seruum putatiuum & filium putatiuum. Per seruũ putatiuum acquirimus ex re nostra, quæ quodammodo nostra esse videtur, per filium putatiuum nulla ex re acquirimus. mallem dicere Græce, quam Latine putatiuum, νομιζόμενον. Quæ est ratio differẽtiæ? Est acutissimus Papin. in reddendis rationibus. cur per seruum acquirimus ex re nostra, non per eum, quem quasi filium famil. possidemus. Seruorum comparatio erat assidua & quotidiana: nullius fere rei olim erat commercium frequentius, quia nec etiam vllius rei quæstus vberior, quã habere plures seruos, qui acquirunt nobis quidquid acquirunt. Magnæ hæ diuitiæ sunt, quorũ opera possis tibi exstruere breui tempore ædificium, aut te liberare periculo. Ergo, inquit Papinian. propter frequentissimam comparationem seruorum, in qua possit etiam accidere, vt tibi obtrudatur liber pro seruo, publice interfuit ita constitui, vt per liberũ hominem, quem ignoranter quasi seruum comparauissemus, nobis acquiratur, saltem ex re nostra. & ita propter frequentem mutationem, & assiduum pecuniæ vsum, nec alia ratione, multa sunt singularia recepta circa pecuniam mutuam, *l. singularia, de reb. cred.* propter vtilitatem inquam, promiscui vsus, *l. si quis mancipis* § *si impubes, de inst. act.* & in hac, *l. constitutum*, id est, consensu receptum, vt per liberum hominem nobis bona fide emptum, nobis acquiratur ex sua opera & ex re nostra. Non ita frequens filiorum adoptio vel adrogatio. Possumus vel hodie etiam in Gallia filium adoptare vel adrogare, sed vix quisque adoptat, nec alia ratione rex sibi regnum Neapolitanum vendicat, quam adoptionis iure. Non est frequens filiorum adoptio, quia nec ita facilis factu, non licet temere plures adoptare, omnis adoptio fit causa cognita, vel auctoritate Principis, vel Imperio magistratus. Olim auctoritate populi lege curiata non licebat plures adoptare, *l.* 15. §. *vlt. de adopt.* Si velit aliquis vnum aut alterũ adoptare, potest solatij ergo, tres vel plures vix potest, *d. l.* 15. non licet fœminis adoptare, §. *fœmina, Instit. eod.* quin & fœminas adoptare non licet, nisi ex rescripto, *l. nam &, de adopt.* non licet minori maiorem adoptare, *d. l.* 15. Adoptio locum habet in his, in quibus natura potest. non potest natura esse maior filius minori, non licet etiam temere adoptare ei, qui magis procreationi liberorũ studere debet, vel potest, sexagenario licet adoptare, minori sexagenario vix licet, *d. l.* 15. Nõ est igitur facilis adoptio liberorũ, atque adeo infrequens est. Seneca in controuers. *adoptionem esse remedium fortunæ.* M. Tullius pro domo sua: *causa adoptandi quæri solet, cum is qui natura liberos assequi non potest, adoptat.* Ac præterea adoptio fit solẽniter, & est legis actio, vt ait Th. *d. tit. de adopt. l. post mortem* §. *vlt. eod. l.* 1. & 4. *C. eod.* Nihil horum obseruatur in comparatione seruorum: Nam & fœmina comparat seruum, & ancilla comparatur, nec inspicimus rem quam comparamus, nec cætera multa: seruorum enim vsus est necessarius. At adoptiuæ prolis, id est, adoptionis, non est necessarius vsus, sed magis voluptarius, vt sint quasi senectuti solatio, vel orbitati. Ex his intelligitur ratio differentiæ, quæ est elegantissima: Nã frequens vsus exigit, vt recipiamus singularia contra ius: & contra ius est, vt liber homo nobis acquirat, & tamen acquirit, si quasi seruus fuerit bona fide cõparatus. Dices: hoc intelligo, sed quæso quid hoc ad titulũ hũc pertinet? Nec enim hîc vlla fit mentio vsucap. vel vsurpationis, quæ interruptio est vsucapionis: ideo nec sunt referenda ad titul. *de vsurp. & vsucap.* Hoc sc. dicimus, vt intelligamus nos nõ posse vsucapere, quæ acquisiuit liber homo, quem quasi filium possidemus lapsi iusto errore, id est, iusta ignorantia, scil. facti, non iuris: Nam sola ignorantia iuris impediet vsucapioné, *l.* 4. *D. de iur. & fac. ignor.* sed ignorãtia facti non item. Puta existimabam⁹ eum, qué adoptabamus esse minorem ætate, dum scilicet hoc ipse fingebat, vt in *l. apud* §. *quid enim, de doli except.* Decipimur sæpe in cognoscẽda ætate hominũ, & facile credimus affirmanti, se huius vel illius ætatis esse. hæc est, ignorãtia facti, quam attulit dolus adoptati, vel existimãtis patrem esse, à quo puer dabatur in adoptionem, cum non esset

pater. hæc est ignorantia facti etiam, quæ iustissima est, A quem enim is error non caperet? Igitur hic error non impediet solus vsucapionem, sed obstat vsucapioni alia res, quod per eum, quem adoptauimus non iure, cum existimaremus nos adoptasse iure, ducti ignorantia probabili facti, quod inquam, per eum nec possessio quidem nobis acquiritur. rerum scilicet quas interim acquisiit, *l. per eum, tit. prox. sup.* Et vsucapio sine possessione nō procedit. Ergo quod acquirit, non acquirit nobis statim, neque id fieri nostrum potest ex causa vsucapionis, cum possessio ad nos non pertineat: nec mirum, cum nec ipse filius proprie possideatur, sed magis quasi possideatur, qua de causa non potest vindicari, nisi causa adiecta ex iure Quiritium, quo iure pater videtur esse dominus filij, cum habeat in eo ius vitæ necisque eo iure, *l. 1. §. per hanc, de rei vindic.* Sed si filius meus sit apud alium, vel apud B eum ipsum filium, vt se gerat pro homine sui iuris, petitus preiudicio aduersus filium ipsum, vel aduersus extraneum interdicto de liberis exhibendis, vel extraordinarie prætoris interuentu, *d. §. per hanc*, non poterit quasi res sua vindicari, nisi ex iure illo antiquo Quiritium ex XII. Tabul. quod desiit esse in vsu, vt pleraque alia temporibus auctorum nostrorum erant abrogata ex 12. tab. Et tamen certum est, subrepto filio meo filiifamil. nomine, mihi esse actionem furti, quasi interuersa possessione rei meæ, aut certe melius quasi possessione, quasi res mea sit, *l. 2. de interdict.* Dicimus interdictum de filio exhibendo esse quasi proprietatis: cuius rei quasi dominium dicimus esse, necesse est vt sit quasi possessio: cuius absolute dominium, & absolute possessio. Et furti actionem cōpetere patri ostenditur in *l. eum qui §. si filiusfam. de furt.* C non in pretium filij certum, quia liberi hominis pretium non est, sed in id, quod interest, veluti in lucrum acquisitionis, vt Græci rectissime interpretantur. Qua de causa mater non agit furti subrepti filij nomine, *l. mater, eod. tit*, quia matri nihil acquirit filius & neuter quidem agit condictione furti, quæ soli domino datur, & pater non est dominus. Sunt casus innumeri, quibus hæ duæ actiones furti & condictionis furtiuæ non concurrunt. Si per eum, quem existimamus factum filium nostrum adoptione, cum non sit factus, iure possessio nobis non acquiratur, cum non ipse à nobis proprie possideatur: Quæ res de his, quæ liber homo bona fide possessus quasi seruus acquisiuit ex re nostra, an ea possumus vsucapere? Ex hoc quoque dicemus, nos non posse vsucapere, quia statim D nostra fiunt ipso iure. In *l. 4. §. lana, hoc tit.* oues sunt furtiuæ, lana detonsa est apud bonæ fidei possessorem, non potest vsucapi lana, quia statim fit possessoris bonæ fidei, cum lana sit in fructu, *l. in pecudum, de vsuris. pleno iure*, inquit, *fit bonæ fidei possessoris*, vt intelligatur non posse interuenire vsucapionem, quæ tribuit plenum ius, *l. 17. de rei vindic.* Fructuum plenum ius tribuitur bonę fidei possessori, statim atque fructus percipit. Sed videtur *d. §. lana* exigere consumptionem fructuum, dum quod dixit in lana, idem esse ait in agnis, si consumpti sint, quia consumptio dominium effecit eum, qui bona fide quod acceperit, consumpsit. Exstantes autem fructus non fiunt possessoris, sed possunt vindicari à domino. Consumptio igitur plenissimum ius tribuit, *l. quæsitum, in fi. de* E *acquir. rer. dom. §. si quis à non domino, Instit. de re. diuis.* Ergo quæ liber homo quasi seruus bona fide possessus parauit ex re nostra, non vsucapimus, quia statim nostra facta sunt pleno iure, & quod nostrum est, amplius nostrum fieri non potest. Cætera etiam, quæ is extra rem nostram acquisiuit, non vsucapimus, quia nec cæterorum possessio nobis acquiritur, sine qua vsucapio non consistit, cum nec ei acquiratur: neque enim potest possidere sibi scilicet qui ab alio possidetur, *l. 54. in fin. de acquir. rer. dom.*

Ad §. primum.

Constat, si rem alienam scienti mihi vendas, tradas autem eo tempore, quo dominus ratū habet, traditionis tempus inspiciendum, remque meam fieri.

Ita vero in §. 1. huius l. licet non fiat mentio vsucapionis, tamen quod est scriptum in eo continenter, est referendum ad vsucapionem. In hac specie, qui rem alienam sciens à non domino mala fide emit, deinde eam accipit tradente venditore, cum iam dominus ratum habuisset, aut domino ratum habente satis est, si dominus ratum habuerit tempore traditionis, licet non tempore venditionis, quia ex tempore venditionis videtur ratum habuisse, quia ratihabitio retro agitur, *l. si fundus §. 1. de pignor.* quod est ex constitutione Iustin. Ex sententia Sabinianorum est receptum, vt in omnibus ratihabitio retrotrahatur, & mandato cōparetur: neque enim constabat olim in omnibus ratihabitionem retrotrahi, sicut etiam conditionem hodie non in omnibus retrotrahi cōstat. Igitur res videtur mea statim atque vendita est, quia tradita est eo tempore, quo dominus ratum habuit. Et nihil est præterea in §. 1. Sed debemus subiicere, quod est in §. 2.

Ad §. etsi possess. & l. 3. & pen. D. pro legato.

§. 2. Etsi possessionis, non contractus initium, quo ad vsucapionem pertinet, inspici placet: nonnunquam tamen euenit, vt nō initium præsentis possessionis, sed causam antiquiorem traditionis, quæ bonam fidem habuit, inspiciamus: Veluti circa partum eius mulieris, quam bona fide cœpit possidere. Non enim ideo minus capietur vsu puer, quod alienam matrem priusquam eniteretur, esse cognouit. Idem in seruo postliminio reuerso dictum est.

Explicabimus nunc §. *etsi possessionis*, sed ei adiungemus etiam explicationem *l. 3. & l. pen. D. pro leg* quæ sunt eiusdem libri Papiniani. Certum est in vsucapione bonam fidem possessoris exigi, malę fidei possessorem nō vsucapere. Et regulariter quidem, in omnibus causis siue contractibus bona fides exigitur, non initio contractus, sed initio adeptæ possessionis, quia & à possessione vsucapio incipit. Excipitur tantum emptio & venditio, in qua bona fides exigitur & contractus & traditionis tempore, *l. prox. sup. h. l. 7. §. vlt. de Publ. in rem act.* Neque huic exceptioni quicquam obstat *l. si aliena re, in prin. h. t.* quæ tamen prima specie videtur significare, in emptione venditione traditionis, id est, possessionis duntaxat tempus spectari oportere. Sed verissimum est, quod etiā voluit Accurs. eius legis hanc mentem esse, vt non tantum emptionis, sed etiam traditionis initium inspiciatur, ex sententia Sabinianorum, vt ait: nam Proculiani initium tantum emptionis spectabant, id est, sufficere existimabant, si bona fide emisset, etiam si rem traditam postea bona fide non accepisset, quod ex eorum Proculianorum sententia videtur referri in *l. qui fundum §. qui bona fide, tit. seq.* videlicet si in eo §. legas, vt est in Florentinis, *similis*, non *dissimilis*. Sed forsitan vt vulgo rectius legitur, *dissimilis*, quoniam ea lex est Iuliani, qui ex Sabinianis fuit, & vtroque tēpore exigit bonam fidem, *d. l. 7. §. vlt. de Publ. in rem act.* & ita in *l. cum quis §. de peculio, de solut.* alias notaui, non, *simile*, sed melius, *dissimile* legi, quod Accurs. notauerat eo loci. Vtut sit, obtinuit Sabin. sententia, vt bonam fidem in emptione & venditione exigamus ab emptore, non tantum emptionis tempore, sed etiam traditionis, cum tamen in aliis contractib. sufficiat interuenire bonam fidem traditionis tēpore. Quia igitur etiam emptionis initium spectari placet, ex eo apparet, non aliter procedere vsucapionem pro emptore, vel pro soluto, quasi resoluta in causa emptionis, nisi

reuera emptio interuenerit, nec sufficere ex causa emptionis traditionem fieri bona fide accipienti, si nulla emptio præcesserit, si nullum tempus emptionis fuerit, si non fuerit duplex tempus, & vtroque bona fides: & tamen in aliis contractibus vsucapio pro soluto procedit, si quis rem sibi solutam quasi debitam bona fide acceperit, licet nulla præcesserit obligatio, nullum debitum, quia in aliis causis præterquam in emptione & venditione, possessionis, solutionis, traditionis solius initium intuemur, *l. si is qui pro emptore* §. *vlt. l. pen. h. t. l. 2. tit. seq.* Idemque est si præcesserit obligatio, vt, sed exempli gratia, si sciens stipulatus sum rem alienam à non domino, quam sciebam non esse meam. Nam si tempore solutionis quo mihi res promissa soluitur, in ea opinione sum iam, vt existimem, eam rem esse promissoris, non alterius, vsucapio pro soluto procedit, quia bonam fidem interuenire solutionis tempore satis est, nec exigitur vt & stipulationis tempore interuenerit. At in emptione venditione non tantum accipi, sed etiam emi rem bona fide oportet, & cõsequenter in aliis causis præterquam in emptione venditione, falsa causa non officit vsucapioni, si modo res sit tradita & bona fide accepta, vt si ex falsa causa iudicati, ex falsa causa stipulationis, vel legati, vel noxæ deditionis, res soluta & tradita sit bona fide accipienti. Nam etsi falsa sit causa traditionis, vsucapio procedit, *l. 5. de Publ. in rẽ act.* At, vt iam dixi, falsa causa emptionis obstat vsucapioni, etiam si quis rem ex ea causa accipiat bona fide. Videtur tamen Papin. hac in re in hoc eodem lib. comparare aut parem facere causam legati, causæ emptionis in *l. 3. pro leg. Non magis,* inquit, *quam si quis emptum existimet, quod non emerit,* pro legato potest vsucapi, adhibita, *l. 2. eod.* vbi negatur procedere vsucapionem, si rem possideam quasi legatam, quæ non erat legata, vel quasi emptam, quæ non erat empta. Eandem igitur esse conditionem legati & emptionis, cum distinctione aliqua nobis explicandum est hoc modo: vt si res tradita non sit ab herede ex causa legati, vel à vẽditore ex causa venditionis, fateamur nullum esse discrimen inter legatum & emptionem, vel alias possessionis causas. nulla ex causa vsucapionem procedere, quando traditio non interuenit, *l. Celsus, h. t.* errorem falsæ causæ non parere vsucapionem, nisi errorem traditio secuta sit, §. *error, Insti. eod. tit.* Sed si ex aliis causis quibuscunq; res sit tradita bona fide accipienti, quasi rem debitam sibi ex causa, ex qua tradebatur, quamuis falsæ sint causæ, vsucapio procedit, *l. 3. & 4.* §. *vlt. inf. pro suo, l. 1. pro donato, l. Proculus, de iur. dot.* Sed si res tradita sit ex causa emptionis, quæ falsa est, sane vsucapio non procedit, *d. l. 2. tit. seq.* nisi scil. sit magna prę sumptio emptionis, & erroris iusta, magna, probabilis causa, vt in specie legis *quod vulgo* tit. seq. *& l. vlt. pro suo.* Si mandaui seruo meo, aut procuratori rem emendam, nec emerit, sed quacunque alia ratione eam rem nactus sit, mala forte fide, atque ita mihi persuaserit se emisse, & mihi tradiderit rem, vsucapio procedit. Nam hic error est tolerabilis. Idemque est, si idem mihi persuaserit seruus, aut procurator eius, cui ego heres exstiti, cuique defunctus dederat in mandatis, vt rem emeret: idque ita ponitur in *dd. ll.* Alioquin, quod traditum est ex falsa causa emptionis, nõ potest vsucapi. Etiam illud adiungamus, quod est in *l. pen. pro leg.* quamuis res legata non sit tradita ab herede legatarij, sed legatarius eius rei possessionem ingressus sit *sine vitio,* vt ait, id est, non vi, non clam, sed prætore auctore, vel herede sciente & tacente, procedere vsucapionem pro legato, si legata sit res aliena, idque est notissimum.

Sed reuertamur vnde abiimus. Quæro, cur in emptione venditione exigimus, vt & emptionis & traditionis initium habeat bonam fidem, & tamen in aliis contractibus veluti in stipulationibus quæ sunt pandectæ contractuum: nullus enim contractus non cadit in stipulationem, sicut Grammatici dicunt aduerbia esse pandectas omnium partium orationis: cur, inquam, in stipulationibus initium duntaxat traditionis spectamus? cur exigimus tantum bonam fidem initio possessionis adeptæ & traditionis? Laborant aliquantulum interpretes in reddenda ratione differentiæ, sed mihi videtur satis reddi in *d. l. si is, qui pro emptore* §. *vlt.* quia scilicet salua fide & illæsa sciens non possum emere rem alienam à non domino & pudorem mihi hæc emptio iniicere debet, si scio rem alienam. Stipulari autem rem alienam vnicuique concessum est absque rubore, vt scil. promissor mihi præstet æstimationem eius rei, vel redimat eam rem à domino, si possit, & præstet: nec enim rem ab eo stipulor quasi à domino, sicut emo rem quasi à domino. Igitur ex alienæ rei scientia non oneratur verecundia stipulatoris aut fides. Et summa est igitur ratio separandæ emptionis à cæteris negotiis, quæ omnia suo ambitu stipulatio comprehendit. Porro in omnibus contractib. nullo excepto, bona fides exigitur possessionis tempore, quod ad vsucapionẽ attinet. Sed addamus non tantum tempore adeptæ possessionis, sed etiam tempore recuperatæ possessionis, nõ tantum initio primæ possessionis, sed etiam initio secundæ bonam fidem exigi, *d. l. si is qui pro emptore* §. *pen. h. t. l. qui fundum* §. *qui bona, tit. seq.* Finge: ego bona fide rem emi & accepi: deinde amissa possessione eam recuperaui eo tempore, quo sciebam eam alienam esse. Non possum eam vsucapere, quia initium redintegratæ possessionis est vitiosum, vel rursus: Finge: ego vendidi rem alienam, quam bona fide possidebam. & cum ea res esset in causa redhibitionis propter morbum aut vitium aliquod, quod ei latenter inerat, ea res mihi redhibita ab emptore, iam scienti rem esse alienam: non possum eam vsucapere, quia initium secundæ possessionis vitiosum est, nec satis est bonam fidem interuenisse in prima possessione. Et finge iterum: ego fundum possideo bona fide, & ex eo deiicior per vim, post recupero possessionem remedio interdicti vnde vi, sciens iam fundum esse alienum, non vsucapiã, quia possessio quam recuperaui, vitiosa est. Concludamus igitur, bonam fidem exigi, non tantum initio adeptæ, sed etiam initio recuperatæ, redintegratę possessionis quod ad vsucapionem attinet. Sed excipiamus ab hac definitione duos casus, qui proponuntur in hac lege, quib. initio recuperatæ possess. bona fides non exigitur, & satis est si interuenerit initio primæ. Primus casus est: ancillam prægnantem emi, aut alia ex causa bona fide possidere cœpi, post cognoui eam esse alienam, antequã pareret, deinde pariens enixa est puerum: an puerum possum vsucapere, licet eo tempore, quo editus est, sciuerim matrem ancillam alienam esse? Maxime, quia non videtur quasi initio secundæ possessionis bona fides desiderari: nam videntur esse duæ possessiones pueri: vna temporis, quo fuit in vtero, altera temporis, quo exiit vtero, sed fingitur (& hæc est ratio) vna tantum fuisse possessio pueri, & continua nec interrupta. Fingitur ab initio comparatæ ancillæ natus, vt in plerisque causis etiã quæ non pertinent ad commodum eius qui est in vtero: qui est in vtero habetur pro nato, & enumerantur multæ causæ, maxime in *l. pen. de statu hom.* Et ad vnam causam quæ ibi refertur de vsucapione partus, velim ex hoc §. etiam hanc addi, his verbis: *si liber, & si ancilla prægnans bona fide empta sit, quamuis mox scierit emptor ancillam alienam esse, id, quod natum erit, vsucapietur, l. iusto.* §. *etsi possessionis, de vsuc.* Ei ideo posui ancillam non fuisse furtiuam, quia si ea fuerit furtiua, bona fides exigitur, vt partus vsucapio procedat etiam editionis tempore, *l. 4.* §. *si antequam, l. non solum, in prin. hoc tit.* Secundus casus est: seruum bona fide emi, is captus est ab hostibus, captiuitate interrumpitur possessio: deinde, priusquam reuerteretur postliminio, cognoui seruum alienum esse, non ideo minus potero eum vsucapere, quamuis eius recuperati tempore scierim alienum eum esse, quia scilicet postliminium fingit vnam possessionem eius serui fuisse, & continuam nec interruptam: postliminium retro fingit eum casum non accidisse, fingit seruum nunquam abiisse potestate domini, aut possessoris. Itaque vtroque

caſu fuit vna poſſeſſio, quamuis videantur duæ fuiſſe, & inter eas media interruptio, vt ſatis ſit initium primæ poſſeſſionis caruiſſe vitio, nec quicquam nocebit vſucapioni ſuperueniens mala fides.

Ad §. nondum aditæ.

§. 3. *Nondum aditæ hereditatis tempus vſucapioni datum eſt, ſiue ſeruus hereditarius aliquid comparauerit, ſiue defunctus vſucapere cœperat. Sed hæc iure ſingulari recepta ſunt.*

EXplicemus §. *nondum*, in quo ponuntur duo caſus ſingulares, quibus iacentis necdum aditæ hereditatis tempus ad vſucapionem heredi procedit. Priore caſu ad inchoandam eam, ſi ſeruus hereditarius aliquid comparauerit, poſteriore ad continuandam & complendam eam, ſi defunctus aliquid poſſidere cœperit & vſucapere. Et hæc duo eſſe in vſucapione ſingularia recepta, quib. ſcilicet ſine poſſeſſione, aut ſine poſſeſſionis continuatione, videtur contingere vſucapio contra regulas iuris, & definitionem vſucapionis. Quid eſt vſucapio? Adeptio dominij per cõtinuationem poſſeſſionis certi temporis, lege definiti: quia ſcilicet hereditas iacens, poſſeſsionem non habet, *l.1.§.Scæuola, ſi quis teſt.lib. eſſe.* Eſt enim poſſeſsio facti & animi, hereditas autem res incorporalis, & non eſt factum, vel animus ſine corpore; denique non eſt poſſeſſio ſine corpore. *Nondum*, inquit, *aditæ hereditatis tempus vſucapioni datum eſt, &c.* Et quod ad priorem caſum attinet, ex eo, quod diximus hoc eod. lib. & *l. peregre, §. quæſitum, tit.prox. ſup.* iure ſingulari, vtilitatis ratione eſſe receptum, vt ex peculiari cauſa ſola per ſeruum dominus ignorans, vel per filiumfam. pater ignorans poſsideat & vſucapiat, per ſeruum ſcilicet, què ipſe dominus poſſidet, non per fugitiuum, quem nõ poſsidet, non per eum quem alius poſsidet, *l.homo liber, in fi. de acquir. rerum dom.* Iure communi ſcientem tantum poſsidere, & vſucapere. Ex eo, inquam, iure ſingulari ſequitur, vt ſi ſeruus hereditarius, iacente, necdum adita hereditate, peculiari nomine aliquid comparauerit, eius poſſeſsio & vſucapio hereditati quæratur, quia quod ignoranti homini quæritur, & iacenti hereditati quæri poteſt, quæ ignorantis, abſentis, dormientis, mortui loco eſt. Et hoc probatur apertiſsime in *l.1.§. item acquirimus. ſup.tit.prox. l. pen. inf. de cap. & poſt lim. l. qui à ſeruo hereditario, de oblig. & act.* vbi Accurſ. male etiam extra cauſam peculiarem, id eſt, ex cauſa dominica non peculiari, nomine domini non ſuo nomine, (idem eſt ſuo nomine & peculiari nomine) ſcribit ſeruum ignoranti domino poſſeſsionem acquirere. Hoc eſt falſum, vt oſtendi & probaui *d.l. peregre §. quæſitum*, niſi ſeruus habeat iuſſum domini. Et quod ait *l. ſi me in vacuam §. vlt. ſup. tit. prox.* ſeruum meum mihi ignoranti acquirere poſſeſsionem, ſic eſt accipiendum, nempe ex cauſa peculiari vel ex iuſſu meo, cauſa mea, ſicut procurator meus vel ſeruus alienus ex mandato quoque meo, cauſa mea, mihi acquirit poſſeſsionem etiam ignoranti, quam meo nomine adipiſcitur. Et altera lex, qua nititur Accurſius, id eſt, *l. quod ſeruus, eod. tit.* aperte loquitur de cauſa peculiari tantum, vt ex ea ſcilicet ignoranti domino acquirat poſſeſsionem, ſecundum hoc, quod Papinianus ait in hoc §. nondum hereditatis aditæ tempus vſucapioni datum eſſe, ſi ſeruus hereditarius aliquid comparauerit. Sic accipiendum, *ſi peculiari nomine comparauerit*, non *ſi alieno nomine.* Verum huic ſententiæ officit vehementer lex. *ſeq. § vlt.* vbi negat, ante aditam hereditatem procedere vſucapionẽ eius rei, quam ſeruus hereditarius comparauit peculiari nomine, *quemadmodum etenim vſucapiatur*, inquit, *quod ante defunctus non poſſedit.* Denique concludit, vſucapionis primordium eſſe tempus aditæ hereditatis. Manifeſto igitur ille §. pugnat cum ſuperiori definitione. Et ſi quid aliud quæſieris diligenter, quod reſpondeas liquido, fruſtra fueris diligens. Nec enim inuenies aliud, quam hoc vnum, verum id quidem eſſe, quod proditum eſt in hoc §. *vlt.* iure ciuili, iure communi, ſed ius ſingulare, conſenſu ius receptum, mortem ſuadere, admittere aliud. Nam quæ Accurſ. ſcribit ægroti ſomnia videntur, vt hoc loco fingit, eum ſeruum poſsidere cœpiſse ante mortem domini, contra manifeſta verba Papin. qui ſeruum hereditarium comparaſse rem ait, ſeruus autem hereditarius non eſt ante mortem teſtatoris, ſed poſt mortem, ante aditam hereditatem, interim ſcilicet dum iacet & vacat hereditas. Et ita ſemper in iure accipitur ſeruus hereditarius, vt cum dicitur, per ſeruum hereditarium heredi non poſse acquiri rem hereditariam, vel hereditatem ipſam, *l. per hereditarium, de acqui. rer. dom.* Et cum dicitur heredi ex aſse ſcripto adſcriptam conditionem hanc, ſi ſeruum hereditarium non alienauerit, impoſsibilis eſt conditio, *l. quarta §. pen. de conditionib. inſtitut.* Et in multis aliis locis, ſi quis dixerit, ſeruum hereditarium eſse ante mortem teſtatoris, vel poſt aditam hereditatem, id ridiculum & delirum eſse videtur, quod tamen ſcripſit Æmilius Ferretus, *l.1.§. veteres, ſup. tit. prox.* Et longe lapſus eſt à vero. Is homo in contemnendis & reprehendendis doctoribus, ponit faſtus multum, in tradenda veritate ſtudij nihil, & ob eam rem eius ſcripta plane ſunt iuris ſtudioſis inutilia. Igitur, vt in *l. ſeq.* ita in hoc §. *nondum*, ponendum eſt, ſeruum hereditarium poſt mortem teſtatoris ante aditam hereditatem comparaſse aliquid peculiari nomine. Nam ſi poſueris, comparaſse ante mortem teſtatoris, ipſe teſtator id poſsediſse intelligitur, atque ita non erit hic prior caſus de ſeruo hereditario diuerſus à poſteriori, quo etiam placet hereditatis iacentis tempus ad vſucapionem heredi procedere, *ſiue defunctus*, inquit, *vſucapere cœperat:* non erunt duo caſus, ſed vnus, & aliquid poſsederit. palam facit duos caſus his verbis. *ſiue ſeruus, ſiue defunctus vſucœperit, &c.* Et quidem iam ſatis diximus de priori ſententia. Poſterioris hæc eſt, vt cœpta vſucapio à defuncto necdum impleta iacente hereditate & poſſeſsione vacua (nam hereditas iacens, vt dixi ſupra, poſſeſsorem non habet) nihilominus procedat, procurrat, perficiatur, peragatur, impleatur iure ſingulari, quamuis non ſit continuata poſſeſsio, ſed vacet iacente hereditate, in *l. nunquam §. vacuum, l. cœptum, hoc tit.* vbi conſtitutum eſt, cœptam vſucapionem à defuncto poſſe & ante aditam hereditatem impleri, conſtitutum eſt, id eſt, receptum eſt iure ſingulari, vt initio huius legis conſtitutum me interpretari memini. Idem in *l. qui cum §. vlt. tit. ſeq. & l. cum miles. ſup. quib. ex cauſis maior.* Denique morte mea non interrumpitur vſucapio, quæ à me cœpit initium, ſicut morte coloni mei per quem poſsidebam, etiamſi mortuum eum eſſe ignorem non interrumpitur vſucapio, *l. ſi de eo fundo, §. 1. ſup. tit. prox.* Igitur his duobus caſibus, qui notantur breuiter in hoc. §. & vt breuiter, ita eleganter, hereditas iacens intelligitur, id eſt, fingitur poſsidere, vt ait *d. l. qui ſeruo, de obligat. & action.* Fingitur, inquam, quia cœptæ poſſeſsionis res incorporea & inanima non eſt capax. Atque ita priori caſu inchoatur vſucapio, poſteriore continuatur & impletur vſucapio iacente hereditate, videlicet, *ſi medium illud tempus iacentis hereditatis vacuum fuerit*, id eſt, ſi eo tempore alius non ſit poſſeſsionem ingreſſus, *l. Pomponius, §. quæſitum, ſup. tit. prox.* nam ſi poſt mortem teſtatoris, qui poſsidere cœperat, non prior heres poſſederit, ſed alius quidã, poſſeſsio teſtatoris interrupta eſt, nec continuatur in herede, *l. poſſeſſio, hoc tit. Poſſeſſio*, inquit, *teſtatoris ita demum heredi procedit vel accedit ſi medio tempore à nullo fuerit poſſeſſa*, ſed ſi medio tempore vacarit, continuatur in herede, nec intelligitur morte teſtatoris interrupta fuiſſe, & non eã tantum continuatur, quæ morti teſtatoris iniuncta fuit, id eſt, quæ durauit vſque ad ſupremum exitum vitæ teſtatoris, ſed etiam, quæ vnquam teſtatoris fuit, quæ aliquando teſtatoris fuit, licet proxima morti eius non fuit, ſi modo medius poſſeſſor non interuenerit. Et hæc eſt ſententia *legis Pomponius §. non autem tit.*

prox.sup. vbi Florentiæ recte legitur, *vnquam*, vulgo perperam, *nunquam*, expressa falsa sententia: Nam hoc vult in hoc §. non tantum eam possessionem testatoris heredi procedere, quæ morti fuit iniuncta, sed etiam eam, quæ vnquam testatoris fuit, etiamsi non fuerit morti coniuncta. si dixeris, quæ nunquam testatoris fuit, falsum dixeris. Et ita *l. inter omnes, in pr. de furt.* si res furto subrepta extincta sit, si seruus furto subreptus mortuus sit, nihilominus competere actionem furti, *non quia nunc res abest, sed quia vnquam*, inquit, *beneficio furis abfuit, par son moyen*, vbi etiam vulgo perperam, *nonnumquam*. Hi vero duo casus sunt vobis valde notandi quibus iure singulari recipitur, vt vsucapio procedat sine possessione, aut sine continuatione possessionis si verum fatemur. Et his exemplis vti oportet ad definitionem iuris singularis, quod ponitur in *l. ius singulare, de legibus*, vt ius singulare sit, quod contra tenorem rationis, contra regulam iuris, παρὰ τὴν ἀκρίβειαν, παρὰ κανόνας, id est, *contra exactam diligentiam contra canones propter vtilitatem aliquam*, introductum est. Nullum, quod est mirum, ibi Accursius affert exemplum idoneum, cum sit luculentissimum in *d. l. peregre §. quæsitum*, & in hoc §. & in *l. singularia recepta*, id est, *iure singulari, D. de rebus credit.* Et potest etiam ex Theophilo sumi exemplum ex condictione furtiua, quæ datur domino παρὰ κανόνας, quia regulariter dominus non condicit rem suam, sed vtilitas publica, odiumque furum, admisit condictionem, & eam concedit dominis aduersus fures.

Ad §. filiusfamilias.

§. 4. *Filiusfamilias emptor alienæ rei, cum patremfamilias se factum ignoret, cœpit rem sibi traditam possidere: cur non capiat vsu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamuis eū se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quæsitam nec possidere possit? idem dicendum erit, etsi ex patris hereditate ad se peruenisse rem emptam non leui præsumptione credat.*

EXplicemus nunc cæteros §§. Et primo loco §. *filiusfamilias*, in quo ponitur casus, quod qui putat se non possidere quod possidet, nihilominus possidet & vsucapit. Aut certe sunt duæ huius §. partes. Priori parte, is qui putat se non possidere, nihilominus intelligitur possidere, & vsucapit. Posteriori, qui putat se ex vna causa possidere, nihilominus ex alia causa intelligitur possidere & vsucapere. Posterioris partis verba sunt, *idem, &c.* Finge: filiusf. ex causa peculiari emit rem alienam, & quo tempore iam erat paterfamilias factus morte patris, quē ipse viuere existimabat, eam rem sibi traditam accepit. Emit autem & accepit bona fide, ignorans rem esse alienam. Quæritur, an ei vsucapio procedat pro emptore, vel pro soluto, vel pro suo, non ex causa emptionis? Qui tres tituli concurrunt. Ratio dubitandi hæc est, quia filiusf. errauit in conditione sua, nempe existimauit se esse filiūfam. atque ideo eam rem, quam emit & accepit, existimauit se non possidere, sed patrem, quia peculium aut rem peculiarem, aut rem ex peculij causa quæsitam & partā, non possidet filius sed pater, non seruus sed dominus, *l. quod seruus, & l. possessio §. 1. tit. prox. sup.* Qui igitur existimat, se esse filiumf. existimat se non esse possessorem eius rei, quam tenet. Porro in eo errore erat ille, ignorās mortem patris. hæc ignorantia, hic error, facit dubitationem, rationem dubitandi, τὸ αἴτιον τῆς ἀμφισβητήσεως, vt ait *Aristot. l. 1. Polit. c. 3.* Sed hic error, error est facti, non iuris: ignorantia scilicet mortis paternæ, & error facti non obstat vsucapioni, si initio emptionis & possessionis bonam fidem habuerit. Error iuris impediet vsucapionem, vt si quis iuris ignarus putaret sibi non licere possidere, quod licet, vt in *l. si fur. §. 1. hoc tit.* quod explicauimus latius, lib. 19. ad *l. 7. de iuris & facti ignor.* Et ideo rectissime Accursius notauit, in hac specie fuisse errorem facti, non iuris. Alioquin esset summum dissiduum inter hunc §. & *d. l. si fur §. 1.* Idem vero procedit, vt ostenditur in posteriori parte huius §. si idem filiusf. non leui argumento ductus, putet quidem se possidere, sed ex alia causa, qua possessionem adeptus est, & obtinet, vt qui putat se possidere ex causa hereditaria, qui rem habet ex causa emptionis, non ex causa hereditaria. Finge: filiusf. ex causa peculiari emit rem alienam bona fide, & cum ignoraret se patremfamilias factum morte patris, eam rē sibi traditam accepit bona fide. existimauit igitur, eius rei possessionem patris esse, non suam, quæ tamē erat sua mortuo iam patre ante traditionem rei. Deinde cognita morte patris, tempore autem mortis non satis bene cognito, cum patri heres exstitisset, credidit se ex hereditate patris eam rem habere, nō ex emptione, à se emptam scil. & acceptam peruenisse ad patrem, mox à patre ad se rediisse iure hereditario: errauit in titulo possessionis, *non leui*, inquit, *præsumptione ductus*, cui scil. non erat bene cognitum tempus mortis patris. præsumptio plus est quam putatio, seu existimatio: & hoc loco, *credat*, inquit, non putet, existimet, aut arbitretur. D. Hieronym. aduersus Ruffinum: *de auctoribus, sic nosse te dicis, vt putes potius quam præsumas.* At nihilominus concluditur, etiam hoc casu procedere vsucapionem pro emptore: atque ita, qui putat se non possidere pro emptore, nihilominus possidet & vsucapit pro emptore: Et consequenter priori parte huius §. ponenda ita videtur species in posteriori. Sed Accursius longe aliam ponit speciem: patrem rem alienā emisse bona fide, nondum accepisse, eo tamen mortuo forte fortuna eam rem in hereditate inuentam fuisse, & filium statim existimasse, eam patri traditam fuisse ex causa emptionis, quæ tamen ei tradita nunquam fuerat: vsucapio pro emptore filio procedit, quod admittit, quia licet possessio à venditore non sit tradita, eam filius ingressus est sine vitio, argumento *l. pen. inf. pro leg.* Nam & è contrario, si res non sit empta. sed tradita ex causa emptionis, quæ non præcessit, & non leue sit argumentum emptionis, vsucapio pro emptore procedit, *l. quod vulgus tit. seq. l. vlt. pro suo*, quod etiam dixi *sup.* in §. *etsi possessionis.* ego admitterem quidem speciem Accursij, & rationem definiendę eius, sed speciem quam posuimus, dico esse consequentiorem priori parti huius §.

Ad §. non mutat.

§. 5. *Non mutat vsucapio superueniens pro emptore, vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salua sit: Vt enim vsusfructus vsucapi potest, ita persecutio pignoris, quæ nulla societate dominij coniungitur, sed sola conuentione constituitur, vsucapione rei non perimitur.*

SEntentia huius §. hæc est: Vsucapione rei dominium mutari: pignus vel vsumfructum non mutari, non perimi. Vsucapio est adeptio dominij, non solutio pignoris, non liberatio vsusfructus. Finge: vsucapta est res Titij, quæ erat creditori eius pignori obligata, cum sua causa vsucapta est, non libera, sed vti erat, pignerata. dominium Titius amittit, creditor pignus non amittit, imo etiam aduersus eum, qui vsucepit rem, habet actionem pignoris, id est, hypothecariā, *l. 1. §. cum prædium, sup. de pignor. l. vsucapio, C. eod.* Et hæc redditur ratio in *d. §. cum prædiū*, & in hoc §. ab eo auctore. quia quæstio pignoris ab intentione dominij separata est, vt ait hoc loco, nulla societate intentione dominij coniungitur. ergo dominio amisso, non consequitur & pignus esse amissum: quod adeo verum est, vt etiam victo debitore in quæstione dominij, non perimatur actio pignoris, siue actio hypothecaria, *l. 3 sup. de pign.* Dominium, vt magis discrimen intelligatur, ex possessione incipit, *l. 2. in prin tit. prox. sup.* Pignus ex sola conuentione sine possessione consistit, vt ait hoc loco, & *l. 1. de pigner. act.* Et hoc quod dicitur, vsucapione rei pignus non perimi, item dominium esse non

non obligationem pignoris, locum habet non tantum in pignore conuentionali, sed etiam in prætorio pignore, quod missio in possessionem constituit. Neutrum vsucapione rei perimitur. *l. missio, tit. seq. l. 2. pro herede.* Idem etiam procedit in vsufructu. Finge: vsucapta est res Titii, id est, cuius dominium siue proprietas nuda erat Titii, vsusfructus erat Sempronii. nihil commune habet proprietas cum vsufructu, id est, cum seruitute vsusfructus, ac proinde vsucapta proprietate, amittit quidem eam Titius, vsumfructum non amittit Sempronius. Hoc etiam ostenditur in *l. locum* §. *2. sup. de vsufr.* Summa igitur huius §. hæc est: Vsucapione rem alienam nostram fieri, sed non optimo iure, id est, non optima conditione, non optimo maximo iure, id est, liberam, solutam, immunem non fieri, sed vsucapi cum sua causa, cum qualitate sua & conditione. vsucapio res, non vsucapio etiam pignus vel vsumfructum: pignus, id est, liberationem pignoris, vsumfructum, id est, liberationem vsusfructus, id est, libertatem, quia & vsusfructus non vtendo amittitur certo tempore. Et vt Paulus definit 1. *Senten.* Quæ non vtendo amittuntur, eorum libertas vsucapi non potest. Pignus autem amittitur ipso iure, sola conuentione, sicut sola conuentione constituitur: eodem scilicet modo soluitur, quo quæritur, vel etiam soluitur per præscriptionem silentio longi aut longissimi temporis secundum distinctionem traditam in tit. *de præscript. 30. vel 40. annorum.* non soluitur vsucapione rei. Ius etiam pignoris non potest quæri vsucapione, nec ius vsusfructus, sicut nec ius seruitutis cuiuscunque, nec ius hereditatis, quia hæ res incorporales sunt, & incorporales res nec possessionem recipiunt, nec vsucapionem, *l. seruus, qui bona fide* §. *1. de acq. rer. dom.*

Ad §. eum qui.

Eum qui posteaquam vsucapere cœpit, in furorem incidit, vtilitate suadente relictum est, ne languor animi damnum etiam in bonis adferat, ex omni causa implere vsucapionem.

SEquitur alius §. *eum qui.* diximus iam *sup.* in §. *nondum*, iure singulari vtilitatis causa esse receptum, vt cœpta vsucapio morte possessoris non interrumpatur. eodem iure singulari vtilitatis ratione, hoc loco ostenditur etiam esse receptum, vel, vt est Florentiæ scriptum, *relictum*, non male, puta à prudentibus, vt alibi dicitur proditum, vel traditum per manus, *l. 9. de iure cod. 15. quæst.* vt scilicet furore possessoris, qui superuenit post cœptam vsucapionem, non interrumpatur vsucapio. Quod etiam probat *l. 4.* §. *furiosus, hoc tit. & l. nunquam* §. *si seruus, & seq. hoc tit.* Et ratio vtilitatis hæc redditur, *ne languor animi etiam bonis damnum afferat.* furor est languor animi, id est, morbus: vt languor corporis, id est, morbus, *l. inter* §. *non omnia, mand.* Horat. *aquosus languor*, id est, hydrops. *Seneca 10. epistol. in corporibus languorum signa præcurrunt, quædam enim segnitia neruis inest, & sine labore oscitatio*, quod congruit cum illo Hypocratis aphorismo κόποι αὐτόματοι, &c. Et idem medici morbos grandes aiunt, non esse curandos, sed dimittendos naturæ, ne medela languorem exasperet, vt refert Hieronymus in epist. *de erroribus Origenis.* Videtur autem desiisse possidere furiosus, cui animus languet, quod etiam de dormiente dici potest, vt in *d. l. nunquam* §. *si seruus.* cui aliquo sopore animus languet quodammodo. Sed vtilitas suadet ne sopore, quemadmodum fit furore, etiam interrumpatur vsucapio, quæ nec (quod longe plus est) morte interrumpitur: mortui neque est corpus, neque animus: furiosi, vel dormientis est corpus & animus, sed languidus. Et si dixeris, eos desiisse animo possidere, dicam, imo potius, non posse eos animo desinere possidere, quorum animus sopitus est, vel sede sua motus, *l. si is qui animo, sup.*

A *tit. prox.* Et *animum* dico, non *animam*. anima est causa vitæ, vt Cornelius Fronto ait: animus est, quo sapimus, cogitamus, intelligimus, volumus, nolumus, quæ & mens dicitur. Anima est, *qua viuimus.* Et eleganter Accius poeta: *Sapimus animo, fruimur anima sine animo. anima est debilis, anima est communis cum brutis, non animus.* Iuuenalis: *illis tantum animas, nobis animum quoque.* Et idem quoque omnino, ne quis arbitretur non esse Christiani D. Augustinus *in princip. 15. de Trinitate: dormientis animus sopitur, non anima: furiosi animus siue mens quodammodo exstinguitur, anima manet, animus augetur vel minuitur pro ætate.* Lactantius 7. Instit. *Anima in statu suo semper est, etiam postquam corpore exiuit.* Et si Epicurus non faceret idem animum & animam, vt facit, recte diceret, *exstingui pariter cum corpore, & vna crescere sentimus pariterque senescere mentem*, ait Lucretius.

B

Ad §. vlt.

Si, cum apud hostes dominus, aut pater agat, seruus aut filius emat, an & tenere incipiat? si quidem ex causa peculij possedit, vsucapionem inchoari, nec impedimento domini captiuitatem esse, cuius scientia non esset in ciuitate necessaria: si vero non ex causa peculij comparetur, vsu non capi, nec iure postliminij quæsitum intelligi. cum prius esset, vt quod vsucaptum diceretur, possessum foret: sin autem pater ibi decesserit: quia tempora captiuitatis ex die, quo capitur morti iungerentur, potest dici filium & possedisse sibi, & vsucepisse intelligi.

C IN §. *vlt. huius l.* & hæc quæstio proponitur: si patre vel domino capto ab hostibus, filius aut seruus aliquid emat, an traditione sequente, id etiam tenere incipiat, quod filius aut seruus tenet naturaliter, pater aut dominus creditur possidere, *l. quod seruus, sup. tit. prox.* Hoc ergo quæritur, an pater vel dominus, per eum seruum vel filiū rem emptam & acceptam bona fide, possidere & vsucapere incipiat? Hæc est quæstio Papiniani. Et distinguit Papinianus: Aut filius vel seruus eam rem ex causa peculiari comparauit, aut non, atque ita scribit: *si cum apud hostes dominus aut pater agat, seruus vel filius emat, an & tenere incipiat?* Sequitur distinctio: *si quidem ex causa peculij, &c.* Priusquam hanc distinctionem exponam, scire vos velim aut memoria repetere, duas esse fictiones, quarum D in iure, quotiens de bonis captiuorum agitur, frequens est vsus. vna est fictio postliminij, quæ iure gentium comparata est. altera est fictio legis Corneliæ, quæ iure ciuili comparata est. fictio postliminij efficit, vt si captiuus redeat ab hostibus, retro credatur in ciuitate fuisse, & recipiat pristina iura, recipiat, inquam, ea quæ sunt iuris, non ea, quæ sunt facti. possessio est facti. quod igitur verum est, in sua vita eum desiisse possidere per captiuitatem, postliminium non efficit, vt non desierit possidere. vt possidere factum est, ita desinere possidere factum est, non facere, facere est: nam & qui non facit, hoc facit, vt nolit facere. priuatio actionis, actio est: & ob id non male Stoici, omne peccatum esse actionem, quamuis quædam peccata in non faciendo consistant. non potest igitur vllum ius, vlla constitutio iuris, vlla fictio facta facere infecta: vt E vt quod quis possedit, non potest facere ne possederit, vel quod non possedit, non potest facere vt possederit: & possidere, & desinere possidere facti est, & quod facti est, nulla fictio infectum reddere potest, *l. in bello*, §. *facti, de capt. & postlim. l. denique, ex quib. caus. maior.* Iura restaurari & redintegrari possunt: ita postliminium iura redintegrat, sed non facit vt qui desiit possidere, non desierit possidere, id est, interruptam possessionem non restituit, ita scilicet, vt non videatur medio tempore fuisse interrupta. fictio autem legis Corneliæ efficit, vt si captiuus mortuus sit apud hostes, retro credatur mortuus eo ipso die, quo captus est, nec vnquam peruenisse in potestatem hostium. Quæ fictio etiam legis Cor-

neliæ, non efficit, vt qui desierit possidere, non desierit, sed vt ab eo intelligatur continuata possessio in hereditate, ac per hoc in heredem postea factum aditione, & ob eam rem ab omnibus iudicatur plenior esse fictio legis Corneliæ, quam fictio postliminij. Hæ sunt vt proposui duæ fictiones, quarum est frequens vsus in iure, quoties disceptatur de bonis captiuorum, & plenior legis Corneliæ, quod ex sequentibus magis apparebit. Ergo in proposita quæstione Papin. ita distinguit: aut patre vel domino capto ab hostibus filius vel seruus rem comparauit ex causa peculiari, aut non. Si patre agente apud hostes filius vel seruus rem comparauit non ex causa peculiari, reuerso patre vel domino, iure postliminij non intelligitur ei processisse vsucapio, quæ non cœpit ante captiuitatem, cum & quæ cœpit ante captiuitatem interrupta sit, nec postliminio recipiatur, vt inferius demonstrabitur. Patre autem ibi mortuo, quia ex lege Cornelia mortuus ex eo tempore fuisse intelligitur, ex quo captus est, filio, licet patri heres non exiitit, vsucapio procedit, quia ex eo tempore sui iuris fuisse, & sibi acquisiuisse intelligitur, *l. in bello §. si quis, de capt. & postlim. reuers.* Domino autem ibi mortuo vsucapio heredi eius procedit, in cuius dominium etiam seruus transit. Et hoc quidem est certissimũ, cum filius vel seruus rem non ex causa peculiari comparauit. Sed quid si ex causa peculij? quod est alterum membrum distinctionis. Est maior quæstio: Si quid filius vel seruus patre vel domino agente apud hostes comparauit ex causa peculiari, non nomine patris vel domini, ex qua causa constat ignorantiam vel mortem patris aut domini non impedire vsucapionem, dicam etiam captiuitatem non impedire aut retardare vsucapionem, sed statim vsucapionem capere primordium, & patri vel domino reuerso ab hostibus prodesse iure postliminij, aut heredi eius eo ibi mortuo, quod ostenditur in *l. an prætor §. plane, ex quib. caus. maior. & l. in bello § facti, l. bona §. quæ peculiari, l. pen. de capt. & postlim. & l. si is qui pro emptore, hoc tit.* Et multo magis dicam vsucapionem procedere, si quid captiuus ante captiuitatem per seruum ex causa peculiari possidere cœpisset, remanente eo seruo in possessione, *d. §. facti* Et hæc omnia esse ex Iuliani sententia, quæ obtinuit, constat ex *d. §. facti*, & ex *d. §. quæ peculiari*, & ex *d. l. si is qui pro emptore.* Marcellus dissentiebat. consentiebat etiam in quibusdam hac in re Iulianus & Marcellus. Primum enim Iulianus distinguebat hoc modo: aut per semetipsum possidebat, qui ad hostes captiuitate peruenit, aut per subiectam iuri suo personam, veluti filium aut seruum. Si per semetipsum, possessio & vsucapio captiuitate interrumpitur, quia qui ab alio possidetur, nihil possidere potest, *l. homo liber, in fine, de acquir. rer. domin. l. qui in seruit. de regul. iuris.* Captiuus possidetur ab hostibus, quia seruus est hostium. Si interrumpitur captiuitate, ergo etiamsi postliminio reuersus sit, tempore captiuitatis non intelligitur implesse vsucapionem, *d. l. ait prætor, §. is autem, ex quib. caus. maior. & d. l. is qui pro emptore.* quia possessio est facti: possidere aut desinere possidere est facti, & quæ sunt facti, vt ante præmuniui, nulla fictio infecta facere potest. Postliminium iura redintegrat, facta aut non facta non deffingit. nõ facta & facta sunt, aut quæ desierunt fieri facta sunt, quæ diffingere nõ potest postliminium. Denique captiuitate possessio, & vsucapio interrumpitur, nec postliminio recipitur, vt scilicet medio tempore, dum apud hostes fuit, intelligatur vsucepisse: quæ tamen, quod notandum, non interrumpitur morte possessoris, vt in *sup. d. §.* demonstratum est. captiuitate interrumpitur, non morte, quia hereditas, quæ vice defuncti est, continuare possess. intelligitur, & furore etiam non interrumpitur, quia non potest furiosus animo desinere possidere, cuius languet animus, aut propemodum extinctus est, *l. si is qui animo, sup. t. prox.* At si captiuus non reuertatur, sed ibi moriatur, filio, vel heredi eius vsucapio processisse intelligitur, velut si mortuus fuisset eo die, quo captus est, nec vnquam peruenisset in potesta-

A tem hostium, quod & lex Corn. fingit. Igitur hac in re plus potest fictio legis Corn. quam postliminij, & plenior est. Idemque Iulianus, vt opinor existimabat, in his, quæ captiuus ante captiuitatem ex causa non peculiari, per seruum possedisset, eorum sc. possessionem interrumpi, nec postliminio recipi. cæterum eo mortuo apud hostes, possessionem continuari in heredem eius, ac si mansisset semper in ciuitate: tempus captiuitatis ex lege Cor. iungi morti. Neque in his quæ retuli visum fuit dissidium inter Iulianum & Marcellum, sed est aut fuit in his, quem sequuntur. si quid captiuus per seruum possedisset ex causa peculiari ante captiuitatem, Iulianus existimabat, remanente seruo in possessione, eam non interrumpi captiuitate, cum, & si post captiuitatem domini, B seruus ex causa peculiari aliquid possedisset, Iulianus existimaret, in eo quoque tempore captiuitatis dominum potuisse vsucapere, & postliminio reuerso prodesse ad vsucapionem: ibi mortuo prodesse heredi eius, quia ex causa iure singulari etiam ignorans vsucaperet, & captiuus similiter, quasi sit ignorantis loco, vt sibi sc. prosit vsucapio reuerso, vel heredi suo, si non reuertatur, in *l. pen. inf. de capt. & postl. reuers.* & in *sup. d. ll.* Nam & Marcellus quidem admittebat, eo ibi mortuo, heredi prodesse vsucapionem. non admittebat etiam, reuerso prodesse vsucapionem, atque ita hoc etiam casu plenius accipiebat fictionem legis Corneliæ, quam postliminij: & vt contra Iulianum ostenderet, reuerso non prodesse vsucapionem, vtebatur ratione seu argumento huiusmodi: *Quid interest ipse captiuus possederit an seruus eius?* Postliminio reuer- C so non procedit vsucapio eius, qui per se possedit, vel per eum seruum ex causa non peculiari. Ergo non potest etiam ei reuerso prodesse, qui per seruum possedit nomine peculiari ante captiuitatem. Et rursus, si reuersus in his, quæ ante captiuitatem per seruum possedit ex quacunque causa, nihil habet iuris ex postliminio, cur plus iuris debet habere ex postliminio, si quid post captiuitatem per seruum possederit, peculij nomine, *d. l. si quis pro emptore.* Hæc ratio proponitur. Inde Marcellus statuebat, vsucapionem eorum non interrumpi quæ captiuus possedisset ante captiuitatem ex omni causa, nec ex causa peculiari: imo vero post captiuitatem, aut reuerso domino prodesse, quod videtur iuuari posse, eo quod ita demum dominus ignorans per seruum vsucapit ex causa pe- D culiari, si seruum possidet, *l. homo liber, inf. de adq. rer. dom.* Seruum autem captiuus non possidet: sed dici potest conseruari possess. serui, spe & proposito serui ipsius, qui sperat quandoque dominum reuersurum, vt in *l. si rem, supra t. prox.* Aliter quam si fugitiuus esset seruus, qui se pro liberto gereret, atque ita domino subduceret, vt in *d. l. homo liber, in fi.* Nam per hunc ignorans dominus non vsucapit peculij nomine: per illum vsucapiet, dum est apud hostes, quia conseruat ipse seruus possessionem sui domino, velut seruo ipso capto ab hostib. serui possessio conseruatur spe & proposito domini manentis in ciuitate, *§. & si possessionis, supra.* Et omnino secundum Iulianum, cuius sententia obtinuit, ita est concludendum: ex causa peculiari possessionem rei, quam seruus tenere cœpit ante E captiuitatem domini, proposito serui domino conseruari quandoque reuersuro, & post captiuitatem ex eadem causa adquiri, at reuerso domino proficere. Quæ est definitio h. quæstionis.

Sed vt sit perspicua magis, nec quicquam in ea obscuri resideat, paucis enarranda nobis est *d. l. si is qui pro emptore 15 ff. h. tit.* quæ in hac quæstione obscurior esse existimatur: est enim lex Pauli, qui est concisus admodum & comprehensione rerum breuis & σκοτεινός, idemque vnius collectionis frequenter partem vnam tantum ponit, more Aristotelico, qui sæpe omittit assumptionem vel conclusionem: eo fit, vt multa Paulo nos supplere oporteat, & subintelligere, quod accidit plane in hac lege *si is qui,* sed ita tamen, vt quæ omissa sunt à Paulo facile suppleri possint ex *sup. d.* locis ex ea definitione, quam

A vobis distincte exposui, quærit primum Paulus, an possessore capto ab hostibus, antequam impleret vsucapionem, & ibi mortuo, heredi eius vsucapio procedat? Et tentat primum, imo hoc vnum tentat, non procedere heredi vsucapionem eius rei, quam ante captiuitatem possidebat per semetipsum. Argumentum est tale: quæ ipsi reuerso vsucapio non prodest, nec heredi eius prodesse potest. Ipsi autem reuerso non prodest iure postliminij, quia interrupta est vsucapio captiuitate, & postliminium factam semel interruptionem infectam facere non potest. Ergo (quam tamen conclusionem omittit) nec heredi eius prodest, si ibi moriatur. Omittit etiam definitionem huius quæstionis propositæ. Nec n. ita est concludendum, heredi eius non prodesse, imo potius, ipsi quidem reuerso non prodesse, sed heredi eius, si ibi moriatur possessor quasi pleniori fictione legis Cornel. quã **B** postliminij. Et hæc est prior quæstio, quæ proponitur in *l. si is qui.* Altera hæc est, si seruus captiui post captiuitatem aliquid ex causa peculiari comparauit, non hoc adiicit, ex causa peculiari: quod etiam sæpe omittunt nostri auctores, vt in §. *nondum, legis iusto errore, h. t.* Quod constat satis esse intelligendum, & ab Accurs. suppletur rectissime. Verum ad rem. Quæstio est, si seruus captiui post captiuitatem, &c. an huius rei vsucapio procedat, & cui procedat? Et refert Iulianum existimasse, videlicet in *d. l. bona* §. *qua peculiari, de capti. & postl. reuers.* in suspenso, in pendenti esse vsucapionem. Si quæramus, cui contingat, cui procedat, aut prosit: si dominus reuersus fuerit, vsucapio ei procedit. si ibi mortuus fuerit, dubitari ait, *an pertineat ad heredem eius, an heredi eius* **C** *procedat*, neque hoc definit, sed in *d. l. bona* §. *qua peculiari,* palam Iulianus concludit, vsucapionem heredi procedere. Nec sane fuit causa dubitandi, cum & Marcellus hoc admiserit, propterea quod hereditati iacenti, quæ obtinet locum defuncti, procedit vsucapio cœpta à defuncto, *d.* §. *nondum.* Et quando captiuus decessit apud hostes, lege Corn. fingitur hereditas iacuisse eo ipso die quo captus est: per hereditatem autem ad heredem aut successorem postea factum vsucapio procedit. Et ideo concludit ex Marcello, non dissentiente hac in re Iuliano, in successoribus & heredibus locum habere vsucapionẽ, vt annotat Accurs. legi rectius. vulgo legitur cum negatione: quam negationem miror etiam retinere Basilica, sed euidens est ex his quæ ante retulimus, in omnibus **D** causis ante agitatis in heredibus vsucapionem locum habere, si captiuus mortuus sit apud hostes, quod plenior sit fictio legis Corn. quam postliminium, & controuersia tantum fuit de postliminij fictione. Et Marcellus certe non admisit vsucapionem procedere reuerso iure postliminij, cum seruus post captiuitatem ex causa peculij aliquid comparasset, hac ratione, vt ait, quemadmodum postliminio reuersus plus iuris habere potest in his, quæ seruus adquisiuit peculij nomine, pendente captiuitate, quam in his quæ per se, vel per seruum possidebat, cum ad hostes peruenit, id est, ante captiuitatem. Paulus proponit tantum hanc sententiam Marcelli, nec sententiam Iuliani integram exponit. quid statuendum sit, non possis ex *l. si is qui*, liquido definire. suppletionibus indiget multis, non tantum hæc lex Pauli, sed & fere **E** omnes quæ Pauli sunt. Igitur omnino ad extremum supplendum est, Iuliani potius sententiam esse sequendam, non Marcelli, vt est in *d.* §. *facti*, vt scil. vsucapio cœpta post captiuitatem per seruum peculij nomine non tantum procedat heredi captiui mortui apud hostes ex lege Corn. quod admittebat etiam Marcellus, sed & eidem ipsi reuerso ab hostibus iure postliminij, quod Marcellus non admittebat.

IACOBI CVIACII
IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS
in Lib. XXIV. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. si vxor. D. de iudic.

Ex lib. 24. duæ tantum ll. breues & verbis & sententia supersunt. Prima est lex, *si vxor, de iudic.* cuius verba sunt.

Si vxor à legato Romæ diuerterit, dotis nomine defendendum Romæ virum responsum est.

Legati in hoc tit. *de iud.* frequentissime, & in tit. *de legationibus*, non sunt, quos mittimus ad hostes aut fœderatos: sed fere in omni iure legati sunt, qui à suis ciuitatibus, municipiis, prouinciis mittuntur publicæ rei suæ causa, ad S. P. Q. R. vel ad Imperatorem. hi dicuntur sæpe legati prouinciales & legati municipales, *l. tutor* §. *vlt. de iureiur. l.* εἰδέναι 21. §. 3. *de tut. & cur.* Hi habent priuilegium aliquod, ne à publico munere auocentur, id est, à legatione suscepta, ne impediatur legatio. est priuilegium, quod eis tribuitur, maxime si conueniantur. Nam si Romæ conueniantur quasi in patria communi: est enim Roma, vt scitis, patria communis, id est, omnes quicunque sunt subiecti Romano Imperio, sunt ciues Romani, *l. in orbe, de statu hom. & l. Roma, ad municip.* Quod est ex Antonini Imperatoris summo beneficio: Nam olim singulis erat petenda ciuitas, quæ sæpe non nisi magno ære redimebatur. Qui sunt subiecti Romano Imperio hodie non habent necesse petere ius ciuitatis Romanæ, quia ipso iure sunt ciues Romani. Et hoc est quod dicitur, Romam esse patriam communem. ergo non mirum, si legati prouinciales Romam missi, ibi conueniantur. Conueniuntur enim in patria communi, in ciuitate sua, communi scilicet, non propria. Sed si conueniantur Romæ ex eo, quod cõtraxerunt vel deliquerunt in ciuitate sua propria, vel intra aut extra prouinciam suam, vel etiam Romæ ante legationem, non compelluntur respondere, quandiu ibi legationis causa demorantur, sed ius habent reuocandi domum, vt scil. conueniantur in patria sua propria, *l. 2.* §. *omnes, h. t.* Alia est patria communis vt Roma, sicut dixi: alia propria. Et propria duplex est, originis quam germanam Tullius vocat 2. *de legib.* alia domicilij. Legati igitur à patria communi, si in ea ex eis conueniantur, habent ius reuocandi ad patriam propriam maxime domicilij. Nam in iure magis domicilij patria spectatur quam originis. Potest quis in pluribus ciuitatibus habere domicilium & plurium ciuitatum esse ciuis, *l. eius qui,* §. *Celsus, ad municip.* Non existimandum, idem ius esse reuocandi forum & ius reuocandi domum. Reuocat forum, qui ab incompetẽti foro postulat rem referri ad forum cõpetens & id, in quo conuenitur, contendit esse incompetens & incongruum: reuocat quis domum etiam à foro competenti, vel à patria cõmuni, & reuocat priuilegio legationis, vt publici muneris, ne ab eo auocetur siue conueniatur in personã siue in rẽ, *l. non alias, in fi. & l. de eo, & l. seq. h. t.* Cui tamen rationi locus non datur, si quid Romæ contraxerit in ipso legationis tempore, vel si quid deliquerit, vel si quid possidere cœperit: nam de eo quod contraxit Romæ tempore legationis, Romæ se defendere debet, si conueniatur, nec potest reuocare domum, *d. l. non alias* §. 1. *& l. seq. l. cum furiosus* §. *vlt. eod. tit. l. nõ distinguemus* §. *item si quis Romæ, de recept. & qui arbitr. recep.*

Et hac ratione in hac *l. si vxor,* quam tamen rationem A male reiicit Accurs. si vxor mariti, qui legatione Romæ fungebatur pro ciuitate sua, diuerterit Romæ, cum secum forte Romam duxisset, Romæ potest conueniri actione de dote, quia diuortium est contractus, & factum id esse proponitur legationis tempore. Diuortium esse contractum optime probat lex *iurisgentium* §. *vt puta, ff. de pact.* qui locus non expenditur in eam rem, & est tamen apertus. Obseruandum est autem ex §. *in bonæ fidei iudiciis* pacta facta incontinenti, pacta conuenta inesse ex parte actoris, id est, parere & formare actionem, non inesse autem ea pacta, quæ postea fiunt. Exemplum huius regulæ proponitur in *d.* §. *vt puta,* si post diuortium conuenerit aliquid de dote soluenda alio die, quam legitimo: ex pacto non est actio, quia factum est B post diuortium ex interuallo; quia diuortium est contractus, & contractus, ex quo nascitur iudicium bonæ fidei, id est, actio de dote, facto diuortio statim exstitit actio de dote. Igitur si in ipso diuortio pactum sit adiectum ex continenti de diebus soluendæ dotis, formabit actionem. Et hoc valde notandum est ad eum §. *vt puta.* Porro dos exigitur, vel vbi est domicilium matrimonij soluto matrimonio, *l. exigere, hoc tit.* vel exigitur vbi diuortium factum est, licet ibi non fuerit domicilium matrimonij. Nam per matrimonium mulier mutat domicilium & forum. non exigitur dos, vbi facta est conuentio dotis, vbi conscriptum est instrumentum dotale, nisi & ibi fuerit domicilium matrimonij. si non fuerit ibi non exigetur dos, non repetetur soluto matrimonio, quia scilicet non eo loco, quo dotis conuentio fit. subsistitur, sed mox res emigrat, atque adeo confertur & transfertur omnis in domicilium matrimonij, *d. l. exigere,* & pro eo est, ac si dotis conuentio facta fuisset vbi est domicilium mariti.

Ad l. 76. de regul. iur.

In totum omnia, quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera & certa scientia perfici possunt.

HIs verbis, *in totum,* significatur esse generalis regula, quæ in toto iure locum habeat, vt sane possent referri innumeri casus, sed referam tantum illos, D quos notaui, vt vera & certa scientia, id est, certo animi proposito, certa animi destinatione, propositioneque non possis dicere alio nomine προαίρεσιν, quam propositum animi. Exempli gratia diuortium quod pendet ex animi destinatione non est diuortium, nisi fiat certo animi proposito, certa animi veraque scientia, non si fiat impetu & calore quodam iracundiæ, *l. quidquid, hoc tit.* Non est diuortium, nisi perseuerantia apparuerit non iurgio abactam mulierem fuisse, sed vero iudicio. Item in *l. pen. de concub.* scriptum est, concubinam ex sola animi destinatione æstimari. non fuit turpe concubinæ nomen, imo legitimum: concubinatus imitatur iustas nuptias. est species matrimonij, *l. 1. de concub.* Concubinatus nomen ex legibus assumpsit, id est, legitimum est, E non infame. Porro concubina, inquit, ex sola animi destinatione æstimatur; non est igitur concubina, si quis non vera & certa animi scientia ducatur ad eam, quasi in concubinatum assumenda, sed impetu quodam libidinis, nec diu cum ea deinde perseueret, & non videtur fuisse concubinatus cum ea, sed stuprum, & qui nascentur ex ea coniunctione, non erunt naturales, sed erunt spurij, id est, sine patre filij.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXV. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. cum tutor, de tutel. & rat. distrah.

Cum tutor negotiis impuberis administratis pupillum paterna hereditate abstinet, bonis patris venditis tractari solet, vtilis actio pupillo relinqui, an creditoribus concedi debeat? Et probatur, actionem inter pupillum, & creditores patris esse diuidendam: scilicet vt quod rationi bonorum per tutorem deerit, creditoribus reddatur: Quod autem dolo, vel culpa tutoris in officio pupilli perperam abstenti contractum est, puero relinquatur; quæ actio sine dubio nõ prius competet, quam pupillus ad pubertatem peruenerit, sed illa confestim creditoribus datur.



EX lib. xxv. est lex 13. *de tut. & rat. distrah.* Altera est *l. 2. de separ.* Singulæ continent singulare quiddam. Species *l. cum tutor* hæc est: tutor gessit negotia pupilli, in quibus erant bo- C na paterna, deinde pupillum bonis abstinuit beneficio prætoris, quasi esset damnosa hereditas patris ob æs alienum. Et in ea re dolo versatus est tutor aut culpa, quia vtilius erat pupillum retinere bona paterna: quia tutor perperam abstinuit, & in officio suo deliquit. creditores patris bona vendiderunt: lex ait, tutorem teneri non tantum pupillo, sed etiam creditoribus paternis, qui abstinente pupillo bona patris distraxerunt. Sed est triplex differentia inter pupillum & creditores patris, qui bona vendiderunt. Nam pupillo tenetur tutor, quod perperam abstinuerit, quod in officio suo lapsus sit vehementer, quod fecerit quod facere non debuerit. Creditoribus autem tenetur tutor, quod per eum factum sit, vt aliquid abesset ex bonis paternis, quæ ipsi vendiderunt. Ergo non eadem ratione tenetur pupillo & creditoribus, *l. 4. C. arbit. tut.* Et rursus est alia differentia: tutor pupillo tenetur finita tutela ratione tutelæ: nam actio tutelæ non datur ante finitam tutelam: creditoribus autem tutor tenetur actione negotiorum gestorum etiam nondum finita tutela, quæ actio negotiorum gest. (& hæc est tertia differẽtia.) est vtilis actio, non directa: quia tutor vltro non accessit ad negotia pupilli, sed coactus necessitate officij, quod etiam inuito iniungitur, quasi ciuile munus, sicut etiam curator pupillo vel adolescenti tenetur vtili negot. gest. & tenetur curator longe aliter, quam tutor tutelæ, etiam ante finitam administrationem, etiam nondum finita administratione, *l. nisi* §. *vlt. l. si cum adhuc* §. *vlt. h. t.* Actio tutelæ non datur vtilis nisi finita administratione tutelæ. Actio negotiorum gestorum datur etiam non finita omni administratione rerum ad pupillum pertinẽtium, & actio tutelæ, qua pupillo tenetur tutor, quod eũ perperã abstinuerit, quodue quid aliud fecerit perperam, aut non fecerit: Nam est actio generalis, quæ ambitu suo multa complectitur, omnem dolum, omnem culpam tutoris. Et actio est directa, non vtilis, nec possis in hac parte actionem tutelæ dicere vtilem, sicut Papinianus videtur dicere. Itaq; rem ita distinguere debemus: vtilis quidem est ea, qua creditores experiuntur negotiorum gestorum: qua pupillus experitur, est directa, non vtilis, nisi vtilem interpreteris efficacem, vt hoc sensu sæpe hic auctor vti solet, *l. Titio fundus, de cond. & demonstr. l. pater, de dote prælег.* Nec male Accurs. hoc idem notauit in hanc legem. Ex his intelligitur

quod ait Papinian. hac lege, actionem diuidi inter pupillum & creditores patris, ita eſſe verum in genere, non in ſpecie. Nam idem genus actionis non diuiditur inter eos. Alia eſt actio, quæ pupillo datur, alia quę creditoribus patris, nec ex eodem facto ambæ proficiſcuntur.

Ad l. 2. de ſeparat. bonor.

Ab herede vendita hereditate, ſeparatio fruſtra deſiderabitur: vtique ſi nulla fraudis incurrat ſuſpicio: Nam quæ bona fide medio tempore per heredem geſta ſunt, rata conſeruari ſolent.

Minoris eſt negotij *l. 2. de ſeparat.* Separatio bonorum datur ex decreto prætoris, poſtulantibus creditoribus defuncti. In hac ſpecie finge: heres Titii obligatus eſt creditoribus defuncti nomine hereditario, & ſuis creditoribus nomine proprio. habuit defunctus creditores ſuos, habet & heres creditores ſuos. vrgentibus creditoribus bona venierunt. bona defuncti ſufficiunt creditoribus defuncti, ſi eis non commiſceantur creditores heredis, ſi creditores ſeparentur à creditoribus, ſi bona defuncti à bonis heredis. Ideoq; ſi creditores defuncti deſiderent bona defuncti ſeparari à bonis heredis, vt ſibi ſatisfiat ex bonis defuncti, audientur. Et hac de re eſt hic tit. *de ſeparationibus.* Et recte poſtulant hanc ſeparationem creditores defuncti, etiamſi heres bona defuncti forte hypothecæ obligauerit, quia hypotheca non eſt alienatio, & manet nihilominus hereditas apud heredem ſemper, *l. 1. §. ſciendum, hoc tit.* Sed hæc l. 2. demonſtrat, non idem eſſe dicendum, ſi heres bona ſiue hereditatem defuncti vendiderit bona fide antequam poſtularetur ſeparatio bonorum, aut vrgerent creditores, aut ipſe heres factus eſſet non ſoluendo: fruſtra deinde poſtulabitur ſeparatio bonorum defuncti, quæ exierunt bona fide dominio heredis. Denique omnes creditores confundentur, & contenti eſſe cogentur bonis heredis. Si venditio hereditatis facta eſſet in fraudem creditorum, reuocaretur actione Pauliana ex edicto *quæ in fraudem creditorum,* & deinde recte poſtularetur ſeparatio bonorum. ſed hæc venditio illius hereditatis bona fide facta non poteſt reſcindi. Ergo ſtultum eſſet petere ſeparationem bonorum, quæ reuocari non poſſunt, cum ſint alienata bona fide.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXVI. Quæſtionum Æmilij Papiniani.

Ad l. credito. 1. de diſtractione pignor.

Creditor, qui prædia pignori accepit, & poſt alium creditorem, qui pignorum conuentionem ad bona debitoris contulit, ipſe quoque ſimile pactum bonorum, ob alium & eundem contractum interpoſuit: ante ſecundum creditorem dimiſſum, nullo iure cætera bona titulo pignoris vendidit, ſed ob eam rem in perſonam actio contra eum creditori, qui pignora ſua requirit, non competit: nec vtilis danda eſt, nec furti, rerum mobilium gratia recte conuenietur, quia propriam cauſam ordinis errore ductus perſecutus videtur, præſertim cum alter creditor furto poſſeſsionem, quæ non fuit apud eum, non amiſerit. Ad exhibendum quoque fruſtra litem excipiet: quia neque poſsidet, neque dolo fecit vt deſineret poſsidere. Sequitur vt ſecundus creditor poſſeſſores interpellare debeat.

A Liber XXVI. incipit à *l. 1. de diſtract. pign.* cuius ſpecies hæc eſt: Quidam primo creditori ſuo pignori obligauit prædia quædam ſpecialiter, deinde alii ſecundo creditori generaliter obligauit omnia ſua bona, quæ haberet, quæque habiturus eſſet, ſola conuentione, ſola pactione, ex qua conſtat iure prætorio naſci obligationem, naſci actionem, *l. ſi tibi §. de pignore, de pact.* contra regulam communem, cum ex pactione non naſcatur actio vel obligatio. Poſt idem ille illi primo creditori ſimiliter, forte denuo ab eo accepta pecunia mutua, obligauit generaliter omnia bona ſua, ob alium contractum, inquit, vel etiam ob eundem, ob priorem cōtractum, nouatione facta ſcil. vt *l. 3. l. cred. §. Papinian. ſup. tit. prox.* Primus creditor certe potior eſt ſecundo in prædiis ſpecialiter obligatis. Secundus autem potior eſt primo in cæteris bonis: & ideo prædia quidem illa ſibi ſpecialiter obligata, vendere primus po-
B teſt iure pignoris, non etiam cætera bona, antequam ſecundo creditori ſatisfactum fuerit. Sed quid ſi primus creditor vēdiderit etiam cætera bona titulo pignoris ex poſteriori hypotheca generali, an tenebitur ſecundo creditori, qui in generali hypotheca, in cæteris bonis eſt certe prior tempore, atque adeo potior iure? Hæc eſt quæſtio, de qua agitur in hac lege. ad quam Papinian. ita reſpondet; primum ſecundo nulla actione teneri ob id, quod cætera bona vendiderit titulo pignoris, quamuis ea non iure vendiderit: nulla, inquam, teneri primum ſecundo actione in perſonam, directa, vel vtili ex con-
C tractu, quia non cum ſecundo contraxit, neque pro debitore apud ſecundū fideiuſsit: ſed neque eum teneri actione furti, videlicet nomine rerum mobilium, quæ in cæteris bonis erant, aut ſe mouentium, quia primus non per fallaciam aut dolo malo, non furandi animo eas res vendidit, ſed ordinis errore ductus, dum in omnibus exiſtimat ſe eſſe primum, & ignorat forte poſteriorem obligationem contractam à debitore cum poſteriori creditore. Atque ita, vt ait, ordinis errore ductus ſuam rem egit, vendendo omnia bona debitoris ſui, ſuam cauſam perſequutus eſt bona fide, ſuo iure vſus eſt. Ergo furtum non fecit, qui ſuo iure vtitur, vel vt ipſe exiſtimat longe abeſt à furto. Et rurſus non poteſt videri primus earum rerum furtum feciſſe ſecundo, qui neque dominium, neque poſſeſsionem earum rerum habuit, iuxta *l. ſi*
D *gratuitam §. vlt. de præſcr. verb. & l. ſi vendidero §. vlt. de furt.* Secundus creditor ſane non habuit dominium earū rerum, non habuit etiam poſſeſsionem, quia vt propoſuimus, pignus cōſtitutum fuit ſola conuentione, non traditione. Et eleganter Papin. rerum mobilium meminit, qua appellatione etiam ſe mouentes continentur. Et vice verſa ſæpe mouentium mobiles, quia ſcil. hodie conſtat rerum immobilium furtum non fieri, fundi, ædium non fieri, *l. quam rem, de vſurp. & vſuc.* abolita ſententia veterum, puta Maſurii Sabini, & aliorum huius ſectæ, qui non hominum tantum, neque mobilium aut ſe mouentium, quæ auferri occulte poſſunt, amitti & ſubripi, ſed etiam fundi & ædium dicebāt furtum fieri. Verius eſt furtum non fieri, niſi res loco moueatur, & non ſine contre-
E ctatione. Contrectare eſt ſuo loco mouere, alioquin non eſt furtum: res autem immobilis non poteſt loco moueri, ergo nec contrectari: proinde rei immobilis furtum non fit, & ob id meminit rerum mobilium, cum quæritur de actione furti, an ea primus ſecundo teneatur. Cur autem ait, furti non agere ſecundum creditorem aduerſus primum, venditis reb. mobilibus, quarum pignus generali & nuda conuentione non traditione contractum erat? quia poſſeſsio earum rerum non fuit apud ſecundum creditorem, & ſolius poſſeſsionis furtum fit, vt inferius demonſtrabitur. Hoc vero quod ita ſcribit Papin. pugnare videtur cum eo, quod Iulianus dicebat in *l. in actione §. vlt. l. ſi is qui rem 66. de furt.* debitorem furtum facere pignoris, neque eſſe hoc nouum, vt quis faciat furtum ſuę rei, & teneri eum debitorem furti creditori, ſi

pignus vendiderit, etiamsi is creditori nunquam tradiderit: possessio pignoris non fuit apud creditorem, quia constitutum fuit nuda conuentione, & tamen ei furtum fit. Et idem Iulianus similiter existimabat, & vtebatur in eam rem auctoritate Sabini, furtum fieri serui, cuius vsumfructum defunctus legasset, & furti agere fructuarium eo seruo subrepto, etiamsi eius serui possessionem nondum apprehendisset fructuarius, vel heres, etiamsi nemo eum possedisset, videlicet si subreptus esset post aditam hereditatem, quo tempore fructuarius vti frui potuisset si seruus non fuisset interceptus, post aditam hereditatem, recte, quia serui hereditarii furtum non fit, & hoc omne ostenditur in *l. si homo, de vsurp. & vsucap.* Ex his ita concludatur: ergo furtum fit non possidenti, furtum fit eius rei, quæ à nemine possidetur. Praua igitur est ratio, qua vtitur Papin. hoc loco, vt primus secundo non teneatur furti nomine rerum mobilium, quas vendidit titulo pignoris, quia secundus creditor possessor non fuerit, quia possessionem nullam amiserit. Sed animaduertendum est, in omnibus locis supradictis, hanc sententiam, quæ Papiniano obiicitur, Iuliano tantum adscribi, vt scilicet iure pignoris vel iure vsusfruct. detur actio furti, licet possessio non fuerit apud creditorem, vel vsufructuarium. Ergo & iure dominii dat actionem furti, etiam si possessio non fuisset apud dominum tempore ablatæ rei: Iuliano, inquam, tantum adscribi, Iuliani sententiam referri, non probari in loco nominatim. itaque non videri probatam ab illis sententiam Iuliani, quia regulariter furtum non fit eius rei, quæ à nemine possidetur. Furtum fit solius possessionis, vt Scæuola dicebat, *l. 1. §. Scæuola, si quis testam. liber esse &c.* Veteribus quidem placebat, etiam rei hereditariæ furtum fieri, quæ tamen à nemine possidetur. Hoc placebat Sexto Ælio, Marco Manilio, Marco Bruto Iurisconsultis: quæ tamen sententia nouis Iurisc. non probatur, ea ratione, quia solius possessionis furtum fit, *d. §. Scæuola, & l. hereditariæ, de furt. l. in eo, de acq. rer. dom.* & hereditas iacens non habet possessorem. Et certissimũ est, hac in re abolitam fuisse sententiam veterum, quod solius possessionis furtum fiat. Cur non tentabimus in illa re etiam eadem ratione, abolitam videri sententiam Sabini, qui fuit ex veteribus, siue Iuliani? quę tamen an aliquo colore defendi possit videamus. In specie *d. l. si homo*, si quis post aditam hereditatem subripuerit seruum, cuius vsusfructus alij legatus erat, nunquam possessum ab herede. vel fructuario, fructuario tenetur furti. res est furtiua, nec potest vsucapi, antequam purgatum vitium fuerit. hoc defendam isto colore, quia fructuario possessionem, si non subripuerit, præripuerit, qui eo tempore potuit vti frui, post aditam hereditatem nempe. Et in specie *d. l. in actionem §. vlt. & l. si is qui rem*, debitorem furtum facere pignoris, si id vendiderit, & creditori teneri furti, etiamsi nunquam creditor pignus illud possederit, sed id nudo pacto constiterit, quia sc. vendendo pign⁹, debitor possessionem quam habuit interuertit. vt sit furtum, satis est interuersam possessionem, etiamsi non sit interuersa ei, qui furti agit. Ergo quoquo modo interuersa possessione, etiamsi ea non fuerit apud creditorem pigneratitium, sed apud debitorem vel alium, iure pignoris creditori competit actio furti: Nam & placet, iure dominii solius dari actionem furti, si alii possessori, non domino, res ablata fuerit, diuisam actionem furti inter dominum & possessorem, *l. furtiuam, d. l. si is qui & l. inter omnes §. si seruus, de furt. & d. l. si homo* 1. in vltim. versu *l. 1. de furt.* furtum definitur esse interuersio rei, vel vsus, vel possessionis. Sed & definiamus plenius, & erit certissima & plenissima definitio, furtum est interuersio rei (rei autem nomine significatur proprietas) vel vsus, vel fruct⁹, vel hypothecæ alienæ, siue pignoris alieni. hęc est definitio, sed quidquid horum interuertatur, nũquam interuertitur, quin & possessio interuertatur, vel naturalis, corporalis, vel ciuilis, quæ apud aliquem fuerit:

A non fit interuersio rei, nisi & possessionis fiat, nec pignoris fit interuersio, nisi interuersio possessionis fiat, quæ si non fuit apud creditorem, fuerit apud alium. Et secundum ea in proposita specie, si primus creditor possessionem interuertisset, quæ fuit apud debitorem, non apud secundum creditorem, proculdubio iure pignoris etiam secundus creditor furti agere posset rerum mobilium nomine, sed vt diximus, eam non interuertit, qui in causa pignoris priorem se esse arbitratur, iusto errore ductus. Ergo vt ante diximus, hic primus creditor, qui nullo iure vendidit cætera bona titulo pignoris ante dimissum secundum creditorem, secundo creditori non tenetur actione in personam ex principali obligatione: non tenetur etiam furti, ob res mobiles. Et ait non teneri etiam eum secundo creditori actione hypothecaria, vel B actione ad exhibendum, quæ solet dari etiam acturis hypothecaria actione, quæ vindicatio est, *l. 3. §. est autem, ad exhib.* Cur non teneatur hypothecaria, & propter eam ad exibendum? Ratio est facilis, quia neque possidet cætera bona, neque dolo malo desiit possidere. Et hæ actiones erunt tantum aduersus possessores, vel aduersus eos, qui habentur pro possessoribus, vt qui dolo desierunt possidere: Nam dolus pro possessione est. Et inde concluditur, secũdo creditori in hac specie superesse tantum actionem hypothecariam aduersus emptores, & possessores cæterorum bonorum, qui scil. redire poterunt ad primum creditorem ob euictionem, *ils auront recours contre le premier pour la garantie*, quia nullo iure vendidit. Et hæc est definitio elegantissima Papin. cui tamen opponitur *lex creditor 12. §. Papin. sup. tit. prox.* Species hæc C est: primo creditori obligauit rem aliquam specialiter, deinde eandem rem specialiter obligauit secundo creditori; post primo creditori nouatione facta prioris contractus & credita maiore pecunia vt fit frequenter, pignori obligauit eandem rem, adiectis aliis pignorib. quibusdam: nouationem fecerunt maiore credita pecunia, vt vtramque pecuniam in vnam summam redigerent, & vnam obligationem, & pignori dedit eandem rem, atque alias quasdam. Sane primus potior est in omnibus rebus, quia prior est in ea re, quæ primum obligata est, & in adiectis rebus, est solus. Igitur primus in omnibus sane est potior, & iure vendet pignora, si ei non soluatur, sed non vendet eam rem, quæ fuit specialiter pignerata, nisi ad modum, *à la concurrence*, pecuniæ primo loco creditæ, id est, quod ex venditione pignoris redegerit, id ex- D pensum feret primæ tantum pecuniæ, non ei, quæ credita est post secundum creditorem. Si quid superfluum fuerit, id est, si ex venditione pignoris plus redegerit, quam sit in prima pecunia, hoc debet restituere secundo creditori. Ergo secundo creditori tenetur, non condictione ex lege, vt ait Accurs. non officio iudicis, non actione in factum, sed vt opinor, vtili actione hypothecaria, quod sc. secundo creditori eius rei hypotheca, *la plus valüe, la preualence en Sauoye*, videatur fuisse obligata, vt in *l. quærebatur, eod.* id est, quod plus esset in pretio rei, quam in prima pecunia. Vides in hac specie primum creditorem secundo teneri actione hypothecaria, vt ei restituat, quod plus tulit ex venditione pignoris, quam ei E prius creditum fuisset ante contractam obligationem cum secundo creditore. Cur & in hac specie secundo non teneatur hypothecaria, facile erit demonstrare nullam aut paruam esse differentiam. Species de qua agitur hoc loco hæc fuit: primo creditori fuisse obligata prædia specialiter, secundo autem creditori omnia bona, ac post secundum, ob eundem contractum, nouatione facta, vt fit credita maiore pecunia, fuisse obligata omnia bona. Primus iure vendit prædia, hoc est certissimum, non cætera bona: quod autem ex venditione redegit, imputat primæ pecuniæ, quam credidit sub pignore prædiorum specialiter. Superfluum autem sane restituet secundo creditori actione hypothecaria eodem iure, *d. §. Papinian.* Cætera

autem bona nullo iure vendidit, nec tamen eo nomine tenetur secundo creditori vtili hypothecaria, vel alia actione vlla, cum scilicet ei sufficiat directa hypothecaria aduersus possessorem cæterorum bonorum, quæ cessat aduersus possessorem prædiorum, qui iure emit, ab eo, qui iure vendebat, atque ideo æquum est, ei consuli de superfluo, data actione vtili aduersus primum creditorem. Quod & ita hoc loco etiam Accurs. sensit rectissime.

Ad leg. si rem 47. de acquiren. possess.

Si rem mobilem apud te depositam, aut ex commodato tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est. Cuius rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamuis eas nemo alius inuaserit, veteris possessionis damnum adferre consueuit. Idque Nerua filius libris de vsucapionibus retulit. Idem scribit, aliam causam esse hominis commodati omissa custodia: Nam possessionem tamdiu veterem fieri, quamdiu nemo alius eam possidere cœperit, videlicet ideo, quia potest homo proposito redeundi domino possessionem sui conseruare, cuius corpore cæteras quoque res possumus possidere. Igitur earum quidem rerum, quæ ratione vel anima carent, confestim amittitur possessio: homines autem retinentur, si reuertendi animum haberent.

EX *l.1. de distract. pignor.* intelleximus, hanc esse differentiam inter res mobiles & immobiles, (quanquam is non fuerit præcipuus finis eius legis:) quod rerum mobilium furtum fiat, non rerum immobilium, abolita sententia veterum, qui dicebant, etiam rei immobilis furtum fieri, *l. quā rem, de vsurpat. & vsucap. l. rerū, de furt.* Nunc ex *l. si rem mobilem, de acquir. possess.* eadem differentia confirmatur, atque etiam ex ea aliæ elicientur veluti necessaria consequentia. Sed huic legi facile erit addere interpretationem legis 18. *quæ in fraud. credit.* Hæc est differentia, quæ proponitur hac *l. si rem*, rei mobilis possessionem amittit etiam ignorans, vt puta, si rem mobilem apud te depositam, *vel ex commodato*, vt est Florentiæ scriptum, vel ex alia causa: (nam deponendi multæ sunt causæ, commodatum, sequestro datum, pignus, & quod proprie dicitur depositum:) si, inquam, *rem mobilem apud te depositam, ex commodato vel ex alia causa, tibi possidere, il faut lire ainsi eecy, nec reddere constitueris*, id est, si eam rem furandi animo contrectaueris, ita est necesse interpretari ex *l.3. §. si rem, hoc tit.* etiamsi hoc dominus ignoret, te rem sepofuisse tibi lucrandi animo, eius rei possessionem amittit. Furtum fit etiam ignoranti, quis hoc nescit? Est autem furtum, possessionis interuersio. Ergo possessio interuertitur etiam ignoranti: inficiatio depositi non est furtum, sed contrectatio, loco motio, possessionis interuersio, cum iam non depositori, sed tibi rem habere constitueris, *l. inficiando, de furt.* Inficiando depositum, nemo furtum facit, sed contrectando lucri faciendi animo. Et subiicit recte in *d.l.* nam ista inficiatio non est furtum, licet prope furtum sit. Et ex ea l. vt puto, non ineleganter ita est scriptū in consuetudinibus Neustriæ, cap. 7. *Iaçoit que l'on ne die pas que ce soit larrecin, que denier, si est-ce qu'il y a vn peu de saueur de larrecin.* Ipsa quidem inficiatio non est furtum, sed est prope furtum. Et hoc de re mobili. Verum si colonus, vel inquilinus fundum aut ædes, id est, rem immobilem sibi possidere constituerit, neque reddere domino, puto aut potius præsumo, non statim dominum possessionem amittere, quia rei immobilis furtum non fit, id est, quia rei immobilis non temere, non confestim possessio interuertitur: scientem possessorem amittere, puta si resciuerit, colonum fundum sibi habere, & possidere, & palam profiteri, ac præ se ferre, nolle se eum finita conductione domino reddere; scientem, inquam, quia animus desit scienti alium vsurpasse possessionem, & constat solo

A animo amitti posse. Et ita quoque rei immobilis possessionem, quam quis solo animo retinebat, non corpore suo, vel alieno, non amittit insciente animo suo, non amittit ignorans, etiamsi alius eam occupauerit, & hoc ipse ignoret, *l. prox. sup. hoc tit.* Nec etiam ignorans possessionem amittit, si colonus vel inquilinus, per quem possidebat rem immobilem, id est, eius corpore, eam deseruerit, id est, non amittit eam ignorans statim, atque deserta est à colono vel inquilino, nisi scilicet hoc casu alius eam ingressus sit: Nam hoc vno casu, puta alio ingresso possessionem, quam deseruit colonus vel inquilinus, placet etiam ignoranti possessionem auferri, *l. peregre §. vlt. hoc tit.* Vix igitur rei immobilis possessio tollitur ignoranti, facile rei mobilis. Et constituenda hac in re est differentia inter inuitum & ignorantem. inuitus multo pluribus modis amittit possessionem rei immobilis, quam

B ignorans: ignorans illo casu, inuitus etiam aliis, vt si in locum fundi mortuum intuli, etiamsi sim contemptor religionis, id est, etiam inuitus possessionem eius loci amitto, nec tantum ignorans, *l. qui vniuersas, §. 1. hoc tit.* Item si prætor me possessione expellat, & alium faciat possessorem, vt facit sæpe, propter contumaciam & inobedientiam, inuitus possessionem amitto, nec tamen ignorans. Quibus casibus inuitus amitto, non semper & amitto ignorans. Contra, quibus casibus inuitus adquiro, & adquiro ignorans. Et separata est ratio amittendi & adquirendi, sicut in *d. l. peregre, hoc tit.* dicimus, non eandem esse rationem adquirendæ & amittendæ possessionis. Si quis soluat creditori meo me inuito, liberat me. Idem erit si me ignorante soluat, *l. soluere, de solution.* Suus heres inuitus fit heres. Ergo & ignorans, *§. sunt autem, Institut. de*

C *hered. quæ ab intest.* Seruus vel filiusfamilias mihi adquirit dominium inuito. ergo & ignoranti, *§. item nobis, Instit. per quas person. nob. adq.* denique non est eadem ratio adquirendi, & amittendi semper. Et huic differentiæ alia subiicitur in hac lege, ex qua hæc proficisci videtur, sicut & hæc ex illa quam habemus in *l. 1. de distract. pignor.* Rei mobilis, excepto homine, possessionem amitto statim, atque desiit esse sub custodia mea, sub potestate mea, quamuis eam nemo alius inuaserit. Desinit enim esse sub custodia mea non tantum, si ab alio interuersa sit siue occupata, sed etiam, si eius neglexerim & omiserim custodiam, & sic eam ita perdiderim, vt ignorem vbi sit, licet eam nemo apprehēderit, *l.3. §. Nerua, & l. si is, qui. hoc tit.* Quod proprie hoc loco demonstrandum esset latius. Sed cum etiam ego id demonstrauerim latius in *l. peregre*, ideo in ea re nunc ero breuis. Videamus quid sit in re immobili. Res immobilis non potest non esse sub custodia nostra, quæ non potest moueri, auferri, cælari, occultari, quamuis scilicet eam alius non inuaserit. Ergo res immobilis semper est sub custodia nostra, quamdiu alius eam non occupat. Ideoque si negligam & omittam eius custodiam, non ideo statim possessionem amitto, sed si negligam & omittam possessionem ipsam, vt est scriptū in *l. si de eo fundo §. 1. hoc tit. & l. cum fundum, de vi & vi arm.* Aliud est custodia, aliud possessio, quod maxime notandum.

E Ex primo decreto, quo quis mittitur in possessionem, fit custos non possessor, *l.3. §. vlt. hoc tit.* Ex secundo fit possessor. Igitur aliud est negligere & amittere custodiam, aliud negligere & omittere possessionem, in rebus immobilibus scilicet, atque etiam in homine. excipio enim hominem seruum à rebus mobilibus. Nam etiamsi hominis mei, serui mei neglexerim & omiserim custodiam, non ideo statim eius possessionem amisi, antequam alius eum possidere cœperit, quia proposito redeundi, seruus possessionem sui & cæterarum rerum omnium, quas tenet, domino conseruat, maxime, vt dixi, quod volo suppleri ad hanc legem, quia idem etiam obtinet in seruo fugitiuo, vt eius possessionem non amittamus, qui exierit custodia nostra, nec sciamus vbi sit, licet non habuerit animum reuertendi, id est, propositum reuertendi, *l.1. §. per seruum, qui in fuga. l. Pomponius, in princ. l. rem*

quæ nobis, hoc tit, Qua de causa in lege Caninia, etiam fugitiui numerabantur inter seruos, quia eorum possessio retinetur animo, & amittitur duobus tantum modis, si alius eos possidere cœperit, vel si se ipsi pro liberis gerant, & sint parati suscipere liberale iudicium. In aliis rebus mobilibus, quæ ratione vel anima carent, idem est, negligere & omittere custodiam, & negligere ac omittere possessionem. Idem est custodia & possessio. Hæc differentia maxime notanda est.

Ad legem 18. quæ in fraud. credit.

Etsi pignus vir vxori, vel vxor viro remiserit: verior sententia est, nullam fieri donationem existimantium. Quod sine dubio si in fraudem creditorum fiat, actione vtili reuocabitur. Idemque est etsi quiuis debitorum in fraudem creditorum pignus omiserit.

B

IN *l.* 18. *quæ in fraudem credit.* sciendum est, ex illo edicto, quæ in fraudem, actione vtili vt vocatur in hac *l.* 18. id est, actione in factum: omnis actio vtilis est in factũ, & contra, quæ dicitur actio Pauliana, *l. videamus.* 38. *de vsur.* ea, inquam, actione reuocari & rescindi, quæ à debitore gesta sunt, omnia in fraudem creditorum, quod verbum, *gesta*, latissime patet, vt ait *l.* 1. *h. tit.* Quia eo verbo comprehenditur etiam liberatio & remissio pignoris, *l.* 2. *hoc tit.* Si debitor fraudandorum creditorum causa pignus remittat suo debitori, ea remissio rescinditur, & reintegratur pignus postulantibus creditoribus, quia creditores fraudare voluit, non beneficio voluit afficere debitorem suum. Remissio pignoris non est donatio, quia nihil largiris de tuo, nihil minuis de tuo. Idque ex eo apparet, quod remissio pignoris consistit inter virum & vxorem, vt puta, si vxor viro remittat pignus dotis, aut crediti causa constitutum, remissio valet, donatio non valeret. Lex Cincia, quæ prohibuit donationes certis casibus, aut eis modum imposuit, de qua sunt intelligendi omnes loci in titulis de donationibus vel aliis titul. quibus agitur de modo donationum: nec enim licebat in immensum donare. Lex Cincia, quæ & lex Muneralis dicta est, imposuit modum donationibus, vt *l.* 1. *de dotib.* Sicut hodie constitutionibus regiis, donationibus modus est impositus. lege Falcidia legatis & fideicommissis. Ea lex Cincia, quo casu impediit donationem, non impedit remissionem pignoris, quia remissio pignoris non est donatio, *l.* 1. §. 1. *quib. mod. pign. vel hypot. solu.* vbi lex Cincia, de quo est locus corruptus in Nou. 162. vt alias ostendi, vbi est scriptum, *Sentia*, simpliciter, & Haloander adiecit perperam, *Ælia*, in Græco legendum, *κίγκια*, non *σέντια*. Ita etiam ex *l.* 3. *in fine de leg.* 3. ab eo, cui donaui mortis causa, possum relinquere fideicommissum, ab eo cui remisi pignus, non possum relinquere fideicommissum, quia nihil ei donaui: donatio de suo proprio largitio est, de sua re. Ergo non mirum, si iure remittat coniunx coniugi pignus vel hypothecam, si vtilis dicatur esse remissio: Nam & hoc addendum, etiam remissio pignoris non est intercessio, alioquin non valeret propter Senatusconsultum Velleian. de intercessionibus mulierum. Denique remissio pignoris non est donatio, neque intercessio, quod præter supra dictas leges etiam ostendit *l. quamuis, in pr. ad Vell.* & *l. etiam,* & *l. iubemus, C. eod. tit.* Et tamen si quis pignus remiserit in fraudem creditorum, quia incurrit fraus creditorum in ea re, ea remissio rescinditur, quia omne quodcumque geritur in fraudem creditorum, hoc iudicio rescinditur. Et hæc est sententia huius legis.

C

D

E

Ad l. cum fundum 18. de vi & vi armata.

Cum fundum, qui locauerat, vendidisset, iussit emptorem in vacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit.

A *Postea emptor vi colonum expulit. interdictis vnde vi, quæsitum est. Placebat colonum interdicto venditori teneri: quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit. Neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori; quia nemo eo animo esset, vt possessionem amitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset. Emptorem quoque, qui postea vim adhibuit, & ipsum interdicto colono teneri: non enim ab ipso, sed à venditore per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata. Quæsitum est, an emptori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset? dixi non esse iuuandum, qui mandatum illicitum susceperit.*

EX lib. 26. Quæstionum superest dumtaxat, *l. cum fundum, de vi & vi armata*, quæ etiamsi tot in eam non impenderim dies, quot habui aut præsumpsi mihi potius vacuos à labore ipso duro difficillimoque, imo nec centesimam quidem partem temporis, in eam impenderim, tamen dignissima erat tot dierum meditatione, ac si non fuisset ante iam tentata diu, non potuisset eius intelligentia promissa, & tractatio non difficilis euenire mihi. Duas autem continet quæstiones de interdicto vnde vi. Ad priorem quod attinet: sciendum est, hoc interdictum pertinere ad recuperandam possessionem fundi vel ædium possessionem; igitur rerum immobilium: Nam mobilium vel etiam quasi, vt possessionem vsusfructus, qui inter eas res numeratur, quæ neque mobiles sunt neque immobiles: his intermediæ sunt res incorporales. Et sæpe plerique falluntur hoc dilemmate: aut res mobiles sunt, aut immobiles; sunt enim quædam neutræ, vt seruitutes & res omnes incorporales. Hoc igitur interdictum pertinet ad recuperandam possessionem rerum immobilium, vel etiam vsusfructus, cuius possessione quis expulsus est, vel ad restituendum eum in pristinam causam, qui prædio vi deiectus est, cum non possederit, sed in possessione esset. Et sic est duplex interdictum, *de vi & vi armata.* vt conceptus est hic titul. *de vi*, simplici scilicet. Vis simplex est vis quotidiana, vt veteres I. C. loquebantur, vel quod de ea proponitur interdictum quotidianum. Hæc vis dicitur potius quam fit: dicitur verbo, non fit manu, aut multitudine coacta. Et in plerisque causis ea hodie vtimur non inciuiliter. Vis armata est, quæ fit ferro & viribus & manu coacta. Multæ sunt differentiæ inter hanc & illam vim, inter hoc & illud interdictum. Inter cæteras hæc vna est, quod interdictum de vi armata detur, non tantum possessori, qui deiectus est, sed etiam non possessori, qui in fundo erat tunc, cum deiectus est, licet eum sibi non possideret, veluti colono, *l.* 1. *C. comm. de vsuc. le conducteur peut former complainte en certain cas.* Interdictum de vi simplici datur possessori tantum deiecto de possessione sua non domino, *l. Fulcinius, hoc tit.* certe datur ei qui modo possessor fuerit, non possessori non datur, *l.* 1. §. *interdictum autem, hoc tit.* Et hanc differentiam M. Tullius notauit in oratione pro Cecinna his verbis: In *interdicto quotidiano, vnde ille me vi deiecerit, addi, cum ego possiderem, in interdicto de hominib. armatis, non addi.* Et rursus: *in interdicto quotidiano eum, qui fatetur se deiecisse, vincere, si ostendat actorem non posedisse: in interdicto de hominibus armatis eum, qui ostendere possit, eum non posedisse. qui deiectus sit, condemnari tamen si fateatur à se deiectum.* Et perseueremus in eodem exemplo coloni, quem constat nullam possessionem habere, vt est in *l. non solum* §. 1. & *seq. de vsur.* & *vs.* Si nondum finita locatione dominus fundum vendiderit, nec exceperit, vt emptor colonum perfrui sineret, sed vel tacite emptori permiserit ire in possessionem fundi, emptor colonum expellere potest vi quotidiana, *s'en emparant sans force*, non coactis hominibus armatis, atque prohibere potest eum frui. quo casu colono erit regressus aduersus dominum locatorem actione ex conducto, perinde ac si dominus ipse colonum perfrui vetuisset, *l. emptor, C. de loc. l. arbores,* §. 1. *sup. de vsuf.* Emptor, qui expulit colonum vi

vi quotidiana, neque colono tenetur interdicto vnde vi, quia colonus non possidebat, *l.* 1. §. *deijc. hoc tit.* neque domino, quia voluntate eius iuit in possessionem. Vis igitur hæc est impunita quasi vilis vis. Vnde merito dubitatur, cui in casu proposito in hac lege, emptor, qui expulit colonum, colono teneatur interdicto quotidiano vnde vi? Et intelligemus quidem paulo inferius hoc ideo fieri, quia in specie huius legis colonus prius prohibuerat emptorem ingredi vi adhibita, quotidiana tamen, quo facto videtur dominum deiecisse de possessione: cum scilicet deiecit eum, quem miserat dominus: ita hoc facto colonus cœpit possidere, qui ante prohibitionem non possidebat. Colono igitur qui cœpit possidere, si postea emptor eum deiiciat, quasi possessori datur interdictum vnde vi aduersus emptorem, sed speciem legis latius exequamur. Locasti colono fundum, B deinde vendidisti eum Titio nondum peracta locatione. debuisti ex natura emptionis venditionis tradere emptori vacuam possessionem fundi; & vacua est, quæ libera est, nec detenta ab alio, *l.* 2. §. 1. *de act. emp.* non tradidisti, sed iussisti eum ire in vacuam possessionem, iussisti colonum, per quem fundum possidebas, emptori tradere possessionem: quam si tradiderit, sane iam tradidisti: si non tradiderit, nondum tradidisti. Finge, colonum non tradidisse emptori possessionem, sed vi adhibita siue hominibus coactis armatisue prohibuisse emptorem ingredi fundum; postea finge, ex interuallo colonum emptorem deiecisse de possessione, quam colonus per prohibitionem illam vimq; priorem quam iam suam fecerat, an vtraque vis coercetur hoc interdicto? C Sic videtur Papiniano. Ergo definit ita: colonum teneri domino interdicto vnde vi, colono autem emptorem de vi armata. Videndum est, quæ sunt causæ vtriusque interdicti. Est D. Hilarij dignissima vox episcopi, *ex causis dicendi esse sumendam dictorum intelligentiam.* Cur hoc interdicto colonus tenetur domino? quia dominum deiecisse videtur, qui non admisit emptorem, imo repulit & reiecit siue deiecit. quid est deiicere? missum voluntate domini non admittere. Nihil interest dominum prohibuerit, an emptorem missum voluntate eius, *l. colonus, supra hoc titulo.* Imo vero emptorem non videtur deiecisse, qui nactus non erat possessionem, sed venditorem tantum; quia venditor non ante videtur amisisse possessionem, quam emptor eam ingressus sit, D nec enim amittitur possessio sine animo, & animus est venditori retinendæ, non amittendæ possessionis, donec eam emptor ingressus sit. Igitur venditor quasi possessione, quæ sua erat, nondum emptoris, deturbatus à colono, recte aget cum colono interdicto vnde vi. Ex his colligitur, nec desinere possidere fundum, quem possideo corpore coloni & animo meo, si colonus vel me, vel alium ex voluntate mea introire volentem prohibuerit. prohibitio hæc vis est; vis mutat causam possessionis, non destinatio animi sola, si fundum colonus sibi possidere animo cogitauerit: nam non mutat etiam sola animi destinatio, aut non facit furem rei mobilis, puta si quis rem depositam abnegauerit, nisi & intercipiendi causa occultauerit, *l.* 1. §. 1. *de furt. l.* 3. §. *si rem, l. si rem, de acquir. possess.* Quod in re immobili contingere non potest, vt occultetur. Imo & venditio fundi sola non mutat causam possessionis, si colonus fundum conductum alij vendiderit; *l. cum nemo, & l. vlt. C. de acquir. possess.* quia ex regula iuris, nemo potest sibi ipsi mutare causam possessionis. Colonus igitur, qui sibi non possidet, non potest efficere, vel cogitatione vel venditione fundi, vt quod tenet ex causa conductionis, sibi possederit, aut sibi possedisse intelligatur, vt quod tenet pro alieno, possideat pro suo, nisi alia maior causa extrinsecus accedat, veluti traditio ipsius fundi facta alteri, *l.* 3. §. *quod si seruus, sup. de acquir. possess.* Si modo legatur, *tradiderint,* non *tradiderim, argum. l. non solum* §. *qui pignori, de*

A *vsurp. & vsucap.* vel etiam nisi accedat vis, vel suspicio vis, quæ efficiat, vt dominus deponat animum possidendi. Quæso, cur vero emptor tenetur colono eodem interdicto? quia post prohibitionem colonus sibi possidere cœpit deiecto domino. Ergo ei quasi iam facto possessori, merito cōpetit interdictum vnde vi aduersus emptorem, qui colonum deiecit, quod non competeret non possessori. Ac præterea, quod maxime notandum in hac lege, colonus non videtur possedisse, antequam deiiceretur ab emptore, sed à venditore: ab eo dicitur quis vi possidere, quem vi deiicit: colonus autem prohibendo emptorem introire, venditorem videtur deiecisse, non emptorem, videtur deiecisse venditorem, quia venditor possidebat, ergo à venditore vi possidet, *il tient la possessiō de luy par force.* Cur hoc diximus? quia si ab emptore vi possideret, aut clam aut precario, non posset cum eo experiri interdicto vnde vi, *l. prox. sup. h. t.* Si ego te vi deieci, & confestim tu me, deinde ego te, habes vtile interdictum vnde vi aduersus me. Cur? quia non videris à me possidere, id est, qui in ipso cōgressu, in continenti possessionem sibi vi adeptam, vi recuperat, videtur potius reuerti in pristinam causam, quam vi possidere, alioqui votereris à me possidere vi, & si hoc esset verū, non posses mecū agere hoc interdicto. Et recte in *l.* 1. §. *qui à me, hoc tit. qui à me vi possidet, si ab alio deiiciatur, habet hoc interdictum.* recte si ab alio: Nam si à me ipso deiiciatur, nō habet hoc interdictum, quia à me vi possidet, & loquitur tota illa lex 1. de interdicto quotidiano: Nam, quæ est altera differentia inter hæc duo interdicta de vi & vi armata, interdicto de vi armata agere licet ei, qui ab eo vi possidet, in quem agit, puta si ab eo postea quam eum ipse prior deiecit, ex interuallo deiectus fuerit vi armata, *l.* 14. *h. t.* Secus si ex continenti deiectus sit, quia propulsio, quę fit ex continenti, non est vis: vim vi, arma armis repellere licet, *l.* 3. §. *eum, hoc tit.* Igitur non impune deiicio vi armata eum, qui me vi deiecerat, nisi hoc faciam in continenti. At impune deiicio etiam ex interuallo vi quotidiana sine armis eum, qui me vi deiecerat, nec teneor interdicto vnde vi. & ita Paulus recte 5. *Sent. tit. vlt.* & Marcus Tullius in eadem oratione. Igitur ad propositam speciem, si colonus deiecisset emptorem, non posset cum eo experiri hoc interdicto, quia non emptorem videtur deiecisse, sed venditorem. sed colonus cum emptore potest experiri hoc interdicto si ab eo postea vi deiiciatur, etiamsi mandato venditoris emptor postea hoc faciat, quia mandato illicito non debuit obtemperare. Et obseruādum est, qui tenetur interdicto vnde vi agere interdicto vnde vi, cum qui furti tenetur, non agat furti. furti causa est inhonesta, turpis, famosa, & quod ex ea igitur prætenditur, id quod interest: vis quotidianæ causa non est famosa, sed ciuilis. *l. neque, hoc tit.*

Ad §. eum qui.

Eum, qui fundum vindicauit ab eo, qui interdicto vnde vi potuit experiri, pendente iudicio nihilominus interdicto recte experiri placuit.

E IN hoc §. Papinian. scribit *placuisse,* quo verbo significantur constitutiones Principum, vt is, qui fundum vindicauit ab eo cum quo potuit experiri interdicto vnde vi, pendente eo iudicio, vindicationis scilicet, nihilominus posset experiri interdicto, quod ex hoc loco relatum est etiā in *cap. pastoralis, de causa possess. & prop.* Sciendum est, rei corporalis, vt penitus hoc intelligatur, vindicationem dari domino, qui non possidet rem aduersus rei possessorem; *l.* 1. *C. vbi in rem actio exerceri debeat,* §. *æque, Instit. de action.* Possessio, vt est *in l. vn. C. de alienat. iud. mut. causa facta,* in rem actionem parit aduersario, possessio scilicet ex parte eius, vnde petitur; vt in *l.* 17. *de pignor. Pignoris possessio,* sic legendum; *in rem*

actionem parit creditori, iuxta quod in *l. si fundus*, §. *in vindicatione*, *eod. tit.* In vindicatione pignoris quæritur, an rem, de qua agitur, possideat is, cum quo agitur: si non possideat, vel dolo non desiit possidere, absoluendum eum esse. Possessio creat actionem in rem. Et ita in *l. non alias*, §. *vlt. de iudic.* in rem actionem ex præsenti possessione esse, vel præterita scilicet, quam dolo malo omiserit, quæ habetur pro præsenti, licet non sit præsens. Et in *l. vlt. de rei vindic.* Facile esse euadere actionem in rem, quia is non compellitur pati eam actionem, qui deierat & asseuerat se non possidere, *la demãde au petitoire se conçoit ainsi, pour declarer à quel tiltre il tient, occupe &, possede.* Licet autem exitus rei vindicationis hic sit, vt possessio rei transferatur in actorem, *l. qui restituere*, *& l. vlt. de rei vindic. l. si cum venditor*, *de euict.* non tamen per eam actionem, per vindicationem possessio vindicatur, sed proprietas. Est legitima vindicatio proprietatis, vsufructus legitima vindicatio pignoris, nulla est legitima vindicatio possessionis. Ælius Gallus Iurisconsultus apud Festum: *In legitimis actionibus*, inquit, *nemo ex iure Quiritium possessionem suam vocare audet*, id est, vindicare, *sed ad interdictum venit vti posidetis, vel vtrubi.* Igitur interdicto prætorio, non legitima actione vlla, possessio vindicatur. denique actione in rem, rem meam voco, rem meam esse, non possessionem meam voco. Et si quidem probauero rem meam esse, possessio in me transfertur à reo, qui eam se possidere non negauerit: Nam ab eo, qui negat se possidere, si conuincatur possidere, statim possessio in me transfertur per iudicem iure dominij, licet rem meam esse non probauero. hæc est mendacij pœna, *d. l. vlt. de rei vindic.* Ergo actio in rem est intentio dominij. Et excepto illo casu d. legis vlt. illi, qui agit hac actione, ob id incumbit probatio dominij quæ probatio, quia plerumque est difficilis, consilium dant omnes Iurisconsulti, vt si posit quis, interdicto potius agat, quo vel adipiscatur, vel recuperet, vel adserat, vel defendat sibi possessionem, id est, vindicet, quam legitima actione, qua rem suam esse petat, qua rei se dominum esse contendat: quia longe commodius est agere possessori iudicio possessorio, quam petitorio; longe commodius possidere, quam alio possidente petere, *l. is qui destinauit*, *de rei vindic.* quia scilicet, possessori nullum incumbit onus probationis, nec necesse habet causam, titulum, auctoritatem possessionis suæ edicere, vel edocere, *l. in speciali*, *eod. tit. l. vlt. C. eod. tit. l. pen. C. de pet. hered.* Et in pari causa melior est conditio possessoris, fortuna pro possessore iudicat. Igitur in specie huius *l. vlt.* non satis prudenter sentit is, non satis consulto facit is, qui fundum vindicauit ab eo, cum quo poterat experiri interdicto vnde vi ad recuperãdam possessionem sibi ab eo vi ereptam: Sed factum suum quæritur, an tamen adhuc sit ei integrum emendare, pendente iudicio rei vindicationis, & experiri interdicto vnde vi: Et Papinianus ait, etiam pendente eo iudicio, nihilominus vtiliter agi interdicto vnde vi. Quod sic accipiendum esse reor, non tantum, vt suspenso tantisper, vel penitus omisso iudicio, rei vindicationis mutata formula, *changeant de conclusion*, experiatur interdicto vnde vi, sed etiam vt vtroque iudicio agat, petitorio & possessorio, vt pendente scilicet, nec intermissa vindicatione, etiam agat interdicto vnde vi. Quo iure etiam hodie vtimur, & vel proposita tantum vindicatione, etiam de possessione certamus, vel proposito tantum interdicto, etiam proprietatis probationes in iudicium adferimus, vel vtramque simul, id est, proprietatem, & possessionem in iudicium deducimus, vindicationem & interdictum. Fabius. lib. 7. *Instit. In interdictis*, inquit, *etiamsi non proprietatis quæstio est, sed tantum possessionis, tamen non solum possedisse nos, sed etiam nostros possedisse docemus.* vtrumque scilicet docemus, vtrumque cumulamus, vtrumque coniungimus, in vno eodemque iudicio. Neque vero mirum, simul agi posse rei vindicatione & interdicto vnde vi, vt hoc loco ostenditur, quæ remedia siue iudicia non sunt contraria, cum & vsu receptum sit, non absque ratione & auctoritate iuris cõtraria remedia siue iudicia posse cumulari subalternatim, vt definit Bartol. *l. 1. C. de furt.* Contraria iudicia non sunt vindicatio & interdictum vnde vi, sed vindicatio rei & interdictum vti posidetis. Nam in rei vindicatione aduersarium possessorem esse fateor, in interdicto vti posidetis, aduersarium possessorem esse nego, & me solum possessorem esse assero, atque ita mihi vindico soli possessionem: & tamen, qui cœpit rem vindicare, recte agit nihilominus interdicto vti posidetis, *l. naturaliter*, §. *nihil commune*, *de acquir. possess.* Quod etiam sic accipio, non tantum vt posit mutare genus iudicij, *changer de demande*, *de conclusion*, & remissa vel intermissa rei vindicatione, agere interdicto vti posidetis, sed etiam, vt posit vtroque simul experiri sub alternatione, vel sub protestatione, vt in *l. 1.* §. *quia autem*, *quod legat. l. contra*, *C. de inoffic. testam.* Cum & de vtroque constet, iudicem simul pronuntiare posse, & cognoscere ex constitutionibus Principum. Symmach. 1. epistol. eleganter. *Recitata est constitutio, quæ iudicibus tribuit copiam, non imponit necessitatem, vt quoties de possessione iudicant, continuo si casus tulerit, etiam de iure cognoscant*, id est, de proprietate. Nec obstat quod dicitur vulgo, prius esse cognoscendum de possessione, quam de proprietate, quod etiam fit plerumque hodie, *l. 3. C. de interdict. l. ordinarij*, *C. de rei vindicat.* causam proprietatis esse secundam actionem in *l. vlt. C. quor. bonor.* Nam fateor, hunc esse solemnem ordinem iuris, sed ex constitutionibus licet etiam vtrumque simul introducere & disceptare. Si vis ordinem seruare, eum serua, ita vt quæstionem possessionis anteponas quæstioni proprietatis. Sed si non vis seruare, non serues: hoc enim constitutiones permiserunt. Hunc ordinem, vt de eo vos admoneam, quoniam multi in eo falluntur, male existimant comprobari *l. si de vi*, *de iudic. & l. 5. de leg. Iul. de vi publ.* Ex eo loco efficiunt, prius agi debere de possessione, quam de proprietate, perperam. Nam, vt quodam loco me ostendere memini, nec ideo ero in hac re longior, non id vult *l. si de vi*, sed hoc tantum, vt si quæratur de vi criminaliter, iudicio publico, & ciuiliter de possessione vel de proprietate, præferatur criminale iudicium ciuili. Hoc ita Adrianus rescripsit & decreuit. Male etiam ad eum ordinem comprobandum vtuntur *l. multi*, *C. de iudic.* quæ vt id etiam breuiter stringam, non hoc vult, prius esse cognoscendum de possessione, quam de proprietate, sed hoc tantum præscribit, vt de vtraque quæstione, vnus idemque iudex cognoscat, quod etiam ex eo loco refertur in *capit. 1. de causa possess. & propriet.* Ergo ad rem: etiamsi is sit ordo solemnis, quem seruare cuique liceat, tamen & non seruare licet. Omnia iudicia hodie sunt extraordinaria, id est, licet agere ordine vel extra ordinem: Nec enim sunt sublata ordinaria, si quis eis malit experiri, sed est liberum quacumque de re agere extra ordinem. Est igitur mihi liberum cumulare petitorium iudicium & possessorium quodcumque. Nec huic definitioni obstat quicquam lex *penult. in princ. de acquir. possess.* dum ait, permisceri non debere possessionem & proprietatem. Nam hoc non est, cumulari non debere vtramque in vno eodemque iudicio: Namque ea cumulatio permistio non est, sed siue vno iudicio, siue diuersis agatur, semper accurate discerni debere possessionem à proprietate, nihil commune habere possessionem cum proprietate. Proprietatem separatam esse, *l. prima*, §. *huius*, *l. penultima*, *in fine*, *titul. sequen. l. & an eandem* §. *vltim. de except. rei iudic.* Sæpe qui est

dominus, non est possessor, & qui est possessor, non est dominus, & nonnunquam idem est possessor & dominus: vt vt sit, semper hæc discernenda sunt, non confundenda, licet per abusionem quandoque possessionem accipiamus pro proprietate: vt cum quis legat possessiones suas, proprietatem legat, *l. interdum, de verb. signif.* Seneca 10. epistol. *Stultam auaritiam mortalium discernere proprietatem possessionemque*: imo vero prudentiam mortalium summam, & necessarium rerum vsum. Additur in *d. §. nihil commune*, non videri renunciasse possessioni eum, qui agit rei vindicatione, alioquin vindicatio faceret conditionem nostram deteriorem, & actionem exercentes, deteriorem non facimus conditionem nostram, imo meliorem, *l. aliam, de nouat.* vindicationem rei seruandæ non perdundæ inuentam esse, vt Plautus, sed perquam nequiter iusiurandum rei seruandæ, non perdendæ esse inuentum. Non eo animo ad vindicandum venio, vt possessionem omittam, si quam habeo. Est enim possessio suo iure metienda potius quam confessione mea, nec mihi confessio mea vsque adeo nocere debet, vt eam non possim retractare, vel in eodem iudicio vtrumque mihi adserere & possessionem & proprietatem sub alternatione, vt dixi, vel sub protestatione. Sicut is qui agit cum alio familiæ erciscundæ, videtur quidem fateri eum esse coheredem, *l. 1. l. fundus, l. qui dotis, §. si ergo, famil. ercisc. & l. 1. §. etsi possess. si pars hered. pet.* non tamen ita id fatetur, quin sit ei integrum mutato iudicio, agere petitione hereditatis, & ita negare, eum sibi coheredem esse, qui est sensus d. legis *qui dotis.* Sicut etiam is, qui excipit, qui opponit exceptionem actioni, non ideo videtur omnino fateri de intentione actoris, admittere videtur intentionem, non fateri omnino: vt si ego propono aliquam regulam iuris, forte falsam, in ea re, de qua disputamus, & tu quasi sit vera excipias casum aliquem, non ideo possit aduersarius coarguere, te confessum esse, secundum regulam *l. non vtique videtur, ff. de except.* Et vt nihil vetat inficiari simul & excipere hoc modo, *nihil debeo, & vt debeam pepigi tecum, de non petenda pecunia*: Cur enim non mihi liceat agere in hunc modum: non tu possides, sed ego possideo, sed etiamsi possideas, rem meam esse aio, mihique restitui debere. Et vt eleganter Libanius Sophista, ei, qui possit esse tutus ipso iure, legem nonnunquam dare exceptionem ex abundanti, ἐκ περιουσίας: ita mihi agenti rei vindicatione veluti ex abundanti, licebit etiam agere interdicto, & contra: saltem, vt dixi sub alternatione, vel sub protestatione.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXVII. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. eum qui 43. de iudic.

Eum, qui insulam Capuæ fieri certo tempore stipulatus est, eo finito, quocumque loco agere posse in id quod interest, constat.



INcipit liber xxvii. *à l. 43. de iudic. ait lex, eum qui certo tempore*, id est, intra tempus, *vt est in Basilic. insulam Capuæ fieri, &c.* Non recte stipulor *insulam fieri*, id est, domum ædificari non adiecto loco, quo eam fieri velim, *l. 2. §. si quis, ff. de eo quod certo loco, l. qui insulam, l. ita stipulatus, de verb. obligat* adiici locum debere, veluti, *insulam Romæ, &c.* Nec

A necesse est etiam tempus adiici, quia stipulationi satis inest tacitum tempus, intra quod fieri Capuæ insula potest, *l. interdum, de verb. obligat.* Sicut huic stipulationi, *Capuæ dari*, si fiat alio loco, tacite inest tempus, quo Capuam perueniri potest, *d. l. 2. §. qui ita stipulatur.* Et hoc ipso lib. Papinianus, *l. si in testamento. §. vlt. de fideiussor, l. seruus heredi, §. pen. de statulib.* Et nihil interest verbis an re ipsa insit obligationi tractus temporis, *l. quoties, de oper. libert.* In specie huius l. etiam stipulationi, *insulam Capuæ fieri*, verbis expressis adiectum est tempus, veluti *intra annum fieri*, quæ stipulatio potest esse inutilis, si impossibile sit intra illud tempus Capuæ insulam fieri, quo modo in stipulationẽ venit, sed si possit intra illud tempus fieri, & consummari, est perutilis, etiam-

B si tempus non sit adiectum. omissio loci vitiat hanc stipulationem, non omissio temporis, quoniam tempus suppletur vel tacito intellectu. De stipulatione, quæ in dando consistit, illud est obseruandum maxime, valere eam etiam non adiecto loco, veluti, *centum dari.* Et ratio differentiæ euidens hæc est, quia qui domum fieri stipulatur siue insulam, superficiem fieri stipulatur; superficies autem non est sine loco, quo fundetur, insideat, inædificetur, inhæreat: ac proinde si is locus sit incertus, si nullus sit adscriptus stipulationi, imperfecta est stipulatio, quia non potest esse superficies sine solo, licet contra solum possit esse sine superficie. Numeratio autem pecuniæ nullo hæret loco certo vel perpetuo. Est & alia differentia, si stipuler *centum Capuæ dari*, alio loco non possum agere actione directa & pura ex stipulatu, quia certi

C obligatio est. quod si detraho vtilitatem loci, plus peto & male ago. possum tamen agere alio loco vtili actione, facta scilicet commemoratione eius loci, quo pecunia dari debuit, vt vtilitas eius loci æstimetur, id est quod propter eum locum interest, arbitrio iudicis, *§. vlt. Instit. de act.* Sed si stipuler insulam Capuæ fieri, finito tempore, quo fieri ea insula debuit & potuit, nec facta est, possum agere quocumque loco, competenti & congruo scilicet, vt Accurs. recte annotauit, directa & pura actione ex stipulatu, in id quod interest, nec mihi necesse est descendere ad arbitrariam, quia incerti obligatio contracta intelligitur, id est, id actum videtur inter contrahentes, vt promissor teneatur in id quod interest, si non fecerit insulam intra iustum tempus, sicut, si promisisset certo lo-

D co iudicio sisti, esset actio incerti in id quod interest. Et hæc est vis & potestas huius legis.

Ad l. cum seruus 54. mandati.

Cum seruus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, vt seruus manumitteretur, nec manumiserit, & pretium consequetur dominus vt venditor, & affectus ratione mandati agetur. Finge, filium naturalem vel fratrem esse: placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonæ fidei iudiciis habendam. Quod

E *si de suis nummis emptor pretium dederit (neque enim aliter iudicio venditi liberari potest) quæri solet, an vtiliter de peculio agere possit. Et verius, & vtilius videtur, prætorem de huiusmodi contractibus seruorum non cogitasse, quo se ipsi mala ratione dominis auferunt.*

EST lex elegantissima & vtilissima, quæ frequenter in medium adduci solet. Seruus mandauit extraneo, vt se emeret, vt se redimeret à domino, simpliciter nullo alio adiecto. Initio legis hoc tantum proponit Papinianus, *nullum esse mandatum*, nec rationem reddit nullitatis, sed redditur aperte in *l. vn. C. si seru. ext. se emi mand.* quæ est veluti interpretatio huius legis. Cur nullum est mandatum, si seruus se emi mandet? Quia neque mandatum illud ex persona serui consistere potest, propterea quod liber factus se emi mandaret inutiliter, quia non potest, cum liber homo

emi non possit, idem esse emptor & res, quæ emitur. ea demum valent ex persona serui, quæ si liber esset, valerent, *l. debitor §. seruo, de leg. 2. l. etsi maxime, de seru. leg.* Nec mandatum quoque illud consistere potest ex persona domini, quia inutiliter mando, vt quis à me seruum meum emat, vel aliam rem, quia non possum à me ipso rem meam emere, & quod per me non possum, nec per vicarium possum: quod is emit, ipse emere videor. Igitur mandatum illud plane nullum est, & ex eo non nascitur actio mandati vltro citroque. Sed finge, vt seruus mandauerat, extraneus eum seruum emit à domino, contracta emptione venditione: sane inter extraneum & dominum erit vltro citroque actio ex empto vendito. non ex ipso mandato nascitur actio, quod nullum est, quia & hoc non agebatur inter extraneum & seruum, vt ex ipso mãdato nasceretur actio, sed propter mandatum ex alio B contractu, id est, emptione venditione, vltro citroque est actio inter extraneum & dominum. Secuta igitur emptione venditione, non prorsus est inutile mandatum, cum etsi non ex mandato actio sit, tamen propter mandatum sit actio alia. Diuersa hæc sunt *ex*, & *propter*, *l. eo tempore, in fi. de pecul.* Si seruum alienum bona fide possideo, & is seruus mutuatus pecuniam ab alio, eam mihi det pro capite, id est, pro libertate, vt eum manumittam, mihi non acquiritur ea pecunia, sed vero domino, quia is seruus non acquirit mihi, nisi ex duabus causis, ex suis operis, & ex re mea. Ea autem pecunia non est ex re possessoris, sed propter rem, id est, propter seruum. Et ita *l. venditor, de hered. vend.* pretium hominis venditi non esse ex re, sed propter rem. Et similis differentia inter *ex*, & *per* in *l. pen. de sepul. viol.* heres immiscet se bonis, & obligat æri alieno, si quid capit ex hereditate, non si quid capit per hereditatem: vt puta, si egerit de violato sepulchro hereditario; articulo *ex*, significatur causa, articulo *propter*, occasio: & aliud est causa, aliud occasio. Sed pergamus. Quid dicemus si non simpliciter seruus se emendum mandauerit, sed adiecta causa, vt scilicet post emptionem ab emptore manumittatur, & nolit emptor manumittere, quomodo Papinian. ponit speciem in prima parte huius l. & ponunt etiam Græci ad *l. vn. C. si seru. ext.* Mandati hæ duæ sunt partes, vt emat, & vt manumittat. Propter priorem partem, non ex priori, si contracta sit venditio, extraneo est actio ex empto, vt seruus tradatur, domino autem est actio ex vendito, pretij consequendi gratia, quod nihil agit emptor, si inferat ex nummis peculiaribus serui, sed id inferre debet ex suis nummis, vt liberetur iudicio venditi, vt Papin. ait hoc loco, quod est secundum differentiam iuris, vt sit differentia inter venditorem & emptorem. venditor liberatur etiam re aliena, quam vendidit, tradita: emptor non liberatur alienis nummis solutis, *d. l. vn. & l. 1. inf. de rer. permut. l. ex empto §. 1. de action. emp.* vbi Accurs. attulit veram rationem differentiæ, quia venditor debet certum corpus, certam rem, quæ vænit. emptor debet quantitatem, quam facile potest conficere ex suis bonis. Concludamus igitur: propter priorem mandati partem, non ex priore, esse actionem vltro citroque, id est, esse actionem ex empto & vendito, non mandati. Nunc dicamus de posteriori mandati parte. Ex posteriori parte dicimus plane, domino esse actionem mandati, quasi quæsitam sibi per seruum, antequam eum alienaret, & emptori traderet: domino, inquam, qui seruum tradidit, esse actionem mandati ex posteriori parte mandati præcedentis traditionem, cum adhuc seruus esset in sua potestate, & esse scilicet, vt seruus manumittatur ab emptore, quoniam scilicet venditoris interest seruum manumitti: nam si nihil interest, cessat actio mandati, *l. 8. mandati, D. mand.* Sed hoc casu nihil videtur interesse, vt is seruus manumittatur, quia iam est consecutus pretium, aut est forte consecuturus. non interest quidem, fateor, sed interesse creditur, quoniam in bonæ fidei iudiciis idem pollet, ac si interesset reuera,

A interest reuera, si quid pecuniariter interest, si quid scilicet re mea abscesserit, vel non accesserit, & ita interesse dicimus in omnibus iudiciis. Sed placet, etiam in iudiciis bonæ fidei haberi rationem eius, quod interesse creditur pij & beneuoli affectus ratione: sicut heredis interest, aut creditur interesse, impleri modũ iniectum legato, etiam si nihil intersit pecuniariter. Heredis enim interest impleri voluntatem defuncti, *l. ius 19. de leg. 3. l. Titio centum, in princ. & §. 1. de cond. & demonstr.* Et similiter interest patris, filium suum manumitti aut fratrem aut sororem. Et similiter in hac specie, vt domino, qui seruum tradidit, sit actio mandati in hoc, vti seruus manumittatur, fingere debemus, eius interesse, puta eum seruum fuisse eius filium naturalem, vel fratrem naturalem, ex contubernio forte, quæ causa est iusta minori 25. annis seruum manumittere volenti, *l. si minor annis, de manum. vind.* filius naturalis est is, quem in seruitute quæsiuit ex contubernio. Finge, me post susceptum filium peruenisse ad libertatem, & comparasse filium meum naturalem, qui mansit in seruitute, ac deinde vendidisse: interest plane mei eum manumitti, & eo nomine possum agere, si fuerit ea lex mandati etiam contracti non à me, sed ab ipso seruo filio meo naturali. filius vel est ex contubernio, vel ex concubinatu, vel ex matrimonio, vel ex adoptione. ex contubernio & ex concubinatu, est filius naturalis: ex matrimonio est legitimus & naturalis. ex adoptione est legitimus, non naturalis. ex scortatione neque est legitimus, neque naturalis. Affectum igitur hoc loco accipimus, pro benigna & humana animi propensione erga aliquem, cuius quidem affectus ratione, & sane nulla res pluris æstimatur, *l. vlt. de oper. seru. l. pretia, ad leg. Falcid.* Sed, vt inter nos nuper agitabatur, affectus ratione quasi creditur nostra interesse, licet pecuniariter nihil intersit, & eo colore nobis datur actio affectus explendi gratia, *l. 7. de seruis export.* Et plerunque nullum lucrum est tanti, quam si desiderium expleatur, siue affectio animi nostri. Addendum his omnibus, domino etiam esse actionem mandati ex posteriori illa parte, vt vel emptor seruum manumittat si eius intersit, vt diximus, vt si sit eius filius, vel frater, vel etiam vt seruus sibi restituatur, quem emptor non manumittit: ergo duo veniunt in actionem mandati, vt manumittatur, D vel vt reddatur venditori. & prius quidem concurrit facile cum actione venditi, id est, possum agere venditi, vt pretium consequar, atque etiam mandati, vt affectioni meæ satisfiat secundum legem mandati à seruo interpositam, id est, vt seruus liber fiat. Posterius autem, vt vel seruus reddatur, non potest concurrere cum actione venditi: nam repugnat rei emptæ pretium petere, & rem quoque emptam repetere. Non possunt igitur hæc duo iudicia concurrere pure, cum sint omnino contraria, *l. 1. C. de furt.* subalternatiue, alterna actione concurrerent, vt ostendimus postrema prælectione. Ex priori autem parte mandati, vt se emat, domino non est actio mandati, vt iam ante diximus, sed quod nondum diximus, non est etiam extraneo emptori in dominum actio mandati de peculio, vt recipiat pretium, quia seruum ex mandatu serui suis nummis ab eo redimit, quia, vt eleganter ait Papinianus, quod confirmat lex *eo tempore §. vlt. de pecul.* E dominus non tenetur de peculio ex eo contractu quo seruus domino se abstulit, nec de eo contractu cogitauit prætor, cum generaliter dedit actionem de peculio ex contractibus seruorum: nam ita dedit de peculio actionem, si ex eis contractibus non se domino subduceret seruus. Et hoc mandato quid aliud egit seruus, quam vt se domino auferret? Et quidem mala ratione, inquit. Cur sit mala ratio mandare se redimi? An quod dominus inuitus cogatur vendere oblata pecunia? minime: nec enim cogitur, *l. seruus, hoc tit.* Et apud Plautum seruus quidam ita quidem loquitur: *vobis inuitis atque ingratis vna littera liber fieri possum.* Nam id seruus

dicit vxori domini, & filio, non domino, nempe hoc ſcil. ſe vel vna litera, & exiguo pretio poſſe libertatem promereri à domino inuita vxore eius & filio, ſed non etiam domino inuito. Igitur mala ratio hæc fuit, quia ſeruus ſuppoſuit emptorem clam domino ignorante, vt ait *d. l. vn.* vt ſe ei auferret, quam artem ſerui dominus ſi cognouiſſet forſitan, non induſiſſet id animo ſerui & maleuolentiæ, vt eum à ſe alienaret: mala ratio eſt ſuppoſitio illa, quæ fit clam domino. Et hoc eſt omnino quod Papinian. vult his verbis, *cum ſeruus extero ſe mandat, &c.* Sequitur vt exponamus alteram quæſtionem *l. cum ſeruus*, quæ ſcilicet continetur in §. *vlt.* his verbis.

Ad §. ſi liber.

Si liber homo bona fide ſeruiens redimi ſe mandauerit, idque nummis emptoris factum ſit, contraria mandati actione agi poſſe conſtat, vt tamen actiones præſtentur, quas habet emptor aduerſus venditorem: finge non manumiſiſſe liberam perſonam emptorem.

ET rei eiuſdem communio ſiue affinitas efficiet, vt ex eodem lib. Papiniani etiam huic §. coniungamus explicationem *l. verbum facere, de verb. ſignif. & l. ſeruus, de ſer. export.* Ac primum verba *l. verbum facere*, ſunt hæc: *Verbum facere omnem omnino faciendi cauſam complectitur, dandi, ſoluendi, numerandi, iudicandi, ambulandi.* Papinianus ſcribit de verbo *facere*, eo *ſignificari*, non tantum factum, ſed etiam ius, non tantum factum, veluti *iudicare, orare, ſcribere, ambulare, ædificare*, ſed etiam eo ſignificari dationem proprietatis, ſiue tranſlationem dominij, ſiue alienationem aut pignerationem, veluti ſoluere aut credere. credere etiam facere eſt, neque tamen ſoluit aut in creditum it, niſi qui ſuos nummos credit aut ſoluit, id eſt, qui dominium transfert. Ita hoc eodem lib. è contrario Papinianus idem ſcripſit de verbo *dari, l. 4. de vſur.* verbo *dari*, ſcilicet non tantum ſignificari effectum transferendi dominij, id eſt, alienationem, vt ſcilicet in illa formula, *ſi paret dari oportere*, §. *ſic itaque, Inſtit. de action.* & in ſtipulatione rem dari, *l. vbi autem non apparet* §. *vlt. de verbor. obligat.* Verum etiam eo verbo *dari*, ſignificari factum nudum, id eſt, traditionem nudam rei ſine effectu, id eſt, ſine tranſlatione iuris vllius, ſine tranſlatione dominij, vel conſtitutione hypothecæ, vt *l. qui heredi, & l. qui in facto, de cond. & demonſtr.* Atque ita dare non tantum eſt dominium transferre, ſed etiam facere tantum. Et hoc mox apparebit euidenter ex hoc § *vlt. & ex l. 6. de ſer. export.* in verbo *manumittere.* Quod non tantum ſignificat *ex ſeruo liberum facere*, vel *libertatem dare*, quod tamen ſolum videtur ſignificare, atque adeo videtur eſſe nomen iuris, nomen quo ſignificatur collatio iuris ſummi & inæſtimabilis, nempe libertatis, ſed etiam *manumittere* ſignificat, quaſi *liberare & manumittere ſine effectu vllo, non data libertate*, ita *manumittere*, eſt ſpe tantum *manumittere, aut verbo tenus*, non re ipſa, vt in *l. mulier* §. *pen. de condi. inſt.* Si quis ſit heres inſtitutus ſub conditione, *ſi ſeruum hereditarium manumiſerit*, quod eſt *ſi ante aditam hereditatem manumiſerit:* Nam aditione deſinit eſſe hereditarius, aditione fit heredis, & ſi is heres ita ſcriptus, nondum adita hereditate, ſeruum hereditarium manumiſerit, quamuis ea manumiſſio nullius ſit effectus, nullius momenti, quaſi facta à non domino, tamen veluti impleta conditione inſtitutionis, perueniet ad hereditatem, quia aliqua ſignificatione manumiſit, licet non manumiſerit: nec enim præſtitit effectum beneficij, ſed egit tantum actum manumittentis, fecit, non perfecit. Idemque eſt, ſi quis liberum hominem, quem bona fide poſſidet, exiſtimans eſſe ſuum ſeruum, manumiſerit, quia ea manumiſſio nullam rem, nullum effectum habet, nec ingenuitati quicquam officit, §. *vlt. Inſtit. de ingen. l. ſi quis* §. *vlt. de cap. & poſt.* Et tamen ſi liber homo

A quæ eſt ſpecies huius §. *vlt.* alij bona fide ſeruiens, Titio ſe emendum mandauerit & manumittendum, qui non poteſt manumitti cum effectu, cum iam ſit liber, hoc tamen cum ignoraret, mandauit ſe emi, ſi Titius eum ſuis nummis redemerit, poſtea patefacta conditione hominis, eoque ingenuo pronuntiato, non poteſt emptor agere in liberum hominem actione mandati contraria, videlicet pretij, quod de ſuis nummis dedit, recipiendi cauſa, niſi emptor ei cedat actiones, quas habet aduerſus venditorem euictionis nomine, quia is homo, qui venit, ſe euicit in libertatem, & liber pronuntiatus eſt, habet autem actionem ex ſtipulatione duplæ euictionis nomine, de qua actione eſt neceſſarium, vt intelligamus §. *vlt.* Iterum dico, vt rem explicatius proponam, habet actionem aduerſus venditorem ex ſtipulatione duplæ, cum eum hominem non manumiſit, hoc poni neB ceſſe eſt. Finge, inquit, liberam perſonam non manumiſiſſe emptorem: nam hoc ſi non fingis, non eſt locus huic ſententiæ. Cur ita? quia ſi eum manumiſerit, etiamſi manumittendo nihil egerit, ipſe tamen videtur eum hominem ſua voluntate perdidiſſe, priuſquam non proclamaret is homo, ſe ingenuum eſſe, atque ideo non aliter is homo ei videtur euictus, quam ſi emptor eum non manumiſerit, ſed ipſe ſe homo, qui vænijt liberali iudicio aſſeruit in libertatem, *l. ſi ſeruum, de euiction. & l. ſi hominem, de ædil. edic.* Neceſſe eſt, vt committatur ſtipulatio de euictione, rem euinci iudicio. non ſufficit, ſi euincatur alio modo, *l. non tantum, de euict. l. vtique, de rei vindic.* Et ob id ponimus, eum hominem in iudicio ſe vindicaſſe in libertatem, & ſeipſum euiciſſe emptori. Eſt autem neceſſario hic §. accipiendus de actione ex ſtipulatione duplæ, quæ ſolet interponi ob euictionem, C maxime vendito homine, alioquin valde pugnaret hic §. *vlt.* cum *l. 8. §. ſi liber homo, hoc tit.* quæ loquitur manifeſte, non de hac actione ex ſtipulatu, ſed de actione empti nominatim, quam quidem actionem empti, etiamſi emptor manumiſerit, ab eo vult cedi libero homini, aduerſus venditorem, quia ſcilicet, etiamſi is, qui manumiſit liberam perſonam, quique hoc quaſi quaſi facto eam perſonam perdidit, non teneatur actione ex ſtipulatu de dupla euictionis nomine, poſtea libera perſona in iudicio vindicata in libertatem, tamen habet actionem ex empto aduerſus venditorem, quod libertum non habeat, quem ex manumiſſione putabat ſe habiturum, *l. ſed hoc* D *nomine, de euict.* quæ ſequitur *d. l. ſi ſeruum.* Atque ita coniunctio vtriuſque legis, vt fieri alias oſtendi in caſibus innumeris, demonſtrat in propoſito quoque caſu eſſe inter has actiones conſtituendam differentiam, non eſſe ex ſtipulatu actionem euictionis nomine, & eſſe tamen ex empto: non eſſe in duplum, eſſe in ſimplum eius quod intereſt. Simile autem diſcrimen inter effectum beneficii, id eſt, libertatis, & actum ſolum manumittentis, idem Papinianus *eod. lib.* notauit in *l. 6. de ſeruis export.* quam totam breuiter explicabo.

Ad l. 6. de ſeru. export.

E *Si venditor ab emptore cauerit, ne ſerua manumitteretur, ne ne proſtituatur. & aliquo facto contra quam fuerat exceptum, euincatur, aut libera iudicetur, & ex ſtipulatu pœna petatur: doli exceptionem quidam obſtituram putant: Sabinus non obſtituram. Sed ratio faciet, vt iure non teneat ſtipulatio, ſi ne manumitteretur, exceptum eſt: nam incredibile eſt, de actu manumittentis, ac non potius de effectu beneficij cogitatum. Cæterum ſi ne proſtituatur, exceptum eſt, nulla ratio occurrit, cur pœna peti, & exigi non debeat, cum & ancillam contumelia adfecerit, & venditoris affectionem forte, ſimul & verecundiam læſerit: etenim alias, remota quoque ſtipulatione, placuit ex vendito eſſe actionem.*

1. §. *Si quid emptor, contra quam lege venditionis cantum eſt, feciſſet, aut non feciſſet, nobis aliquando placebat,*

non alias ex vendito propter pœnam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniæ ratione venditoris interesset, veluti quia pœnam promisisset: Cæterum viro bono non conuenire credere, venditoris interesse, quod animos sæuientis satisfactũ non fuisset. Sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui vtiliter agi arbitratus est quoniam hoc minoris homo venisse videatur.

IN hac specie, vendidi ancillam ea lege, ne manumitteretur, vel ne prostitueretur, & si fieret contra legem venditionis, vt ius mihi esset manus iniiciendi, id est, ius euincendæ & deducendæ ancillæ quasi meæ: vel caui, vt libera esset. Ac præterea, si quid fieret contra legem venditionis, certam pænam pecuniariam stipulatus sum. Nunc si quid emptor faciat contra legem venditionis, proculdubio manus iniectio erit, vel libera fiet ipso iure. si manumittat, erit manus iniectio, non autem fiet libera: quia hoc venditor noluit, si prostituatur, prout conuenit, vel manus iniectio erit, vel libera fiet ipso iure, *l. 2. Cod. si mancip. ita*. Et hoc est extra omnem controuersiam. Sed quæritur, an etiam venditori, vbi emptor facit contra legem venditionis, sit pœnæ persecutio in stipulationem deductæ, an sit ei actio ex stipulatione pœnali efficax? Et quidam dicebant non esse ex stipulatione pœnali actionem, agenti obstare exceptionem doli mali. tamen alius dicebat esse vtilem, & efficacem. Papin. peritissime distinguit, & componit rem, & quod ad primam conuentionem attinet, ne manumittatur, scribit, stipulationem pœnalem ipso iure non valere, & manumissa ancilla non committi pœnam, quia ea manumissio nullius est momenti, id est, non confert libertatem ancillæ, quia lex venditionis, ne manumittatur inhibet libertatem: manumittat emptor quando volet, vel manumittant sequentes emptores; hæret semper hæc conditio ancillæ, ne manumittatur, & dicitur hæc lex non tam emptori, quam ancillæ, *l. seruus hac lege, de manumiss. l. 3. §. is quoque, ad Syllan.* & in ea conuentione, ne manumittatur, de beneficio libertatis & effectu videtur cogitari, non de actu solo manumittentis siue effectu, & cum inanis sit manumissio emptoris, non igitur committi stipulationem pœnalem, quia manumissus, non est manumissus, nec videtur effectu impleuisse emptor legem venditionis, quem effectum conuenit spectari magis, quã actũ nudum & inanem. Et ita omnino definitur in *l. pen. C. si mancipiũ ita ven.* Quod autem ad alteram conuentionem attinet, ne prostitueretur, si prostituta sit ab emptore, Papinianus scribit, committi stipulationem pœnalem, ancillam abduci, vel liberam fieri prout conuenerit, ac præterea pœnam peti & exigi ab emptore, qui contra legem fecit, quia scilicet, vt eleganter ait Papinian. ancillam contumelia affecit, & venditoris affectionem læsit honestissimam, simul ac verecundiam & pudorem, & vt etiam subiicit, quamuis non esset interposita ea stipulatio pœnalis, ratione affectionis piæ & sanctæ, agi posset ex vendito in id, quod interest, quod emptor contra affectionem venditionis fecerit: Nam in bonæ fidei iudiciis, vt in *l. cum seruus* diximus, ratione affectionis interesse credendum est, etiamsi nihil intersit pecuniarie, & bono viro, qui est arbiter bonæ fidei, conuenire, vt credat, venditoris interesse, vel quod piæ & sanctæ affectioni eius satisfactum non sit. Ergo quod ad alteram conuentionem attinet, si ei non obtemperauit emptor, committetur stipulatio pœnalis, quia & omissa stipulatione eo nomine, solius affectus ratione liceret agere ex vendito. Sed inde quærit, & nihil intactum relinquit, an etiam solus vindictæ nomine, id est, prauæ & iniquæ affectionis ratione, venditoris interesse credendum sit? Quæ ante dicta sunt, sunt de affectione pia & benigna. Finge: vendidi seruum, quem oculi mei ferre non possunt, atque ideo in vendendo caui, vt longe exportaretur, ne esset in Gallia, vbi vendebatur, caui vt exportaretur, & non exportatur, an agam ex vendito, quia animo sæuientis satisfactum non sit? Si interposita esset stipulatio pœnalis eo nomine, puta hoc modo, *si non exportaueris, tot dari*, etiamsi nihil omnino interesset pecuniariter, posset agi ex stipulatu: Nam vt lib. 10. ostendi, nullus contractus, nulla lex contractus est pœnalis, quoniam omnes pertinent ad rem familiarem; sola stipulatio potest esse pœnalis & mera pœnalis, etiamsi nihil intersit pecuniariter. ergo ex stipulatu quidem posset agi vindictæ solius nomine, & peti pœna in stipulationem deducta. quærebatur, an possit agi ex vendito eo etiam nomine, sicut agi ex vendito bonæ affectionis ratione, vt si fuerit lex hæc contractus, si exportaretur, agam ex vendito, sed si hæc fuerit, vt exportetur, quæ est seuera lex & dura, & indignatio potius, & non exportaretur, an erit actio ex vendito? Papinianus refert in hac *l. 6.* se alias existimasse, non esse actionem ex vendito solius vindictæ ratione, quod animo sæuientis satisfactum non sit, honestę tantum affectionis nomine credendum esse, non vltionis, non vindictæ. Et vero ita Papinianus scripserat libro 10. *quæstion.* & ob id est subiecta *l. 7.* ex illo libro 10. quæ hanc, quæ fuit prima, sententiam Papiniani exponit, vt non sit actio ex vendito vindictæ nomine, si nihil præterea intersit. In collocandis legibus Papin. & cæterorum, quoties vna serie collocantur plures eiusdem auctoris, semper solet obseruari ordo librorum. Hic ordo cur hic non seruatur. *l. 6.* est ex *libro 27. l. 7.* ex 10. Sed inde apparet de industria Tribonianũ subiecisse huic *l. 6.* eam legem Papiniani, quod anteriori lib. Papin. scripserat, non esse actionem ex vendito, quod recantauit, mutauit hoc lib. Nec est quærenda ratio conciliandarum harum legum, cum ipse fateatur se reuocasse sententiam inuitatum Sabini sententia: dicit enim, *in contrarium me vocat Sabini sententia, qui vtiliter agi ideo arbitratus est*, &c. Quia cum venditor addit hanc legem, vt exportetur, semper videtur venditionis interesse, vt impleatur lex, & interesse pecuniariter, quia in partem pretij ex ea lex venditionis cedere intelligitur, id est, eo viliore pretio videtur vendidisse, vt is seruus ablegaretur, asportaretur, nec vnquam veniret in suum conspectum. Igitur cum eius interest, recte putauit Papinianus, potius Sabini sententiam esse sequendam, quam suam primam. secundæ sententiæ sunt meliores. hæc ingenuitas Papiniani mihi valde placet, & debet omnibus esse documento. Ego memini me hæc fusius ad *l. 7. hoc tit.* explicasse, ideo longior non fui.

Ad l. 8. de seru. export.

Quæsitum est si quis proprium seruum vendidisset, & vt manumitteretur intra certum tempus præcepisset, ac postea mutasset voluntatem, & emptor nihilominus manumisisset: an aliquam eo nomine actionem haberet? dixi ex vendito actionem, manumisso seruo, vel mutata venditoris voluntate, euanuisse.

INtelleximus heri ex vlt. quæstione *l. 6.* quæ eadem est *legis 7.* non tantum pecuniæ ratione, sed etiam affectionis ratione honesta & humana, vel amica venditori, dari actionem ex vendito, vel actionem mandati, vel aliam quamcunque bonę fidei, vt dictum est *l. cum seruus, mand.* vel etiam dari ex stipulatu, non pecuniæ tantum, sed etiam affectionis ratione. Vindictę autem solius ratione, vel affectionis acerbæ & prauę, aut inhumanæ, dari quidem actionem ex stipulatu, non etiam ex vendito, vel aliam quamcunque bonæ fidei actionem, nisi alias actoris intersit pecuniariter: igitur in actione ex stipulatu haberi rationem cuiuscumque affectionis etiam malæ & odiosæ: in actione bonæ fidei tantum probæ & honestæ rationem haberi, actionem bonæ fidei duritiem non admittere, quam admittunt catenæ, vt

dicunt, stipulationum, *l.* 7. vt si seruum vendidi ea lege, vt exportetur peregre in longinquam prouinciam, nec exportetur, eo nomine agere possum ex vendito, si mea intersit pecuniæ ratione, vt quia scilicet eum seruum emi eadem lege, & stipulanti venditori promisi certam pœnam, si non exportaretur: sed si ita non intersit mea, Papinian. primum dicebat, solius vindictæ ratione non posse agi ex vendito. Sed postea mutata sententia deprehendit, verissimum quidem esse solius vindictæ ratione non posse agi actione bonæ fidei, sed in casu proposito non solius vindictæ rationem versari, sed etiam pecuniæ, quia hoc minoris videtur vendidisse seruum, vt exportaretur, nec moraretur eo loci, quo vænebat. Atque ita non tam venditi, quam pecuniæ ratione, ex lege venditionis, etiamsi solam duritiem videatur continere, dari actionem ex vendito, quæ summa superioris B quæstionis, vel potius elucidatio plenior est valde notanda, & ex ea facile perueniemus ad alteram quæstionem, quæ ex eodem libro proponitur in *l.* 8. *hoc tit.* Finge: vendidi tibi seruum ea lege, vt eum intra certum tempus manumitteres: si non manumiseris, finito tempore, certum est seruum liberum fieri ipso iure ex constitutione Marci & Commodi ad Aufidium, cuius sæpe fit mentio in iure. hæc constitutio repræsentat libertatem, quam emptor non detulit intra tempus, adeo vt non committatur stipulatio pœnalis huic legi venditionis subiecta, quia constitutio implet legem sine facto emptoris, *l. vlt. C. si mancip. ita.* Sed huic constitutioni ita demum locus est, si intra illud tempus intra quod dictum est, vt emptor seruum manumitteret, venditor non mutauerit voluntatem: nam si ante diem præscriptum legis C dictæ pœnituerit, cessat beneficium constitutionis *l.* 1. *& l. vlt. C. eod. l.* 3. *hoc titul.* Hoc cognito rursus finge eodem modo: vendidi tibi seruum ea lege, vt intra certum tempus manumitteres, deinde intra illud tempus mutaui volũtatem, & vetui ne manumitteretur ex interuallo longe post perfectam venditionem, & tu nihilominus manumisisti. Quæritur, *an mihi tenearis actione ex vendito, quod contra posteriorem voluntatẽ meam manumiseris seruum.* quia quæritur de actione ex vendito, ex eo apparet manumissionem illam effectum habere: alioquin constaret non esse actionem venditi, si nihil egisset: sed quia manumissio effectum habet, quia seruus perductus est ad libertatem ab emptore, ideo quæritur, an ob id emptor venditori teneatur actione venditi, quod contra suam nouissimam voluntatem seruum perduxerit ad li- D bertatem: manumissio illa effectum habet, ita est. Et non obstat primum *l.* 6. *h. t.* quam modo exposui: Nam ita distinguendum: Aut initio venditionis seruus prohibitus est manumitti, id est, venditus est ea lege, ne manumitteretur, & manumissio nihil agit *d. l.* 6. Aut initio venditor non prohibuit seruum manumitti, quinimo, præcepit manummitti intra certum tempus, & manumissio effectum habet, licet ante manumissionem venditor mutauerit voluntatem. Rursus nihil obstat *l.* 3. *h. t.* Nam distinguenda est etiam libertas, quę competit ipso iure ex constitutione Marci & Commodi, à libertate, quæ non competit beneficio emptoris: Nam post pœnitentiam venditoris non competit libertas ex con- E stitutione ipso iure, *d. l.* 3. beneficio emptoris competit etiam inuito venditore, qui post venditionem perfectam non potest emptori nouam legem dicere. In specie igitur proposita manumissio effectum habet, & ob id quæritur, *an emptor teneatur actione empti, qui manumisit?* Et respondet Papinian. ex vendito actionem manumisso seruo, vel mutata venditoris voluntate, id est, etiam post pœnitentiam venditoris euanuisse. Ergo ex posteriori voluntate venditoris, quæ fuit ne manumitteretur seruus, libertatis, quam ante dederat emptor, vel libertatis datę, vel dandę ab emptore indignatio, quia solam duritiem continet, non parit venditori actionem ex vendito. Et generaliter nunquam solius vindictæ, aut ueritatis ratione est actio ex vendito, vel quę alia bonæ fidei. Sed neque ratione pecuniæ in hac specie dici potest esse actionem venditi, quasi venditoris intersit, quia hoc ipso seruum minoris vendiderit, in *l.* 6. cum initio venditionis non hæc dura lex sit apposita venditioni, sed contraria, vt manumitteretur. Est igitur plane verum manumissione euanuisse actionem venditi, etiamsi facta fuerit post pœnitentiam venditoris. Et hoc est quod ait, in *l.* 6.

Ad l. 8. de præscr. verb.

Si dominus seruum, cum furto argueretur, quæstionis habendæ causa æstimatum dedisset, neque de eo compertum fuisset, & is non redderetur, eo nomine ciuiliter agi posse, licet aliquo casu seruum retenturus esset, qui traditu accepisset, tunc enim & datam æstimationem reddi à domino oportere. Sed quæsitum est, qua actione pecunia, si eam dominus elegisset, peti posset? dixi, tametsi quod inter eos ageretur, verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset: si tamen lex contractus nõ lateret, præscriptis verbis incerti & hic agi posse, nec videri nudum pactum interuenisse, quotiens certa lege dari probaretur.

Actio præscriptis verbis datur ex contractibus, qui nomine vacant, qui nomen non habent proprium, & sic appellata est, quod concipiatur secundum id, quod contrahentes habuere præscriptum & conuentum. & dicitur etiam in factum, quia proprium nomen non habet, atque adeo dicitur tantum formari & concipi ex narratione facti. actio præscriptis verbis, est narratio facti, nec habet aliam appellationem propriam, & dicitur etiam ciuilis actio, quia datur ex negotiis, siue contractibus, qui ciuiles cõtractus imitantur, vt *do* vt *des*, imitatur emptionem venditionem: *do* vt *facias*, locationem & cõductionem: *facio vt facias.* imitatur mandatum. *facio vt des*, quia non imitatur ciuile negotium; ex eo articulo etiam non datur actio præscriptis verbis, & cur non imitetur non est hic locus demonstrare. Igitur actio præscriptis verbis dicitur etiam incerti, quia intenditur in id quod interest, cuius æstimatio est arbitraria, in id sc. quod interest dari aut fieri id de quo conuenit. Nunc finge: seruus meus in suspicionem furti venit, & arguitur tibi furtum fecisse, ego eum tibi do, vt torqueas, vt quęstionem de eo habeas. vno loco in hac *l.* 8. ait, *do*, altero, *trado.* Igitur & hoc verbum *dare*, potest facere ambiguitatem, dederim ego cum effectu, an tradiderim tantum. hoc verbo significatur vel effectus, *l.* 4. *de vsur.* dare, vel efficere est vel facere. Et vero seruus alienus, quem arguit furti, solebat facile in quæstionem dari, sed dabatur æstimatus, stipulatione interposita de eo reddendo, vel æstimatione eius, *l. certo, inf. de quæst.* At finge, me tibi dedisse seruum meum in quęstionem, nec eam stipulationem interposuisse, sed seruum æstimasse ac dedisse in quęstionem ea lege, *vt eum mihi redderes, vel æstimationem eius, vtrum ego mallem, vtrum eligerem.* hęc est species, ex qua quęritur, qua actione ego possum petere æstimationẽ serui, seu pecuniam, vt elegerit, quod est obseruandum. Non quærit hac actione an possim repetere seruum, sed de pecunia tantum quærit, qua actione peti possit. Et distinguit hoc modo: aut is seruus habita de eo quæstione, furti compertus est, aut non. si furti compertus est, nec ipse peti potest, nec æstimatio eius. Imo vero vt ait Papin. si æstimatio eius fuerit prorogata, si fuerit data in antecessum, *si elle est donnée deuant la main*, & inueniatur nocens, æstimatio condictione sine causa repetetur, quia non fuit causa prorogandæ eius, *l.* 1. *de condict. sine causa.* Nam id tacite videtur actum, ne serui nocentis nomine, dominus quicquam consequeretur. Ipse autem seruus extra ordinem coercebitur à præside vel à præfecto vigilum in vrbe, vt *l. penult. de condict. causa dat. sup. l. interdum*, §. *qui furem de furt.* Et hoc si furti fuerit compertus, sed si furti com-

pertus non fuerit, domino reddetur seruus condictione A sine causa, si seruum fecit acipientis. Nam condictio domino rei suæ non datur. Ergo vt repetatur condictione sine causa, necesse est, vt seruum datum in quæstionem dederit cum effectu, id est, fecerit accipientis. Atque ita postea in eo furto non comperto, eum quasi non suum condicet condictione sine causa, videlicet si seruum elegerit, si non fecit seruum accipientis, sed tradidit tantum torquendum, vindicabit seruum, vel aget actione ad exhibendum · sed si malit pecuniam, qua actione pecuniam petet? Et ait, competere actionem præscriptis verbis ad consequendam pecuniam, veluti pro eo quod interest: nec enim æstimari hic potest quod interest eum reddi vel æstimationem eius. Et esse actionem præscri- B ptis verbis indistincte dico. siue dederit initio seruum cum effectu, siue tradiderit tantum, electa pecunia dedisse videtur. Erit igitur actio præscriptis verbis, quasi ex negotio, *do vt des*: *do seruum vt des pecuniam*. Dices, cur non erit actio ex vendito? quoniam pro seruo pretium peto, quia non intelligitur contracta venditio: Imo, inquies, quia æstimatio venditio est. Respondeo, æstimatio venditio est, & quidem vera, si de æstimatione tantum redenda conuenerit, non de alterutro, vt hic conuenit, vel seruum reddi, vel pretium, quod abhorret à conditione & natura emptionis venditionis, *l. plerumque, de iur. dot.* Non erit etiam actio ex stipulatu, quia, vt initio posuimus, non intercessit stipulatio, non intercessit conclusio contractus: solet stipulatio concludere omnes contractus, quo verbo vtitur hic Papinian. & soleo semper adducere hanc l. vt ostendam, stipulationem esse vinculum, formulam conuentionum, & omnium contractuum conclusionem, *l. iurisg. §. quod fere, de pact.* in nouissima parte conuentionum scribi stipulationem, stipulationem inuentam esse obligationum firmandarum causa. Sed in hac specie omissa fuit stipulatio, ergo non erit actio ex stipulatu. denique quia desunt aliæ actiones, decurrendum est ad actionem præscriptis verbis, quæ est subsidiaria, quæ vtique datur hoc casu, quasi ex ciuili negotio, seu contractu. Est etiam contractus seu *συνάλλαγμα*; *do tibi seruum, vt vel eum mihi reddas vel æstimationem eius, tot nummos vtrum malim: est*, inquã, contractus, non pactum. Nam si esset pactum, ex eo daretur actio præscriptis verbis. Hæc actio datur ex contractibus, non ex pactis. Cur non est pactum? quia interuenit datio serui. pactum est conuentio, quæ nomine vacat, & quæ ex datione vel facto non sumpsit effectum. Et viderimus nunc, quid sit dicendum, si seruus ea lege in quæstionem extero datus sit, vt ipse seruus reddatur, si innoxius compertus fuerit, & nihil actum sit de æsti- D matione, quod non tractat quidem Papinianus, sed à me non debuit prætermitti. Ideo dicemus hic quoque esse condictionem sine causa, adhibita eadem distinctione, si seruus factus sit accipientis, vel si non sit factus accipientis, esse vindicationem aut exhibitoriam actionem, vel esse præscriptis verbis in id quod interest seruum reddi, quasi negotio ita gesto, *do vt reddas*. dico esse condictionem sine causa, si ipsum seruum velim vt reddas omnino, id quod interest nolim. An non potest etiam esse condictio ob causam dati causa non secuta? Minime. quia causa secuta est, datus est in quæstionem, & quæstio secuta est. Altera est actio legis *pen. sup. de condict. causa data.* Quia alia est species, quæ examinanda E est breuiter. Ego seruum meum, qui arguebatur furti, dedi extero in quæstionem, in tormenta, nec tortus est seruus, sed quasi in facinore deprehensus. non dicit in furto. Quæ obseruatio est Græcorum, & placet, sed in facinore aliquo ingenti deprehensus: igitur in facinore deprehensus ab extero, cui torquendum dederam, perductus est ad præfectum vigilum, & affectus vltimo supplicio. qua actione seruum repetam: nam æquum est mihi restitui. distingue: aut eum feci accipientis, & eum repeto condictione ob causam causa non secuta: dederam enim ob quæstionem, & quæstio non est sequuta. Si non feci accipientis, vindicabo seruum, vel agam ad exhibendum: imo etiam agam furti aduersus exterum, quia sciens aut scire debens, me nolle abuti seruo in aliam rem, quam in quæstionem, non debuit eo vti inuito me. *sciens*, inquit, *aut scire debens*, adijciunt Græci recte. dixi alias, semper in iure hæc esse paria scire, aut scire debere, *l. 1. §. causa, de ædilit. edic. l. Iulianus §. quod autem, de action. emp. l. si duo, de acquir. hered. l. pen. ad Macedon. l. si Titius 48. de fideiuss. l. qui fundum §. seruus, pro empt.* Alia igitur est species *d. l. pen.* per hoc etiam ex ea aliæ sunt actiones.

Ad l. 4. de vsur.

Si stipulatus sis rem dari, vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos, actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba, consequturum te, ratio suadet. An idem de partu ancillæ responderi possit, considerandum est: nam quod ad verba superiora pertinet: siue factum rei promittendi, siue effectum per traditionem dominij transferendi continet, partus non continetur. Verum si emptor à venditore nouandi animo ita stipulatus est, factum tradendi stipulatus intelligitur: quia non est verisimile, plus venditorem promisisse, quam iudicio empti præstare compelleretur: sed tamen propter illa verba; vacuamque possessionem tradi, potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione. Etenim ancilla tradita, partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisse. §. 1. ¶ *Si post contractam* C *emptionem, ante interpositam stipulationem partus editus, aut aliquid per seruum venditori adquisitum est, quod ex stipulatu consequi non poterit, iudicio empti consequitur. Id enim quod non transfertur in causam nouationis, iure pristino peti potest.*

HAc lege initio huius libr. 27. vsus sum sæpius, vt ostenderem, *dandi* verbo, modo factum significari tradendę possessionis, modo effectum proprietatis. Sciendũ est, eum qui vendit, necesse non habere rem facere emptoris, & liberari iudicio empti, si vacuam possessionem tradat & liberam, & se obliget ob euictionem, & se purget dolo malo, neque enim liberatur, si sciens dolo malo rem alienam vendidit, *l. 1. de rer. permut.* vel si quicquam in eo contractu dolo malo admiserit, *d. l. 1. l. 25. de contrah. emp. & l. si duo 13. §. si quis, de iureiur. l. ex empto, l. Iulianus 13. §. Titius. l. seruus quem 30 §. vlt. de act. empt.* Atque ita nõ similiter obligatur venditor vt emptor: emptor enim cogitur nummos facere accipientis venditoris. Item sciendum, eum, qui stipulatur rem dari, plerumque dominium stipulari, id est, rem suam fieri. id dari dicitur, quod habendum traditur alteri. habere est possidere iure dominij: vel dicamus apertius, id dari dicitur, cuius dominium transfertur in accipientem, & frequens est significatio hæc. Qui autem stipulatur rem tradi, possessionem, non proprietatem significat, *l. 28. de verbor. oblig.* Inde fit, vt inutiliter stipuler, *rem meam mihi dari*, quia dominus sum, vtiliter stipuler, *rem meam mihi tradi*; cuius possessor non sum: pro eo igitur cui adaptatur, vel rei dominium significat, vel possessionem. Et stipulatio quidem illa *rem dari*, est certa stipulatio, quia res certa venit, id est, proprietas certa: & ex ea competit certi condictio, stipulatio autem *rem tradi* est incerta, quia possessio incerta res est, cum sit incorporalis, & ex ea stipulatione competit actio ex stipulatu, quæ proprie de re incerta est, quæ in stipulationem venit, *l. vbi autem §. qui id & §. vlt. de verb. oblig* Hæc sunt vera, vt plurimum. Sed vt in *l. cum seruus, mand.* diximus, his verbis, *dari & tradi*, promiscue vtimur plerunque secundum mentem proferentis: nec tam ea spectanda sunt, quam mens eorum qui ijs vtuntur. & sane si emptor à venditore stipuletur rem

rem tradi, quod fit nouandi animo plerunque, obligationis ſcilicet empti in ſtipulationem transferendæ cauſa, vt quod homines prudentes malunt, debeatur nobis ſtricto iudicio, non bonæ fidei: prudens homo mauult ſibi deberi ex ſtipulatione quam ex vendito, iudicio ſtricto, quam leni. Et ita igitur, ſi nouandi animo emptor à venditore, vt fit, rem dari ſtipuletur, factum tantum tradendi ſtipulari intelligitur, quia non eſt veriſimile plus venditorem promittere ſtipulanti emptori, quam iudicio empti præſtare compelleretur. Iudicio autem empti compelleretur tantum tradere vacuam poſſeſſionem. ergo ex natura contractus, qui nouatur & transfunditur in ſtipulationem, rem dari ſic interpretabimur, non dari proprietatem, ſed poſſeſſionem tradi. Neque obſtat *d.l.vbi autem §.vlt.* quæ ait, hanc ſtipulationem, *fundum dari*, eſſe certi ſtipulationem, & ex ea dari certi condictionem, non ex ſtipulatu, nimirum, quod omnino contineat, vt dominium transferatur quoquo modo, & quidem plenum dominium, *l. Nerat. de condict. ind. l. vlt. §. vlt. mand.* Quod intelligendum eſt de ſtipulatione, quæ ex alia cauſa interponitur, non ex cauſa emptionis, quæ nouat conditionem emptionis: hæc enim ſequitur naturam emptionis, & fere ſtipulatio ſequitur naturam contractus, cui applicita eſt. Nouatione tollitur obligatio: ſed & poſt nouationem, non eſt in totum falſum, ſi quis dicat ex priore cauſa deberi, licet ſit ſublata nouatione. quod confirmat *l. cum filius §. heres, de leg. 2.* Vnde conſtat, nouationem non prorſus extinguere priorem cauſam, manere enim effectum prioris cauſæ, naturam conſtantem, conditionemque, licet & hoc tantum intereſſet, quod in iudicio de ſtipulatione non ſit latiſſima poteſtas iudicis, qualis eſt in iudicio empti aut venditi. Imo vt ait *l. 3. §. 1. de act. emp.* non plus debet eſſe in ſtipulatione, quæ nouat cauſam emptionis, quam in iudicio empti aut venditi: minus poteſt eſſe: quia hoc non videtur egiſſe emptor, vt ſtipulatio augeret contractum. ſtipulatio quæ ſubiicitur actioni venditi, vel quæ eam nouat, ſi ſubiiciatur, eſt ſtipulatio duplæ: ſtipulatio autem duplæ eſt prætoria: ſolemnem autem formam prætoriarum ſtipulationum contrahentes immutare non poſſunt, *l. in conuentionalib. de verb. obl.* Ergo non poſſunt efficere, vt plus veniat in ſtipulationem duplæ, quam in formula comprehendatur, nihil autem comprehenditur de proprietate transferenda. Eadem interpretatio fiet, ſi emptor rem dari ſtipuletur, vacuamque poſſeſſionem tradi: nec enim priorem partem ſtipulationis, rem dari ſcilicet, accipiemus de proprietate, poſteriorē de poſſeſſione, ſed vtramque accipiemus de poſſeſſione, quæ emptioni naturaliter ineſt, vt poſſeſſio tantum rei venditæ tradatur. Dices, ſuperuacua eſt igitur illa inferior adiectio, *vacuamque poſſeſſionem tradi*, ſi idem ea cauetur, quod ſuperiori; ſi ſit περισσολογία, ſi idem bis dictum ſit, vt ſit loquendo ſæpe, cum non ſatis habemus dixiſſe ſemel, niſi aliis verbis rei exprimendæ cauſa magis dicamus. imo aliquando plenior eſt ea additio, & inferior pars ſtipulationis. atque ita differentia eſt inter ſuperiorem partem *rem dari*, & inferiorem, *vacuam poſſeſſionem tradi.* vtraque quidem eſt de poſſeſſione, nec licet aliter interpretari in cauſa euictionis venditionis, ſed inferior illa clauſula continet etiam fructus poſtea perceptos, vt non tantum poſſeſſio rei tradatur, ſed & fructus, qui poſtea percepti ſunt à venditore. continet etiam partus poſtea editos. At ſuperior illa clauſula, *rem dari*, non continet fructus poſtea perceptos, aut partus poſtea editos. hæc igitur eſt vberior, & ideo non eſt ſuperuacua, cum adiiciat priori quod non inerat. Et hæc eſt ſententia Papin. *hac l.* propter inferiora verba, *vacuam poſſeſſionem tradi*, fructus poſtea captos ex re vendita venire in actione incerti, actione incerti ex ſtipulatu, quam vocat incerti actionem, non quidem, vt Accurſius voluit, quod fructus in ſtipulationem veniant, quorum perceptio & quantitas erat incerta tempore ſtipulationis, ſed magis quia & remota ratione fructuum poſtea captorum ſiue capiendorum, ſtipulatio concipitur in faciendo, id eſt, in tradenda poſſeſſione, & poſſeſſio eſt res incerta, cum ſit incorporalis, & incorporalia ſunt incerta, nec certum dici poteſt niſi corpore præditum ſit. facta omnia futura ſunt incerta, cum non ſint, niſi cum fuerint, vel poſtea facta ſint. Addit Papinianus, *in hanc ſtipulationem incerti venire partus poſtea editos.* Cur his verbis vacuam poſſeſſionem tradi etiam fructus & partus intelligentur tacite? quia ſcilicet *vacui* appellatio facit, vt ex cauſa rei venditæ præſtetur, *l. in conuentionalibus §. vlt. de verb. oblig.* Si quis ſtipuletur, vacuam poſſeſſionem tradi, effectum quidem dominij transferendi non ſtipulatur quod eſt certum, ſed nudum factum, & aliud eſt factum, aliud nudum factum. Qui ſtipulatur rem tradi, nudum factum ſtipulatur. qui ſtipulatur vacuam poſſeſſionem tradi, non ſtipulatur nudum factum, ſed vt ait *d. §. vlt.* ſtipulatur rei cauſam. quid eſt cauſa rei? cauſa rei non eſt dominium, non proprietas, ſed omne id quod habiturus eſſet ſtipulator, ſi ei res tradita fuiſſet. porro habiturus eſſet fructus & partus. ergo veniunt in ſtipulationem. Denique pleniora ſunt inferiora verba, *vacuam poſſeſſionem tradi*, quia, vt non male Græci notant, *vacui* appellatio facit, vt ab eo tempore, quo ita quis ſtipulatus eſt rem, vacaſſe poſſeſſionem etiam ipſius venditoris quodammodo videatur. Et ideo fructus interim percepti emptorem potius ſequuntur, quam venditorem, qui debuit omnem cauſam præſtare. Superiora verba, *rem dari*, ſola, quoquo modo accipiantur, ſiue pro facto tradendi, ſiue pro effectu dominij transferendi accipiantur, quamuis hoc loco accipiantur, magis pro facto, tradendi ſtipulatione relata ad cauſam emptionis, venditionis, naturam poteſtatemque, ait non continere fructus poſtea captos, & addo, non venire etiam in eam ſtipulationem fructus poſtea captos, niſi poſt litem conteſtatam, *l. ſi filiusfam. §. vlt. de verb. oblig. l. videamus §. ſi actionem, hoc tit.* Hæc eſt ſententia Papiniani, ex qua apparet breuiter plus contineri ſtipulatione, *vacuam poſſeſſionem tradi*, quam, *rem dari*, ſi ſcilicet interponatur ex cauſa emptionis venditionis. Obſtat valde huic differentiæ quam adducit, aut potius quam ait timide, poſſe introduci, *l. 3. §. 1. de action. empt.* Ex qua efficitur, in ſtipulatione *vacuam poſſeſſionem tradi*, non venire fructus, quæ ſcilicet interponitur ex cauſa emptionis, venditionis. Et vtitur hac ratione Pomponius: qui ſtipulatur rem dari, nihil aliud ſtipulatur, inquit, quam vacuam poſſeſſionem tradi ex cauſa emptionis & venditionis. Et ſi adiicias, *vacuamque poſſeſſionem tradi*, poſteriora verba adiicies ex abundanti, vt plerunque in ſtipulationibus abundant multa. Et inde illud frequens dictum, quæ abundant in conuentionibus vel teſtamentis, nihil nocere, imo prodeſſe magis. At ſtipulatione *rem dari*, non continetur fructuum præſtatio. ergo nec ſtipulatione vacuam poſſeſſionem tradi. Et adiicit aliam rationem: non debet etiam plus ineſſe ſtipulationi duplæ, ſcilicet interpoſitæ ex cauſa emptionis, quia prætoria eſt, & in eius formula non fuiſſet omiſſa mentio fructuum. Solemnis formula prætoriæ ſtipulationis, non poteſt immutari à contrahentibus. Quid igitur, an non conſequetur emptor fructus poſtea captos? Imo vero, ſed non ex hac ſtipulatione vel *rem dari*, vel *vacuam poſſeſſionem tradi*, vel ex vtraque iuncta: Nam quod ex ſingulis non fit, nec fit ex coniunctis. Sed conſequetur fructus actione ex empto, quæ ſupererit. Multum laborant in concilianda illa lege cum hac *l. 4.* Doctores, nec quicquam afferunt probabile, & quod poſſit quibuſdam videri probabile, eſt falſiſſimum & captioſiſſimum. Aliæ rationes componendi diſſidij ſua ſponte ruunt. Sed hæc quod poſſit quibuſdam imponere, eiuſmodi eſt. In *l. 3. §. 1.* per ſtipula-

tionem non fit nouatio actionis ex empto & ideo manet actio ex empto, ad fructuum præstationem, quod tamen non venit in stipulationem, in actionem ex stipulatu. in hac l.4. stipulatio fuit interposita nouandi animo. Nouatione igitur transfunditur in stipulationem quodcunque actione ex empto peti potuit. Atqui peti potuere fructus postea capti, ergo non mirum, si in hanc speciem, per quam nouata est causa empti venditi, veniant fructus postea capti. Hoc est valde captiosum: quia scilicet hæc ipsa *l.* 4. ostendit, quod si nouandi causa stipuler rem dari, non veniunt fructus, qui tamen veniebãt in actione ex empto, minus contineri hac stipulatione, quam actione empti, & venire tantum fructus in alteram stipulationem, *vacuam possessionem tradi*. Ac præterea, qui hoc renuntiant nobis, in *l.* 3. §. 1. stipulationem non nouasse causam empti venditi? Imo verum est, potius nouasse, nouandi causa intercessisse, quia hoc plerumque fit. Hoc agit maxime emptor, in cuius rem est deberi sibi ex stipulatione potius. nouationem interuenisse etiam lex indicat, dum ait, *ex empto superesse actionem ad fructuum postea captorum præstationem*, quasi velit nõ superesse actionem ex empto ad cætera, quod sit nouata, secundum id quod est in fine huius legis 4. *Id quod non transfertur in causam nouationis*, id est, si id sit reliquum, quod non venerat in nouationem, iure pristino peti, id est, ius pristinum superesse. nescio rationem probabiliorem componendi dissidij, nisi eam, quam Græci quidam tradunt, admiseris, vt loquatur hæc *l.* 4. de act. incerti. fructus peti posse condictione incerti ex stipulatu, si fuerit concepta stipulatio hoc modo: *vacuam possessionem tradi*: illam *l.* 3. esse intelligendam de condictione certi, vt condictio certi definiatur stipulatio ex condictione fortiter defendet, qui velit. Nam in iure possum multis exemplis ostendere, ita conciliari multos locos. Vulgo dicitur, nemo potest rem suam condicere. hoc verum est, condictione certi, nam condictione incerti quilibet potest rem suam condicere, si emptor à venditore stipulatus sit nouandi animo. in stipulationem ita conceptam, *vacuam possessionem tradi*, ex Papin. sententia fructus postea capti & partus veniunt; in stipulationem ita conceptam, *rem dari*, non veniunt: sed quod ex ea stipulatione emptor consequi non potest, iudicio empti consequitur, *l.* 3. §. 1. *de act. emp.* quia quod non transfertur in causam nouationis, pristino iure peti potest. quod non continetur stipulatione nouandi causa interposita, quod non continetur stipulatione noua, iure veteri peti potest iure pristino. Et ita in §. *vlt. huius l.* 4. cum constaret inter omnes, in hanc vel illam stipulationem *rem dari*, aut, *vacuam possessionem tradi*, non venire fructus, vel partus editos post emptionem perfectam, ante interpositam stipulationem, de quibus fructibus nondum egimus, sed tantum de his, qui obueniunt post stipulationem. Ergo superiora verba huius *l.* sunt de fructibus captis post stipulationem nouandi causa interpositam: hos venire in vnam stipulationem, in alteram non venire. §. *vlt.* est de fructibus perceptis ante stipulationem. hos constabat non venire in stipulationem postea interpositam nouandi causa, nec partus aut fructus, nec quod per seruum, qui venit interim, acquisitum esset. Et ob id docet Papin. in §. *vlt.* ea tantum emptorem posse consequi, vel partus vel acquisitiones serui venditi factas post perfectam emptionem ante stipulationem, emptorem consecuturum semper actione ex empto; eadem ratione, quia quod non transfertur in causam nouationis, iure pristino peti potest, quod non transfertur in stipulationem, iudicio empti peti potest Ex quo intelligitur manifeste, si quo ex alio loco iuris, post perfectam emptionem (perficitur autem solo consensu, id est, si traditio rei non sit secuta, vel numeratio pretij, statim omnes fructus, obuentiones omnes, partus, fœtus, acquisitiones serui venditi factas post perfectam emptionem, deberi emptori iudicio ex empto, *l. Iulianus* §. *si fructibus*, & §. *si quis seruo*, *de act. emp. l. fructibus*, & *l. pen. C. eod. tit.* Omnis ratio est generalis.

A ergo regula veluti quædam. Regula igitur hæc sit ex hac lege: *id quod non trãsfertur in causam nouationis, iure pristino peti posse*. Sed cauendum est semper à regulis iuris, quoniam omnes sunt periculosæ, omnes vitium faciunt aliquod aliquando. Sane hæc regula, *id quod non transfertur in causam nouationis pristino iure peti posse*, non est adeo generalis, vt ea liceat vti in omnibus causis. Græci hoc ipso loco scribunt, eam non esse firmam. Primum enim non est vera, si quis quod sibi Titius debet, à pupillo sine tutoris auctoritate stipuletur nouandi animo, quia scilicet debitum illud non transfertur in nouationis causam, non transfertur in pupillum. posterior obligatio nulla aut inutilis est, & tamen pristino iure agi non potest. Nam & debitor prior liberatur, & posterior pupilli, cuius interest plurimum, obligatio nulla est, §. *præterea*, *Instit. quib. mod.* B *toll. obl.* Quod tamen, vt credo, locum tantum habet eo casu, quo pupillus obligatur naturaliter sine tutoris auctoritate: Nam vt nouatio valeat, id est, vt liberetur prior debitor, satis est, si sequens obligatio teneat naturaliter, etiamsi iure ciuili nulla sit, nullamque actionem pariat, *l.* 1. *de nouat.* & ob id in *d.* §. *præterea*, mox ostendit aliud esse in seruo, pristino scilicet iure agi posse, si quis quod sibi alius debeat à seruo stipuletur nouandi animo. Nam seruus extra causam peculiarem, qui pro alio intercedit, non obligatur naturaliter vel ciuiliter. Quod ex eo apparet, quia fideiussor ab eo datus, vel dominus ex ea causa de peculio non tenetur, *l. in persona* §. 1. *de pact. l.* 20. *de fideiuss.* Ergo si in seruum transferatur obligatio, nouatio non fit, & pristino iure agi potest, quia ex intercessione seruus nullo iure obligatur, nec ciuili nec naturali. Sed si transferatur in pupillum sine tutoris auctoritate, noua- C tio fit, & pristino iure agi non potest, licet posterior obligatio sit inefficax, quia est aliqua obligatio, nẽpe naturalis, quæ suos effectus habet. Item hæc regula, vt *quod non transfertur, &c.* est falsa in vsuris, in pœnis, in pignoribus, & hypothecis, quæ etiamsi in obligationem non venerint, nouatione perimuntur, nec peti possunt, noua aut veteri actione, *l.* 15. & 18. & *l. aliam*, *de nouat.* nisi sit aliud cautum posteriori obligatione, *l.* 1. *C. etiam ob chirographar. pecun.* Sed regula hæc locum tantum habet in fructibus & partubus vel fœtibus, qui ex re percipiuntur, aut per rem, vt in acquisitionibus seruorum, qui post perfectam emptionem, emptorem necessario sequi debent: atque ideo si non veniunt in nouationem, in stipulationem nouam, æquum est, vt emptori conseruentur iure pristino. Ex hoc notare etiam debemus, vnam differentiam inter vsuras & fructus. Nouatio non extinguit fructuum persecutionem, qui ante sunt vel postea percepti, nouatio extinguit vsurarum persecutionem, quia sc. à tempore nouationis desinunt vsuræ currere, *d. l.* 15. Est & alia differentia in *l. si nauis*, *de rei vind.* malæ fidei possessor tenetur de fructibus percipiendis, de vsuris percipiendis non tenetur. Est & alia in *l. videamus* §. *pen. h. tit.* In bonæ fidei iudiciis vsuræ veniunt ex mora, fructus veniunt etiam ante moram. Ergo non est per omnia aut in omnibus verum quod ait *l. vsura*, *h. tit.* vsuras E obtinere vicem fructuum, nec separari debere à fructibus. Omnes sententiæ iuris sunt periculosæ: habet hæc tria pericula, quæ illam propositionem falsam reddunt.

Ad l. 74. de leg. 2.

Titio centum aureos heres præsens dato: deinde protulit diem legatorum. non est verum quod Alfenus retulit, centum præsenti deberi: quia diem proprium habuerunt.

SCiendum est, vulgo in testamentis hanc clausulam scribi solere, qua dies legatorum soluendorum prorogari solebat, quæ vulgaris clausula dicitur, *l. talis*, *de leg.* 1. & vulgaris modus prorogandorum legatorũ, *l. cum vulgari*, *de dot. præl.* Et ita concipiebatur, *quas pecunias legaui*,

eas heres meus annua, bima, trima die dato. his verbis, *annua, bima, trima die*, vt scribunt omnes, significantur tres pensiones, *trois payez*, vt sc. legata soluantur triennio, vt Liuius loquitur *lib. 6.* æquis pensionibus. Pertinet autem ea clausula ad ea tantum legata quæ pondere, numero, mensura continentur, non ad corpora legata. Nam corporum solutio non solet prorogari. Item pertinet ea clausula ad ea legata, quibus dies appositus non est, non ad ea, quæ diem suum habent. puris tamen legatis, id est, quæ initio pure relicta sunt, hæc clausula adiicit diem. Igitur si quid legatur in annos singulos vel in menses singulos, hoc legatum hac clausula non continetur, quia diē suum habet. Item si quid legetur sub conditione, non continetur vulgari clausula, quia diem suum habet. Conditio est dies incertus, *d.l. talis.* Item si quid legetur Titio, *cum erit annorum* 20. statim vt ad eam peruenerit ætatem, legatum petere poterit, nec licebit heredi differre in annuam, bimam, trimam diem ex vulgari clausula, quia non pertinet hæc clausula ad ea, quæ suum diem habent proprium. Item si vir vxori legauerit dotem, quod legatum valet propter commodum repræsentationis, quia si dos legatur præsenti die, quæ alioquin ex XII. tab. esset reddenda tantum annua, bima, trima die, & ex constitutione Iustiniani annua die, quæ consistit in pondere, numero vel mensura. Corpora autem dotalia statim sunt reddenda, veluti fundi, aut mancipia, aut pecora. prælegatum igitur dotis non continetur vulgari clausula, quia suum diem habet, nimirum vt dos repræsentetur, id est, præsenti die reddatur vxori defuncti, *d.l. cum vulgari.* Ergo si quid aliud testator dari iusserit præsenti die; vel si quid præsens dari iusserit, non continetur vulgari clausula, quia suum diem habet, id est, præsentem diem. & aliud est quidem legatum purum, aliud præsens. Purum proprium diem non habet, & continetur vulgari clausula, per quā confertur in diem, per quam fit in diem quod initio fuit purum. Præsens, proprium diem habet, id est, præsentem diem, & ideo non continetur vulgari clausula, imo præsenti die præstandum est, nec præstatio diuidenda est tribus pensionib. Et hæc fuit sententia Seruij & Labeonis, vt constat ex *d.l. talis.* Alfeno aliud iudicium fuit, qui ob id reprehenditur in hac l. nam iudicauit centum legatis præsenti die hoc modo: *centum dato præsenti die, &c.* ea deberi annua, bima, trima die ex vulgari clausula, si esset scriptum in testamento, non præsenti die, quamuis heres iussus esset dare præsenti die. nec mouebatur inani ratione: existimauit, n. adiectionem illam, *præsenti die*, esse superuacuam. Et sane est superuacua, quod attinet ad effectum testamenti & vim legati, & effectu nihil differt purum à præsenti: quod est purum, præsens est. Et sæpissime in iure, atque etiam in hoc proposito, præsentia, non est præsenti die relicta, *l. 12. §. vlt. de leg. 1.* sed pure, nullo die adscripto, ne minimo quidem tempore. Et eundem etiam effectum Pap. idem lib. eod. ostendit in *l. lib. §. pen. de verb. obl.* qui §. ob id est coniungendus cum hac l. 74. Nam coniunctio præclare conuenit, & ex eo §. intelligitur, quid distet legatum præsenti die relictum, à legato relicto in diem. Res promissa præsenti die, vt, *hodie dabis?* & res promissa in diem. Nam si sit promissa in diem, puta *calendis dabis*, non potest peti antequam calendæ præterierint: sed si ita dixerim, *hodie dabis*: potest peti statim, nec expectare debet stipulator, quoad finiatur ille dies, quia dies ille, *hodie*, non inseritur differendæ solutionis causa, sed vt ostendatur esse præsens, quod deducitur in stipulationem, atque ita sane superuacuū est adiicere, *hodie*, vel *præsenti die*, quod ad effectum rei, quoniam statim agi potest, sed non ideo superuacua est illa adiectio in omnib. Nam in hoc proficit, vt legatum præsenti die debeatur, vt ait *d.l. talis*, & præsenti die deberi, (hocque annotari & adscribi nominatim maxime vtile est) legatario, ne legati præstatio differatur ex vulgari clausula, & scindatur in pensiones tres, quia sc. vulgaris clausula non pertinet ad ea legata, quæ suum diem habent. Et hoc legatum suum

Quæst. Papin.

A diem habet, id est, præsentem diem. de industria videtur testator adscripsisse præsentem diem, vt à generali clausula hoc legatum eximeret, & ob id merito reprehenditur Alfen. à Pap. qui nescio quam male feriatus fuerit, semper. n. reprehenditur, qui ex sutore factus est iurisconsult. vt ait Horat. verùm ait Pap. *Titio centum aureos heres præsens dato*, Flor. recte, *præsens.* id est, repræsentato, præsenti die dato. *Deinde*, inquit, *protulit diem legatorum vulgari illa clausula*, & sequitur, *non est verum quod Alfenus retulit centum præsenti deberi.* sic sæpe loquitur Græcorum more, *præsenti*, id est, præsenti die, vt *l. 1. §. si legata, si cui plusquam per leg. & l. 11. de cond. & dem.* Sed vt alias ostendi, manifeste hic locus est corruptus, & deest negatio, vt constat ex *d.l. talis*, & ex ratione subiecta: *Non est verum, quod Al-*
B *fenus retulit, centum præsenti die non deberi*, sed deberi ex vulgari clausula, annua, bima, trima die. Cur non est verum præsenti die non deberi? *quia diem proprium habuerunt.* ratio satis emendat assertionem, nec ob id quisquam defendere possit.

Ad l. 3. de separat.

Debitor fideiussori heres extitit, eiusque bona venierunt: quamuis obligatio fideiussionis extincta sit, nihilominus separatio impetrabitur petente eo, cui fideiussor fuerat obligatus: siue solus sit hereditarius creditor, siue plures: neque enim ratio iuris (quæ) causam fideiussionis propter principalem obligatio-
C *nem, quæ maior fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat.*

1. §. *Quid ergo si bonis fideiussoris separatis solidum ex hereditate stipulata consequi non possit? vtrum portio cum cæteris heredis creditoribus ei quærenda erit? an contentus esse debebit bonis, quæ separari maluit? sed cum stipulator iste, non adita fideiussoris à reo hereditate, bonis fideiussoris venditis, in residuum promisceri debitoris creditoribus potuerit, ratio non patitur eum in proposito summoueri.*

2. §. *Sed in quolibet alio creditore, qui separationem impetrauit, probari commodius est, vt si solidum ex hereditate seruari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprij creditores heredis fuerint dimissi: quod sine dubio admittendum est circa creditores heredis, dimissis hereditariis.*

D AD hanc l. vt facilior pateat aditus, sciendum est, obligationem fideiuss. extingui confusione, puta si debitor principalis fideiussori heres extiterit, atque ita in eandem personam concurrere cœperit obligatio princip. & obligatio fideiuss. quem concursum ius permanere aut consistere non sinit diu. In ipso. n. concursu ac veluti conflictu, principalis absorbet fideiuss. oblig. quia qui est principalis debitor, & fideiussor pro seipso esse non potest, *l. 5. & l. debitori, de fideiuss. l. si reus, de duob. reis.* Maior oblig. tollit minorem, maior autem & plenior semper intelligitur esse obligatio princ. si modo iure ciuili consistat, non naturali tantum, *l. heres §. seruo, de fideiuss. l. Stichum aut Pamphilum §. quod vulgo, de solutionib.* In illo loco vt emendaui ex Basil. nam si reus natura dumtaxat fuit
E obligatus, fideiussor non liberatur: igitur si debitor fideiussori heres extiterit, principalis obligatio, quæ consistit ipso iure manet: fideiuss. tollitur, quia vt significaui ante, in eam causam res deducta est, à qua incipere non poterit: nec. n. posset quis ab initio pro se fideiubendo obligari. Ergo nec ex post facto potest fieri fideiussor pro se ipso. Denique non potest idem ex eadem causa esse & debitor & fideiussor. Constituit quis etiam pro se ipso, fideiubet nemo pro se ipso. Item sciendum est, ex hoc edicto de separationibus, si sint creditores defuncti, & creditores heredis proprij, decernente prætore separationem bonorum defuncti & bonorum heredis; dari posterioribus creditoribus defuncti, non posterioribus creditoribus heredis, ita sc. vt hi & illi creditores coeant, & herede non existente soluendo, velint possidere & distrahere bona,

X x

quæ heres habet propria, vel quæ ad eum nunc iure hereditario peruenerunt, vt, inquam, separentur bona defuncti creditoribus defuncti, qui existimant esse idonea sibi, si non confundatur bonis heredis, bona autem heredis propria, vt separentur creditoribus heredis, quo iure vtimur hodie sæpissime. Sed quæro, cur creditores heredis non audiantur, si primi desiderauerint separationem fieri bonorum, & quasi duorum bonorum veditionem? Cur hoc tantum desiderantes creditores defuncti audiuntur, non creditores heredis, *l.1.§.ex contrario, h.t.* Vbi hæc ratio redditur, quæ est certissima, quia heres adeundo hereditatem, atque ita adiiciendo sibi alios creditores, nam aditio obligat æri hereditario, potest onerare suos creditores, creditorumue suorum conditionem facere deteriorē; possum creditori meo creditorem adiicere: possum priorum creditorum adiectis aliis conditionem deteriorem facere, creditorum hereditariorum conditionem adeundo hereditatem non possum deteriorem facere: & ideo facile impetrant, vt sibi separentur bona defuncti, non etiam illi priores, vt sibi separentur bona heredis. Et inde vero oritur magna quæstio in fi. h.l. an creditores defuncti impetrata separatione bonorum si ex bonis defuncti solidum consequi non potuerint, possint redire ad bona heredis, si qua supersint dimissis creditoribus heredis, *les crediteurs payez*. constat sane creditores heredis facta separatione bonorum ex postulatu creditorū defuncti, si solidum consequi non potuerint ex bonis heredis, posse reuerti ad id, quod superest ex bonis defuncti, dimissis creditoribus hereditariis, hoc esse ait Papin. sine dubio in fine huius legis. Dubitatur tantum de creditoribus defuncti, qui maluerunt separationem fieri, si ex bonis defuncti solidum consecuti non sint, an possint reuerti ad id, quod superest ex bonis heredis, dimissis creditoribus heredis? sed priusquam finiatur hæc quæstio, nobis lex tota ab initio enarranda est. Finge: Debitor principalis fideiussori heres extitit, & non est soluendo suis & hereditariis creditoribus: patitur venditionem bonorum ex edicto prætoris. creditor defuncti, cui sc. defunctus fuit obligatus fideiuss. nomine, vel solus vel cum aliis creditoribus defuncti, dicit bona defuncti sibi sufficere, & desiderat ea separari à bonis heredis eiusdemque debitoris sui, bona defuncti vendi à se, bona heredis propria vendi à cæteris creditoribus heredis, atque ita duorum quasi bonorum venditionem fieri. Quæritur initio h.l. *an impetrare debeat separationem quam desiderat?* Mouet dubitationem, quod obligatio fideiuss. extincta est, quia debitor ipse fideiussori heres extitit. aditione confusæ sunt personæ debitoris & fideiuss. quæ confusio perimit personam minus principalem, id est, efficit, vt heres sustineat vicem defuncti hac in re, vt sit fideiuss. loco, vt quasi fideiuss. teneatur, cum sit principalis debitor: idcirco eius obligationis ratione, quæ extincta est, non iure videtur postulari separatio bonorum. Sed Pap. hoc loco negat hanc consequentiam, & concludit, ita extingui obligationem fideiuss. debitore fideiussori succedente, vt tamen ea res damno & fraudi non possit esse creditori in impetranda separatione bonorum, qui quantum in eo fuit, bene sibi cauit fideiussore accepto, vt non possit, inquam, damno afficere creditorem, qui diligenter sibi prospexerat accepto fideiuss. Igitur heres quidem ipse fideiussoris, qui debitor est principalis, non tenetur fideiussorio nomine, quia idem ex eadem causa non potest teneri & principali & fideiuss. nomine; sed tantum fideiuss. defuncti bona separari recte postulat creditor, qui eum fideiussorem accepit. Et hoc respectu vere possis dicere, residere ex fideiussoria obligatione, quamuis sit perempta, vestigia adhuc & iura quædam, sicut & pignoris obligationem remanere constat quod fideiussor dederat, *l. cum quis §. vlt. de solut.*

Ad §. quid ergo.

ET hæc, quod ad primam quæstionem h.l. sunt n. in ea tres quæstiones, quæ tamen nexæ sunt inuicem, & sequitur alia ex alia. Rursus igitur quæritur, si impetrata huiusmodi separatione bonorum defuncti, id est, fideiussoris, creditor ex bonis fideiussoris solidum consequi non potuerit, an possit venire in partem bonorum heredis vna cum cæteris creditoribus, quia & ipse est creditor heredis? Mouet dubitationem, quod contentus videatur fuisse bonis fideiuss. qui separationem eorum bonorum maluit fieri, eo quod maluit, stare debet, eo quod semel postulauit, stare debet, vt est in *l. creditores, h.t.* At contra eleganter Pap. scribit hoc loco, etiam petitionem separationis ei non esse fraudi, ei non præiudicare, quo minus in partem bonorum heredis, eiusdemque debitoris sui principalis admittatur cum cæteris creditoribus heredis. Nam etsi debitor fideiussori heres non extitisset, bonis fideiussoris separatim venditis, nec solido ex venditione redacto; integrum ei esse partem facere ex venditione bonorum heredis eiusdemque debitoris, *integrum ei esse*, vt ait, *in residuum permisceri cæteris creditoribus debitoris*, sicut creditor electo fideiussore, potuit eligere ante Nouellam Iustin. *de fideiussoribus*, omisso principali: electo, inquam, fideiussore, nec recepto solido, potest in residuum experiri cum reo principali, *l.23. & l.vlt. de fideiuss. C. & l. qui mutuam, sup. man.* Et hic quidem casus est singularis, cum heres fideiussoris est debitor principalis: nam regulariter aliud statuitur. Regulariter postulata separatio bonorum nocet creditori, qui eam postulauit, vt postea non possit venire ad bona heredis, si solidum ex bonis defuncti consecutus non sit.

Ad §. sed in quolibet.

SEd hic quæritur etiam, & hæc tertia quæstio: an huic regulæ sit locus, si creditoribus heredis in totum satisfactum sit, si in totum dimissi sint, an tum non licebit etiā creditoribus defuncti ex reliquis bonorum heredis implere suum debitum? Videtur hoc non esse eis inuidendum. Cum impleti sint creditores heredis, cur ex residuo bonorum heredis etiam non implebuntur creditores defuncti, tametsi postulauerint sibi separari bona defuncti? Sane, vt initio retuli, hoc est sine dubio, dimissis creditoribus hereditariis, id est, defuncti licere creditoribus heredis venire ad reliqua defuncti bona. Sed hac in re magna est differentia inter creditores defuncti & creditores heredis, vt ostenditur in *l.1.§.pen.h.t.* Nam defuncti creditores postulāt separationem bonorū, non creditores heredis ex *l.1.§.ex contrario, hoc tit.* Nihil igitur imputari potest creditoribus heredis, quia non postularunt separationem, sed in eam venerunt, aut inciderunt postulantibus creditoribus defuncti. creditores defuncti sibi debent imputare suam facilitatem, quia separatio quam petierunt, eos à bonis heredis separauit. Eo quod semel petierunt, stare debent. contenti igitur debent esse bonis defuncti, nec tamen & contenti bonis heredis creditores heredis, hæc sunt notanda. Verum ex causa iusta ignorantiæ, vt puta, si errauerint in æstimatione bonorum, Vlp. ait, creditoribus defuncti subueniri, vt scilicet, si solidum non sint consecuti ex bonis defuncti, ex residuis bonis heredis impleant suum debitum, impetrata restitutione in integrum, non aliter: Nam iure summouentur penitus à bonis heredis, etiamsi bona defuncti eos non impleuerint: quia penitus recesserunt à persona heredis petita separatione bonorum, secuti bona defuncti. ergo opus est restitutione in integrum, & ad eam impetrandam iustissima causa erroris. Et ita Vlpianus sentit in *d. l.1. §.*

pen. ita sentit Paulus in *l. si creditores, hoc tit.* Contra verò Papinianus in hac *l. 3.* rem ita præcidit absolute, vt sit cōmodius, & dum ait, *commodius,* æquitate pugnat, dimissis creditoribus heredis, vt creditoribus defuncti tribuatur id, quod superfuerit ex bonis heredis, si solidum ex bonis defuncti consequi non potuerint. Non fuere ignari huius sententiæ Papiniani Vlpianus & Paulus, qui in libris quæstionum eius etiam notas scribere affectarūt. Et quod tentauit Accurs. rectissime in *d. l. si creditores,* proculdubio dissentit Papinianus ab Vlpiano & Paulo. Nec vlla ratio componendi dissidij. Pugnant hæ leges: Nam in *d. l. creditores,* dum Paulus ait, *quidam putant*, sane Papinianum intelligit, & notat satis aperte, vt etiam in *l. lecta de reb. cred.* Paulus dum ait, *quidam dicebat,* Papinianum intelligit: nam & in ea lege agitur de cautione recitata in auditorio Papiniani. Et ita etiam in *l. qui heredi §. si duorum, de cond. & demonst. & l. 8. vsufr. quemad. cau.* Idem Paulus, *quidam & Marcianus,* & cōtra quoque Papinianus in *l. 6. de ser. export.* dum ait, *quidam putant,* forte Paulum intellexit. Videtur inter eos fuisse æmulatio quædam. Sed in proposito valet mihi plus, quod ait Papin. æquius esse suam sententiam probari, commodius esse, verius, vtiliusque: cæteros certare iure, se certare æquitate, & ita possis respondere, si qui opponat alteram alteri. Qua ratione in iure componuntur multæ & magnæ dissensiones.

Ad l. 28. de except. rei iud.

Exceptio rei iudicatæ nocebit ei, qui in dominium successit ei, qui iudicio expertus est.

C

Lex est pusilla & verbis & rerum momentis satis. Ait Pap. exceptionem rei iudicatæ non tantum nocere ei, qui in dominium successit eius, qui iudicio expertus est, ergo exceptionem rei iudicatæ non tantum ei nocere qui iudicio expertus est, & contrariam sententiam accepit, sed etiam ei, qui in dominium successit. Exemplum poni potest in legatario. Finge: petij rem meam à possessore, & vindicaui, ac deinde victus sum per iniuriam iudicis. mox eam rem moriens tibi legaui, legati dominium tibi ipso iure acquiritur, *l. 1. in fi. de Pub. in rem act.* ex 12. tab. vt Vlp. scribit in fragm. *tit. de dominiis.* Sed si tu eam rem petas, quæ tua facta est iure legati, à possessore, qui me eam vindicantem exclusit, certe nocebit tibi exceptio rei iudicatæ. quæ rursus mihi petenti noceret, nocebit exceptio hæc, quod res iudicata sit inter me, & eum possessorem, in cuius dominium successisti. idemque potest poni in donatario causa mortis, & in herede, quoniam his etiam personis dominium ipso iure acquiritur, *l. 2. de Publ. in rem act. l. si ager, de rei vindic.* Idem poni etiam potest in emptore hoc modo, non quolibet, quia vulgo dici solet, emptori dominium non acquiri ipso iure sine traditione naturali. Fac igitur ita esse: petij rem meam à possessore, & victus sum per iniuriam iudicis. sententia tenet, sed mihi dominium non aufert iniuria iudicis, imo victori non dat actionem, sed retentionem tantum, *l. 3. §. vlt. de pign.* Mox vero tibi eam rem vendidi & mancipaui, vel tradidi nexu, quo genere tibi dominium acquiritur ipso iure sine traditione corporali: sed si eam rem vindices quasi tuam, vt sane tua facta est, à possessore, qui me vicit de proprietate siue dominio, nocebit tibi exceptio rei iudicatæ, *quod res indicata sit inter me & eum possessorem.* Nam & è contrario, si ego rem emero, ac deinde vendidero tibi, & tradidero, mox eam à te petam, eadem exceptio rei iudicatæ tibi proderit, etiam si auctor tuus vicerit per iniuriam iudicis, *l. si à te §. vlt. l. si mater §. item Iulianus, hoc tit.* Cui prodest eadem exceptio, & vice versa nocet. plus dico, quam dixerit Vlp. in hoc loco. Exceptionem rei iudicatæ non tantum ei nocere, qui in dominium victi successit, sed etiam ei, qui in locum, non dominium victi successit, vt creditori pigneratitio. Finge: petij rem meam à possessore, & victus sum iniuria iudicis. mox eam rem creditori meo pignori obligaui, quod fit sola conuentione sine traditione. creditor agit hypothecaria aduersus possessorem, repellitur exceptione rei iudicatæ, quod res iudicata sit inter possessorem & debitorem, in cuius locum creditor successit, *l. si mater §. vlt. & l. seq. §. vlt. h. t. l. 3. §. vlt. de pign.* Hoc solum ita vellem Accurs. annotasse.

A

D

Ad l. 27. de oblig. & act.

Obligationes, quæ non propriis viribus consistunt, neque officio iudicis, neque prætoris imperio, neque legis potestate confirmantur.

B

In l. hac XXVII. *de oblig. & act. obligationes,* inquit, *quæ non propriis viribus consistunt,* id est, quæ ab initio nullas vires habent, vel apertius, quæ ne naturaliter quidem consistunt, quæ nullo iure consistunt, nec ciuili, nec naturali. in Basil. αἱ μὴ κατὰ φύσιν οἰκείαν συνιστάμεναι, id est, *quæ non secundum naturam suam consistunt,* neque confirmantur officio iudicis nec præsidis. Cedo exempla. si sub impossibili conditione concepta fit stipulatio, ex ea neque naturalis, neque ciuilis obligatio nascitur: si nasceretur naturalis, posset ei adhiberi fideiussor: nam naturali tantum recte adhibetur fideiussor. Ergo ne naturaliter quidem consistit ex ea stipulatione obligatio, quia non potest ei adhiberi fideiussor, *l. si sub impossibili, inf. de fideiuss. l. non solum, hoc tit.* impossibilis conditio est, quam rerum natura prohibet. Et conuenit igitur huic loco valde lex *vbi pugnantia §. vlt. de reg. iur. quæ,* inquit, *rerum natura prohibentur, nulla lege confirmantur.* Sed demus etiam alia exempla. obligatio, quæ deportatione debitoris perimitur, vt constat, tota perimitur, vt ait *l. si debitori, de fideiuss.* adeo vt nec naturali quidem iure constet. Ergo neque officio iudicis, neque prætoris imperio, neque legis potestate conualescere, aut confirmari potest. Item obligatio fœminæ intercedentis pro alio, tota improbatur Senatusconsulto, vt ait *l. si mulieri contra Senatusconsultum §. 1. ad Velleian.* ita sc. vt nec naturaliter consistat. Senatusconsultum Velleianum expungit etiam naturalem obligationem, ex causa intercessionis mulieris, nec admittit, vel probat; *nullis,* inquit, *viribus, ea obligatio consistit:* ac proinde, nec officio iudicis, nec prætoris imperio, nec legis potestate probari potest. quod vel natura non consistit, nullo modo confirmari potest. Et mox subijcietur etiam ex *l. liber homo, de verb. oblig.* aliud exemplum. sed priusquam ad eam legem venio, addam ad hanc, è contrario obligationem ex pacto nudo, quæ iure naturali consistit, & prætoris imperio aliquando confirmari, quia est aliqua obligatio. quod nihil est, confirmari non potest. quod est aliquid, confirmari potest. obligatio igitur ex pacto nudo, quæ iure naturali consistit, aliquando prætoris imperio confirmatur, vt de pignore, quod constituitur nudo pacto ex edicto prætoris, *l. si tibi §. de pign. de pact.* vel confirmatur legis potestate, vt XII. tabul. de iniuriis & de furtis, *l. legitima, & d. l. si tibi §. 1. eod. tit.* Ac præterea confirmatur officio iudicis, veluti ex pactis, quæ contractibus bonæ fidei adiiciuntur ex continenti, vel quæ ex interuallo adiecta contractui detrahunt aliquid; quæ pactiones contractui inesse dicuntur, & contineri officio iudicis bonæ fidei, qui supplet eorum actiones, vel exceptiones etiam omissas à litigatoribus. quod idem dici non potest de obligationibus quæ propriis viribus non consistunt, id est, quæ neque iure naturali, neque ciuili consistunt, neque vllo alio iure. Nunc igitur transeamus ad *l. liber homo,* quæ vt dixi, suppeditabit aliud exemplum.

E

Ad l.118. de verb.oblig.

Liber homo, qui bona fide seruit mihi, quod stipulanti mihi promittit, prope est, vt omnimodo fit vtile, quamuis ex re mea promittat: nam quid aliud dici potest, quo minus liber homo teneatur? nec tamen ideo, si stipulanti eidem ex eadem causa spondeam, tenebor: quemadmodum etenim habebit eius actionem aduersus me, quod ab alio stipulatus quæreret mihi? hoc itaque latere fructuario seruo vel alieno, qui bona fide seruit, comparabitur: seruus autem fructuario si promittat ex re ipsius, vel alienus, qui bona fide seruit: emptori, nulla de peculio dabitur in dominum actio: nam in his causis domini esse intelliguntur.

CErtum est, liberum hominem, vel seruum tuum, qui mihi bona fide seruit, mihi acquirere, quod acquirit ex re mea. Itemque fructuarium seruum, in quo vsumfr. habeo, mihi acquirere ex re mea. omnes igitur, mihi acquirunt ex re mea, & in hoc pares sunt. Sed inde quæritur, an etiam, si omnes mihi obligentur, si quid mihi promittant stipulanti ex re mea, finge ex pecunia mea, quam eis credo, quam eis mutuam do, eos mihi stipulanti promittere eam ipsam pecuniam, vel vsuras, eam ipsam, id est, tantandem, vt fit in mutuo, an ex stipulatione mihi obligantur? an ex re mea in se mihi acquirunt obligationem, vel in suum dominium de peculio? Et sane hac in re inter has personas multum differt: nam si liber homo, quem possideo bona fide quasi seruum, mihi stipulanti promittat ex re mea, vel extra rem meam, reuera mihi obligatur, & conuenire eum possum cognita conditione eius, *l. liber homo, de acqu. rer. domin.* Sed si seruus alienus, quem bona fide possideo, vel seruus fructuarius, mihi promittat stipulanti aliquid extra rem meam, sine dubio dominus eorum mihi obligatur de peculio. si ex re mea mihi promittat aliquid, dominus mihi non obligatur de peculio, optima ratione, quæ Papinianus perstringit paucis verbis, quia in his casibus, cum seruus alienus mihi bonæ fidei possessori, vel fructuario stipulanti promittit aliquid ex re mea, nō alius, quam ego, videtur esse dominus: vt dum quæris, an dominus mihi teneatur de peculio, absurde hoc videaris quærere, *an ego mihi tenear de peculio*; quoniam ex illis casibus, qui pendet ex re mea, non alius, quam meus ille homo seruus esse intelligitur: hominis autem liberi non potest quisquam, vel esse dominus, vel videri, nec in eo quidem, quod per liberum hominem bona fide possessum acquiro ex re mea, videor esse dominus. At quid dicemus è contrario, *si hæ personæ non mihi promittant, sed illis promittam aliquid ex re mea an tenebor?* nullo modo. Et in causa hoc est, ne quod ab alio stipulanti mihi acquirerem ex re mea, eius nomine aduersus me habeant actionem vel ipsi vel domini eorum, *l. sed & si qui 25. §. Iulianus, de vsufr.* aut si eius nomine in me, qui quid eis promisi, ex re mea habeant actionem, acquirant igitur mihi actionem in me ex re mea, quod rerum natura non patitur. Non potest fieri, vt mihi in me sit obligatio, nec officio iudicis, nec prætoris imperio, vel legis potestate: quia natura non patitur, vt idem sit actor & reus ex eadem causa, id est, vt quis in se ipsum agat, & ita commodissime poteris vti isto exemplo ad *d. l. 27.* Igitur *hoc latere*, vt loquitur, & in *l. 49. §. vlt. de fideiuss. eod. lib. hoc latere, en cet esgard, inter has personas nihil interest*, id est, si quid eis promittam ex re mea, quoniam nulli eorum teneor. contrario latere, videlicet, si quid mihi promittant ex re mea, differentia intercedit, differunt inter se: nam liber homo mihi obligatur, cæterorum domini mihi non obligantur de peculio, & cum seruis etiam nulla consistit obligatio. Vnum est tantum, quod huic postremæ sententiæ obstat, & sane vehementer prima specie, atque adeo, vt videantur non bene hanc difficultatem alij data opera dissimulasse. Obstat A vehementer *l. si creditor §. vlt. de pecul.* ex qua efficio, si quid mihi debeat seruus fructuarius ex re mea, si quid mihi promittat ex re mea, dominum eius teneri de peculio, quod valde pugnat cum hac lege. Sed latius exponam quod est in *d. §. vlt.* si mutuam pecuniam dedi seruo fructuario, & forte, vt fit, stipulatus sim, eam reddi mihi, nihil refert. Nam debet vtique mihi ex mutuo eam pecuniam. Verum vt appareat magis, quam pugnet ille §. ita dicimus: si mutuam pecuniam, vt dixi, &c. & stipulatus sum mihi reddi, dominus mihi tenetur de peculio computato eo quod de peculio apud me est. Idem etiam erit, si seruo fructuario operas ipsius locaui certa mercede, & forte stipulatus sum mercedem mihi præstari, & promiserit ipse mihi, ex re mea agitur. Nam operæ sunt quasi ex re mea, *l. qui bona fide, de acq. rer. dom.* Et primo casu, B cum mutuam pecuniam ei dedi, pecunia fuit mea. In omnibus his casibus dominum mihi teneri de peculio. Idemque est, si meam rem tibi locaui, & promiserit se mercedem mihi daturum, dominus eius mihi tenetur de peculio. Breuis distinctio rem explicabit. Ita distinguendum est: Aut seruus fructuarius accepit mutuam pecuniam nomine domini, & eam ei acquisiuit, vel etiam conduxit suas operas, vel rem meam nomine domini, vt sc. emolumentum perueniret ad dominum: & hoc casu dominus mihi tenetur de peculio. Aut (quod est alterum membrū distinctionis) non nomine domini mecum contraxit, mihique promisit, & hoc casu dominus mihi non tenetur de peculio, cuius ratio in contrahendo habita non est. Et vt confirmetur hæc distinctio, quæ rem omnem componit, adnotanda tantum est *d. l. sed & si quis §. item Iulianus*, quæ eam distinctionem explicat. Cum proposuisset, C nihil agere seruum fructuarium promittentem fructuario, illud excipit, nisi rem egerit nomine domini, nomine proprietarij.

Ad §. decem. pen.

Decem hodie dari spondes: dixi posse vel eo die pecuniam peti, nec videri præmaturius agi non finito stipulationis die, quod in aliis temporibus iuris est: nam peti non debet, quod intra tempus comprehensum solui potest. In proposito enim diem non differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum.

SEquitur, vt interpretemur, quæ sunt reliqua in *l. liber homo*, ac præterea principium *l. 9. de duob. reis const.* In *§. pen. l. liber homo*, agitur de stipulatione huiusmodi, *decem hodie dari*, vel *decem præsenti die dari*: *& præmaturius agi*, id est, plus peti, in *§. plus, Inst. de act.* qui præmature petit, plus petere videtur. Quod autem ait in hoc §. eo pertinet, vt intelligatur, quantum ad vim & effectum stipulationis attinet, superuacuam esse adiectionem diei, superuacuam esse adiectionem illam, *hodie*, quia effectum ea stipulatio habebit puræ stipulationis, cui nulla dies inserta est, non stipulationis in diem. Quod & de pecunia legata E die præsenti, vt sc. eo ipso die præstaretur, quo heres adiisset, est proditum in *l. talis scriptura, de leg. 1.* Puræ autem stipulationis effectus hic est, vt statim agi possit, sine vllo laxamento temporis, præterquam eius, quod sufficit ad solutionem, vel traditionem faciendam, *§. vlt. Inst. de inut. stipul.* Quod admodum breue est tempus, si pecunia sit promissa, vel si res promissa sit in præsentia, non si ex longinquo petenda sit. Idemque de puro legato dici potest, vt sc. heres statim atque adierit soluat, dato tamen aliquo spatio, quantum sufficiat ad solutionem faciendā. Nec enim, vt eleganter ait lex *quod dicimus, de solut. l. 1. §. item si ita legatum, D. ad leg. Falcid. cum sacco adire hereditatem cogitur heres*, non cogitur adire hereditatem cum folle, *auec la bourse en la main.* Igitur datur spatium ad solutionem faciendam, quod permodicum est tamen, nec explet diem integrum. Et alia est ratio constituti pure, id

est, non adiecta die. Nam omni constituto tempus tacite inest, & tempus non minus, quam decem dierum, *l. promissor*, §.1. *de constit. pec.* Constituere enim latine, est constituere ad diem aliquem: constituo me soluturum: etiam si diem non adiicio, sane constituo semper ad diem. non venio ad constitutum, id est, constitutum diem. cum ita constituisti, id est, constituisti certo die. stipulationi etiam aliquando tacite tempus inest, *l. interdum, hoc tit.* sed non omni stipulationi. Ex pura igitur stipulatione, cui dies nō inest, debetur præsenti die, *l. eum qui*, §. *vlt. hoc tit.* Quod ita intelligendum, vt statim peti possit, nec plus peti videatur, si petatur non finito die. Stipulationis autem in diem effectus hic est, vt plus petat, qui petit, antequam is dies, in quem stipulatio collata est, præterierit, quia totus dies tribuitur arbitrio soluentis, §. *omnis, Instit. de verb. obl.* quandoquidem inseritur differendæ tantum actionis causa, obligatio est præsens, *l. cedere, de verbor sing.* At cum hæc stipulatio hodie dari, vel *præsenti die dari*, puræ comparetur, non in diem, quasi die incerto, non differendæ actionis causa, sed vt ostenderetur præsens esse responsum; ideo recte concludit Papinianus hoc loco, ex ea stipulatione statim agi posse, etiam si dies non præterierit: totum diem non relinqui arbitrio promissoris: denique superuacuam esse adiunctionem illam, *hoc die, vel præsenti die*, quantum pertinet ad vim & effectum stipulationis. Adnotandum est, quantum ad alia pertinet, non semper esse superuacuam eam adiectionem, maxime legato præsenti die: namque ea adiectio legatario proficit in hoc, vt vulgari clausula, prorogandorum legatorum tale legatum non contineatur, vt præstetur præsenti die sicut relictum est, non annua, bima, trima die, ex vulgari clausula. Quod cum eodem libro Papinianus scripserit in *l.* 74. *de leg.* 2. ita videtur ea lex commodissime coniungi debere cum hoc §. *pen.* sicut memini me dicere in explic. *d. l.* 74. Et hac quidem de re hactenus.

B

Ad §. vltimum.

Decem mihi aut Titio, vtrum ego velim, dare spondes: ex eo quod mihi dandum est, certi stipulatio est, ex eo quod illi soluendum, incerti. Finge mea interesse, Titio potius quam mihi, solui: quoniam pœnam promiseram, si Titio solutum non fuisset.

SEquitur in §. *vlt.* de stipulatione huiusmodi, *decem mihi aut Titio, vtrum ego velim, dare spondes?* si stipuler mihi & Titio dari, pro parte Titij inutilis stipulatio est, cum alij facta stipulatio non valeat, pro parte mea vtilis est, *l. vlt. in fi. hoc tit.* §. *quod si quis, Instit. de inutil stip.* Sed si stipuler mihi, aut Titio dari, vt in proposito casu, in totum vtilis est stipulatio, propterea quod non hoc agitur, vt obligatio Titio acquiratur, quæ non posset etiam Titio acquiri per me, sed vt mihi soli acquiratur obligatio, soluatur autem vel mihi, vel Titio, quasi procuratori meo. ego sum reus stipulandi, Titius est procurator adiectus solutionis accipiendæque pecuniæ promissæ gratia. Coniunctio facit nos pares, me & Titium, si dixero, *mihi & Titio dari*: disiunctio facit nos dispares, si dixero, *mihi aut Titio dari*: nam in persona quidem mea consistit obligatio, in persona Titij solutio, non obligatio. hoc sermone *mihi aut Titio dari*, Titius solutioni applicatur, quod fit vtiliter. Illo sermone, *mihi & Titio dari*, Titius obligationi applicatur, quod fit inutiliter. Stipulatio igitur, quam proposuimus ita conceptam, *decem mihi aut Titio, vtri ego velim dari*, ex mixtura quadam constat, datione, scilicet, & facto. & verbum, *dari*, bifariam accipitur: *mihi dari*, id est, me dominum fieri. *Titio dari*, id est, tradi, quasi procuratori meo: soluere creditori, est dare, soluere procuratori vel tutori, vel curatori creditoris, est facere, *l. consilio* §. *vlt. de cur. furios.* Igitur ex ea stipulatione si intendam mihi dari oportere, eam pecuniam, quæ in stipulationem venit, certi condictio est: si intendam Titio dari oportere, puta quod mea intersit potius, quam mihi: finge, me ei pœnam promisisse, ni ei solueretur ea pecunia, quia omnis stipulatio, quæ in faciendo consistit, vel quatenus in faciendo consistit est incerti, hoc casu est actio incerti ex stipulatu: omnis enim stipulatio in facto consistens, est incerti, *l. vbi autem*, §. *quique, hoc tit. l.* 4. *de vsur.* In hoc autem proficit, me adiecisse in hac stipulatione, *vtri ego velim*, vt ne Titio soluatur me inuito, si mihi solui malim: alioquin omissa hac clausula, electio esset promissoris, & inuito me solueret Titio, *l. vero* §. *pen. l. aliud*, *de solut.* & vt inito sermone ad l. 9. de duobus reis veniamus.

D

Ad leg. eandem rem 9. de duobus reis.

Eandem rem apud duos pariter deposui, vtriusque fidem in solidum secutus: vel eandem rem duobus similiter commodaui: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed & cæteris contractibus veluti emptione, venditione, locatione, conductione, deposito, testamento, vt puta, si pluribus heredibus institutis testator dixit: Titius & Mæuius Sempronio decem dato.

QVemadmodum multum interest, stipuler *mihi & Titio dari*, an, *mihi aut Titio dari*, ita pluribus heredibus institutis multum interest testamento scripsero, *Titius & Mæuius Sempronio decem dato*, an, *Titius aut Mæuius Sempronio decem danto*: nam ex priori oratione, *Titius & Mæuius Sempronio decem dato*, singuli debent

C

partes viriles, nec sunt duo rei debendi, in *l. si heredes nominatim*, *de leg.* 1. ex posteriori oratione, *Titius aut Mæuius Sempronio decem danto*, sunt duo rei debendi in solidum: nam singuli tantum debent partes viriles. hæc est deffinitio huius §. Duo rei debendi sunt, qui parem obligationem in solidum susceperunt singuli, quorum vno electo alter liberatur: nam hoc addi necesse est ex *l. decem* 116. *de verb. obl. & l.* 2. *de duobus reis.* Et hoc, quod dico, duos reos debendi constitui, si ita dixerim, *ille aut ille meus heres dato*, probauit aperte in *l.* 8. §. 1. *de legat.* 1. *l. ille aut ille, de leg.* 3. id est certissimum. Nec est prætereundum, quod alias affirmauimus, esse mendosam hanc l. 9. in illo loco, dum duos reos debendi testamento constitui ait hoc modo: *Titius & Mæuius Sempronio decem danto*: nec enim esse possunt duo rei, cum singuli non debeant solidum. legendum est igitur, *dato*, non, *danto*, vt etiam est Florentiæ. Ex quo etiam sequitur, & ante esse legendum disiunctim, *Titius aut Mæuius, Sempronio decem dato*, quo genere verissimum est, duos reos testamento debendi constitui. Et non hoc solum proponit Papinian. initio huius *l.* 9. sed etiam, duos reos debendi constitui non tantum stipulatione, si interrogati Titius & Mæuius spondetis? respondeant spondeo, vel spondemus, *l.* 4. *hoc tit.* sed & alio quolibet contractu, aut quasi contractu duos reos debendi constitui posse: constitui deposito, vt si apud duos rem deposui pariter vtriusque fidem in solidum secutus, vt vtriusque fidem mihi in solidum obligarem. constitui etiam commodato, si eandem rem duobus similiter commodauerim, vt singuli mihi eo nomine tenerentur in solidum. constitui (qui tertius modus est) emptione & venditione, si duobus pariter eandem rem vendidi, vel locatione & conductione, si locaui. Et addamus etiam, constitui duos reos nominibus factis, obligatione nominis, quæ dicebatur contrahi apud argentarios, *l. idem*, *l. si vnus*, *in pr. de pact.* Et vltimo loco hoc Papin. subiicit, constitui testamento duos reos, sed non hoc eodem modo, *Titius & Mæuius Sempronio decem danto.* verum isto, vt legendum est, *Titius aut Mæuius Sempronio decem dato.* Sicut etiam in *l.* 16. *de leg.* 2. ostenditur eodem modo in testamento constitui duos reos credendi, id est, duos legatarios

E

creditores ex legati causa, *Titio aut Mæuio decem vtri heres volet*, sunt duo rei credendi, & vno dimisso ab herede, dimittitur alter. Quod si dixerit aut dicere voluerit: nam aliquando disiuncta pro coniunctis accipiuntur in testamentis atque etiam in legibus, si, inquam, dixerit, *Titio aut Mæuio decem dato, per damnationem*, non sunt duo rei credendi, sed singulis debentur dena, & vno dimisso non dimittitur alter.

Ad §.1. sed si quis.

Sed si quis in deponendo penes duos paciscatur, vt ab altero culpa quoque præstaretur: verius est non esse duos reos, à quibus impar suscepta est obligatio. Non idem probandum est, cum duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit: quia posterior conuentio, quæ in alterius persona intercessit, statum & naturam obligationis, quæ duos initio reos fecit, mutare non potest. quare si socij sint & communis culpa intercessit, etiam alteri pactum cum altero factum proderit.

2. ¶ *Cum duos reos promittendi facerem: ex diuersis locis Capuæ pecuniam dari stipulatus sim, ex persona cuiusque ratio proprij temporis habebitur: nam etsi maxime parem causam suscipiunt, nihilominus in cuiusque persona propria singulorum consistit obligatio.*

PApinianus in *l. 9. de duob. reis*, cum initio dixisset, duos reos debendi fieri non tantum stipulatione, sed deposito, & cæteris contractibus, atque etiam testamento, subiecit in §. *sed si quis*, hoc ita demum deposito duos reos fieri, duos debitores, vt loquitur *l. Senatus §. pen. de mort. caus. donat.* si duo depositarij aut plures parem obligationem susceperint, quod etiam verbo, *pariter*, significauit, iam initio huius legis, non etiam si imparem obligationem susceperint. Finge in deponendo apud duos conuenisse, vt ab altero quoque culpa præstaretur: dolus duntaxat venit in depositum, non culpa, nisi aliud conuenerit: conuentio enim legem contractibus dat, *l. contractus, de reg. iur. & l. 1. §. si conuenit, depos.* Si igitur ab initio conuenerit, vt vnus depositarius culpam etiam præstaret, nihil autem conuenerit cum altero depositario ea de re, non sunt duo rei debendi, quia non parem obligationem susceperunt singuli in solidum: duo rei debendi, sunt qui parem obligationem susceperunt singuli in solidum, & quorum vno electo liberatur alter. Par autem est obligatio, si nec plus, nec minus re vel causa debeat vnus, quam alter: & plus vel minus dicitur quatuor modis, re siue summa, & tempore, & loco, & causa siue qualitate, & æstimatione. Si re aut summa dispar sit obligatio, vt si vnus promittat quinque, alter decem, vnus partem rei, alter totum, vnus dolum & culpam, alter dolum tantum; non sunt duo rei. quod ex effectu verum esse demonstrabo: quia sc. vnius solutio non liberat alterum, si conueniatur vnus ex culpa, qui se culpa quoque obstrinxit, non ideo minus tenetur alter ex dolo, & è contrario. Et hoc est quod ait in pr. §. *sed si quis*. Si dispar sit obligatio in causa, vt si vnus promittat decem, alter Stichum aut decem, quem maluerit, vel si vnus promittat eiusdem speciei rem meliorem, alter deteriorem, non sunt duo rei eadem ratione, quia & hic vnius solutio non liberat alterum. si vnus præstiterit Stichum, non ideo minus tenetur alter in decem: si vnus præstiterit eiusdem speciei rem deteriorem, non ideo tenetur alter in meliorem. Et eius rei arg. est lex *si id quod, hoc tit.* Et hoc quidem si dispar sit obligatio in re vel summa, vel si dispar sit in causa, vel qualitate: hæc disparitas impedit constitutionem duorum reorum; sed si in tempore tantum sit dispar, vt si vnus promittat præsenti die, alter annua die, vel menstrua vel incerta die, nihilominus sunt duo rei, & vnius solutio liberat alterum, *l. 7.*

A *hoc tit.* Idemque etiam quæritur in §. *vlt. huius l.* Si stipulationi tacitæ insint diuersa tempora, vt si vnus ex Massilia, alter ex Lutetia promittat, se daturum Romæ decem. In singulis enim habetur ratio taciti proprij temporis, vt hoc eodem lib. idem Papin. loquitur in *l. 49. §. vlt. de fideiuss.* temporis sc. quo vel hic Lutetia, vel ille Massilia Romam peruenire potest. Atque ita dispar est obligatio in tempore. Citius enim Massilia quam Lutetia peruenitur Romam, & tamen duo sunt rei debendi, & vnius solutio liberat alterum. Hoc non satis attendit Accurs. in §. *vlt.* dum non videt, qua ratione fieri potuit, vt vno, eodemque tempore eidem alius Lutetiæ, alius Massiliæ promittat, & existimat duos reos non fieri, nisi vno eodemque tempore promittant, quod est falsissimum. fiunt enim etiam separatim, *l. 3. h. tit.* id est, diuersis temporibus & locis. Nec quicquam moueor *lege 6. §. vltim. hoc titul.* quæ non hoc vult, quod existimant vulgo, modicum tantum interuallum interuenire posse inter vnius & alterius rei constitutionem, sed modicum tantum interuallum interuenire posse inter interrogationem & responsionem huius vel illius, vel inter interrogationem hanc *spondetis?* cum ambo eodem loco conuenerunt, & responsionem vtriusque: quandoquidem nihil agitur nisi interroganti mox respondeatur priusquam ad alia negotia fiat digressio, *l. 1. § qui præsens, de verb. obl. l. si ex duob. hoc tit.* Et ita est accipienda omnino *d. l. 6. §. vlt.* nam nihil refert me hodie de te stipulari eandem rem, & post mensem de altero, alio etiam loco, eo animo, vt vterque mihi sit obligatus in solidum, vt sint duo rei. Et hoc est quod ait in §. *vlt. h. l.* Et

C addendum in fine, ex *d. l. 49. de fideiussor.* quod ad rationem temporis attinet, in cuiusque propria persona singulorum consistit obligatio: Sed tamen par causa suscipitur. Ergo nihilominus sunt duo rei. Dixi plus aut minus dici quatuor modis, re vel summa, tempore, loco, & causa, siue qualitate, & quid iuris sit exposui si dispar sit obligatio in re vel summa, vel si dispar sit in causa vel qualitate, vel si dispar sit in tempore. Nunc videamus quid sit dicendum, si dispar sit in loco; vt si vnus promittat se Romæ daturum, alter se Lutetiæ daturum. Et facile est respondere, videlicet, non ideo minus esse duos reos debendi: vt disparitas temporis non impedit constitutionem duorum reorum: ita nec disparitas loci: loci adiectio est quasi temporis adiectio, *l. 6. §. vlt. ad Treb.* Ergo

D initio parem obligationem ita definiui, si nec plus, nec minus re vel causa debeat vnus quam alter, etiamsi non sit par tempore, vel loco. Quibus explicitis videamus quid præterea sit in §. *sed si quis.* Si cum vno ex depositariis ab initio paciscar, vt non tantum dolum, sed & culpam præstet, non cum altero: non sunt duo rei, quia non parem causam suscipiunt, sed si vterque ab initio mihi culpam promiserit. *Promittendi* verbum est commune pactionis, & stipulationis, & pollicitationis, & commune omnium conuentionum, vt initio huius l. dum ait, duos reos promittendi fieri omnibus contractibus. Si inquam, vterque mihi ab initio culpam promiserit, & alteri postea pacto culpa remissa sit, id est, conuenerit postea, ne alter culpam præstaret, nihilominus sunt duo rei, quia posterior pactio, quæ ex interuallo cum vno facta est, naturam

E & statum prioris obligationis, quæ cōtracta est cum vtroque mutare non potest. Hoc est, vt dicitur, pactio nuda obligationem tollere seu mutare non potest, *l. si vnus §. pactus, de pact.* Et vt ipsa verba Papiniani elegantissime exprimam, *quid*, inquit, *posterior conuentio, &c.* Breuiter hoc est: pactum nudū non potest mutare obligationem, quæ est certissima regula iuris nostri: igitur si conuenerit postea cum vno ex depositariis, vt culpam non præstaret, non cum altero, nihilominus manent duo rei debendi, vt facti sunt ab initio, & singuli conueniri possunt in solidum, prout elegerit stipulator: sed ex posteriore pacto exceptio pacti vel doli competit ei, cui culpa remissa est,

& quidem

& quidem soli, si socii non sint, *l. qui in hominem* §. *vlt. de solut, l.* 3. §. *nunc de effectu, de liber. leg.* Nam si socii sint, pactio facta cum vno; id est, remissio culpæ facta vni, proderit etiam alteri si communis culpa intercesserit, alioqui nec paciscenti proderit, quandoquidem quod is præstiterit culpæ nomine, qui pactus non est, id socio, qui pactus est, reputabit actione pro socio, *l. idem est, de pact. l.* 1. *C. de duob. reis.* Denique paciscentis interest, cui culpa remissa est, nec à se, nec à socio culpæ rationem vllam exigi: nam si exigatur à socio, & à se τῇ δυνάμει, id est, vi ipsa exigetur contra posteriorem pactionem. Igitur si socii non sint, pactio paciscenti tantum prodest si socii sint vtrique prodest, vt eadem distinctio interuenit in specie *l. seq.* Si duo rei debendi non sint socii, non in rem communem pecuniam mutuã acceperint, & vnus conueniatur, non potest compensare, quod actor debet alteri, nisi vice mutua fideiusserint: fideiussor enim recte compensat, non tantum quod sibi debet actor, sed etiam quod debet reo, *l.* 4. *&* 5. *de compensat.* Si socii sint, is qui conuenitur potest etiam compensare quod actor socio debet suo. Ad hæc forsitan quæret aliquis, *an pactum vnius ex reis debendi noceat alteri?* An prosit diximus, an noceat quæret aliquis, & in hac quæstione, an etiam sit adhibenda eadem distinctio socii sint vel non. Finge: res deposita est penes duos, nec quicquam est conuentum de culpa præstanda ab hoc vel illo. postea stipulator cum vno paciscitur ex interuallo, vt is sibi culpam præstet, non cum altero. *an hæc pactio nocet alteri? At alter culpam vtique præstabit, maxime si socij fuerint?* Respondeo nihil attinuisse quæri, quia ea pactio neutri nocet, quandoquidem ex pacto nudo non nascitur actio: ex eo igitur pacto nudo nemo obligatur culpæ nomine. in duobus reis stipulandi hoc quidem apte quæritur, an vnius pactio, veluti si vnus pactus sit de non petenda pecunia, noceat alteri. Et est proditum non nocere, *l. si vnus ex arg. in princ. de pact.* In duobus reis promittendi hoc quæritur inepte. Igitur quod ait *l. pen. hoc tit.* ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocere, non potest intelligi de pacto: aliud est factum, aliud pactum. sed nec potest intelligi de quocunque facto. Alia sunt facta, quæ rei vniuersæ cohærent, quæ personæ tantum cohærent; mora personæ cohæret, mora fit in persona tantum. Et ideo mora vnius ex reis promittendi non nocet alteri, *l. mora* §. *pen. de vsur. l. in condemnat.* §. *pen. de regul. iur.* Et is, qui moram non facit, liberatur re promissa naturaliter extincta, etiamsi conreus fecerit, & solus conreus obligatus manet. At si hominem promissum vnus ex reis occiderit, quod factum interpretes etiam moram appellant male, separatur enim mora à facto huiusmodi, à delicto huiusmodi, *l. si seruum*, §. *sequitur, de verbor. obl. d. l. mora* §. *vlt. de vsur.* Si, inquam, vnus ex reis hominem promissum occiderit, non liberatur alter, qui non occidit, factum vnius nocet alteri vt ait, *l. pen.* nec enim alter liberatur, quia hæc culpa in rem est, & perpetuat obligationem totam, rem vniuersam apprehendit siue obligationem vniuersam. Idemque erit, si vnus ex reis debendi debitum agnouerit, qua re interrumpitur præscriptio actionis, hoc etiam factum nocet alteri, quia interruptio est generalis, interrumpitur præscriptio actionis in vniuersum. Vnus est contractus, vt ait in hanc rem *l. vlt. C. de duob. reis*, vna obligatio, *l.* 3. *circa fin. hoc tit.* Et vna interruptio, quę nocet vtique, & interrumpit præscriptionem, atque ita his exemplis vti debes ad explic. *l. pen.* dum indistincte ait, factum vnius ex reis nocere alteri: nec enim id quoque est intelligendum de pacto: non potest etiam intelligi de mora, nec de quocunque facto.

Ad l. si seruus 18. de stipul seru.

Si seruus communis Mæuij & castrensis peculij, defuncto filiofamil. milite, antequam adeat institutus hereditatem, stipuletur socio, qui solus interim dominus inuenitur, tota stipulatio quæretur: quoniam partem non facit hereditas eius, quæ nondum est. Non enim si quis heredem exisiere filiofam. dixerit, statim & hereditatem eius iam esse, consequens erit, cum beneficium principalium constitutionum, in eo locum habet, vt filiusfam de peculio testari possit. quod priuilegium cessat, prius quam testamentum aditione fuerit confirmatum.

Ad leg. 14. de cast pecul.

Filiusfam. miles si captus apud hostes vita fungatur, lex Cornelia subueniet scriptis heredibus. quibus cessantibus, iure pristino peculium pater habebit. Proxima species videtur, vt scriptis heredib. deliberantibus, quod seruus interim stipulatus est, vel ab alio sibi traditum accepit, quod quidem ad patris personam attinet, si forte peculium apud eum resederit, nullius momenti videatur, cum in illo tempore non fuerit seruus patris. quod autẽ ad scriptos heredes, in suspenso fuisse traditio, itemque stipulatio intelligatur. vt enim hereditarius fuisse credatur, post aditam fit hereditatem. Sed paterna verecundia nos mouet, quatenus & in illa specie, vbi iure pristino apud patrem peculium remanet, etiam adquisitio stipulationis, vel rei traditæ per seruum fiat. Legatum quod ei seruo relictum est, quamuis tunc propter incertum nulli sit adquisitum, omisso testamento, patri tunc primum per seruum adquiretur: cum si fuisset exemplo hereditatis peculio adquisitum, ius patris hodie non consideraretur.

EXplicanda nunc nobis occurrit quæstio *l.* 18. *de stip. seru.* coniuncta *l.* 14. *de castr. pecul.* quæ est eadem de re, quæstio sane subtilissima & difficillima, & controuersa etiam inter ipsos iuris auctores. Seruus quidam erat communis Mæuij & filiifam. militis, qui in eo seruo partem quæsierat per occasionem militiæ, atque ita eum habebat in castrensi peculio. Denique seruus erat communis Mæuij & castrensis peculii. filiusfa. eo iure, quod in castrensi peculio filiofa. militi, atque etiam veterano concedunt constitutiones principum, testamentum fecit de castrensi peculio viuo patre, & Sempronium sibi heredem instituit, quo deliberante de adeunda vel repudianda hereditate, interim is seruus aliquid stipulatus est ab extraneo. Quæritur vtrum stipulatio soli Mæuio acquiratur in solidum, an Mæuio pro parte, & hereditati filiif. pro altera parte, quasi dominæ: vulgo dicitur hereditatem iacentem fungi vice dominæ, *l. non minus* §. *vlt. de hered. inst. l. cum hereditas, C. depos.* nulla vox frequentius occurrit in his libris, & ob id seruus hereditarius recte stipulatur hereditati quasi dominæ, *l.* 35. *hoc tit.* vel si stipuletur sibi aut impersonaliter, stipulatio interim acquiritur hereditati, & per hoc etiam heredi postea facto, vt est in *Inst.* scriptum, *eod. tit.* Verum ad hæc sciendum est, filiumfamil. in castrensi peculio, quasi patrem famil. esse, *l.* 2. *ad Maced.* sed non omnino quasi patremfam. esse, vt ait *l. vlt. ad Tertull.* Et confirmatur *l.* 1. 2. 9. *& l. pen.* §. *pater, de castren. pec. l.* 1. §. *si is, qui bona, de collat. bon. l. filiusfam. ad leg. Falcid.* Nam si filiusfam. moriatur intestatus, in castrensi peculio heredem non habet, nisi hodie ex Nouel. 118. liberos suos, sed veluti quodam postliminio bona castrensia iure peculii remanent apud patrem, perinde ac si retro peculium fuisset acquisitum patri, nec vllum ius in eo habuisset filiusf. id enim ius, quod ei in eo dederunt constitutiones principum, priuilegiũ est personale, priuilegium militiæ, quo si non vtatur filiusfam. vt si testamentum non faciat de castrensi peculio, pater peculium quasi rem suam suo iure occupat. non habet igitur filiusf. heredem castrensis peculii, nisi testamento heredem sibi instituerit. Hoc non est satis. Addendum, vt is heres institutus hereditatem adierit: Nam si non

adierit hereditatem, nec retro filiifam. hereditas fuisse intelligitur. Testamentum filiifam. militis, vt ait eleganter Papinian. hoc loco, aditione confirmatur, quod vt mox dicam, non potes etiam dicere de testamento patrisfa. Testamentũ igitur filiif. militis aditione cõfirmatur, id est, hereditas eius fit aditione, *d. l. filiusfam. ad leg. Falcid.* nec enim ante aditionem videtur eius hereditas fuisse, & patrisfam. testamentum morte confirmatur, vt & D. Paulus ait in epist. ad Hebræos, & statim à morte defuncti hereditas esse intelligitur, antequam adita sit: ergo filiofam. qui testamentum fecit de castrensi peculio heres est, qui scriptus est, & adire potest, *heres existit*, vt loquitur Papinian. hoc loco. Quod notandum. Nam heredem *existere* alias est ipso iure hereditatem acquirere, etiam ignorantem & inuitum, alias est miscere se bonis: hoc loco est heredem institutum esse, vt adire possit. Vnde sic dico, filiofamil. qui testamentum fecit de castrensi peculio, heres est, qui scriptus est, & adire potest, sed non est hereditas ant equam adierit heres, non est hereditas, antequam adita sit. Neq; hoc valet argum. à coniugatis, *si heres est, & hereditas igitur*, quod etiam genus argumentationis Quintilianus non magnopere probat: valet tamen argumentum concludendo negatiue hoc modo: *si hereditas non est, nec seruus igitur hereditarius est*: Nam seruus hereditarius ab hereditate, non ab herede, dicitur hereditarius; & ob id semper *seruus hereditarius* dicitur: tamen iacente hereditate & vacante, nec dum adita, quoties hereditas dici potest, ante aditionem veluti de bonis patrisf. Ex quo efficitur, quod ante aditam hereditatem filiif. stipulatur seruus communis, Mæuii & castrensis peculii, id hereditati acquiri non posse, quæ nondum est, quia non est hereditas filiifa. ante aditionem. ei igitur acquiri in solidum, quia solius est, cui acquiri potest, & nemo ei partem facit, nemo concurrit, vt seruus solus Mæuii est interim, nec potest dici hereditarius, quia nondum est hereditas. sed quæso legamus integra verba Papin. *Si seruus.* Verum addendum est ex eodem Papin. libro, ex *l.* 4. *de castrens. pecul.* ante additionem nihil videri adquisitum hereditati, ex stipulatione serui castrensis, qui nondum est, sed post aditionem retro intelligitur seruus hereditarius, & hereditas fuisse à morte filiifamilias, quia aditio retrotrahitur semper in iure, *l. heres quandocunque, de acquir. hered. l. si ex re* §. *vlt. h. t.* Et consequenter, pars stipulationis ad heredem, qui adiit, pertinet, pars ad Mæuium. quod si non sit adita hereditas, si omissa sit ab herede scripto; patri, apud quem peculium residet, sane stipulatio non acquiritur, sed omne eius emolumentum in solidum pertinet ad Mæuium: legatum autem, puta, si interim seruo sit relictum, omisso testamento patri acquiritur, saltem eo tempore, quo omisso testamento seruus fit patris, atque ita est hac in re differentia inter stipulationem & legatum. Et ratio differentiæ hæc est, quia ex stipulationibus tempus contractus spectatur. Eo autem tempore non fuit seruus patris, ergo per eum nihil acquiritur patri, nec si postea fiat patris, quia non quod postea successit, tempus spectatur in stipulationibus, sed tempus contractus tantum, in legatis non spectatur tempus, quo legatum relinquitur, *l. si filiusfam. de verbor. oblig. l. vsusfruct. h. tit.* Quæ differentia inter stipulationes & legata manat latissime, & ferit alias inumeras.

Sed quæso transeamus modo ad eam *l.* 14. ex qua hoc sumimus, vt eam totam interpretemur per partes, alioquin non possit probe intelligi. Initio *d. l.* 14. ponit, quod est certissimum, filiumfam. militem ante captiuitatem fecisse testamentum de castrensi peculio iure concessum, & deinde eundem mortuum apud hostes. testamentum eius confirmatur lege Cornelia, quæ fingit non mortuum eum esse in captiuitate, sed paulo ante captiuitatem ciuem Romanum. fictio legis Corn. & hereditatem, & heredem facit, *d. l. filiusf. ad leg. Falcid.* Eo igitur ibi mortuo heres eius, qui testamento scriptus est, si

A cessauerit, id est, si non adierit, non erit hereditas filiifa. sed erit peculium, quod iure pristino pertinebit ad patrem, iure scil. eo, quod pater habuit in omnibus filiifa. indistincte ante priuilegia constitutum, iure primo, iure patriæ potestatis, iure patris, vt ait hoc loco. & in *l. pen.* §. *pater, hoc tit.* Quod & ius pristinum dicitur, & ius antiquum, quod fuit ante constitutiones in iisdem locis, in *d. l. filiusf.* & hoc est quod ait in 1. *parte l.* 14. *filiusfamilias.*

Sequitur secunda pars. Finge: post mortem filiif. qui testamentum fecerat, ante aditam hereditatem seruus castrensis aliquid stipulatus est ab extraneo, vel etiam aliquid per traditionẽ nactus est. Pap. ait in hac *l.* 14. hãc speciem esse proximam, id est, esse consequentem superiori, vt sc. inspiciatur ex cuius persona vires habeat id, quod seruus castrensis interim acquisiuit ex stipulatione, vel ex traditione. Et Papin. distinguit inter patrem & heredem. quantum ad patrem attinet, nulla est stipulatio,

B nulla traditio, quia etiamsi peculiũ apud patrem resederit repudiata hereditate testamentaria filii sui, nihil ei acquiritur ex stipulatione, vel traditione, quia eo tempore, quo interuenit stipulatio, vel traditio, seruus neque fuit, neq; intelligitur fuisse patris. quod ad heredem attinet, stipulatio & traditio in pendenti est, in suspenso, quia si heres adierit, seruus ei retro intelligitur acquisiisse ex stipulatione, propterea quod aditio retro recurrit, si non adierit, nulla est acquisitio. Et ita quidem Papin. constituit hanc differentiam inter patrem & heredem, tractans de stipulatione, & traditione, nondum de legato his verbis, in secunda parte, *proxima species.* Ergo hac

C parte Pap. ponit differentiam inter patrem & heredem, quam exposui. Quod subiicitur in tertia parte est nota Vlpiani ad Pap. vt apparet ex *l. in eo, de acq. rer. dom.* Supprimitur nomen Vlp. nomen eius, qui notat Pap. vt *lib.* 3. *l. filius qui patri* §. *cum filius, de bon. libert. l. pen. de iure cod.* Et ita suppresso nomine Vlpiani, qui scripsit notas ad Papin. subiicitur in tertia parte: paternam verecundiam postulare, vt &c, quod ad patris personam attinet, intelligatur stipulatio & traditio esse in suspenso, ante aditionem, ita vt si peculiũ remanserit apud patrem, seruus retro intelligatur acquisiisse peculio, & per hoc patri iure patris postea nacto peculiũ: si adierit heres, acquirat heredi, excluso patre. Et hæc sunt verba notæ, *sed paterna,*

D *&c.* quæ tertia pars plane abrogat secundam. Ac præterea vt apparebit ex 4. *& vlt. parte*, idem Pap. constituebat differentiam inter stipulationem & legatum, si repudiaretur hereditas filiif. militis, si omitteretur testamentum: Nam ex stipulatione dicebat nullo modo acquiri patri, sed notatus fuit ea in re. legatũ tantum acquiri patri, quod ei seruo interim esset relictum, & eo sc. tempore demum, quo repudiata esset hereditas, nec eis retro legatum patri acquisitum fuisse videri. Imo vero interim propter incertum nulli acquisitũ fuisse legatum. Et dicebat hanc esse differentiam inter hereditatem & peculium, quod si adeatur hereditas, seruus interim videatur legatum acquisiisse hereditati, quia aditio retrotrahitur: si omittatur hereditas, & iure patris peculium resideat apud patrem, seruus deliberante herede scripto

E legatum non videatur acquisiisse peculio: ius patris non retrotrahi, quia medium tempus obstat, quod deliberante herede scripto imaginem hereditatis præbuit, vt eleganter ait *l. pen.* §. 1. *h. t.* Et ob id aditio quidem hereditatis retrotrahitur, sed ius patris non retrotrahitur, vel si retrotrahatur, vt ait, *hodie*, id est, nunc primum omissum est testamentum, *non consideraretur*: atqui nunc primum consideratur. ergo non retrotrahitur, ergo nũc primum per seruum patri acquiritur legatum, nec retro ei censetur acquisitum esse. Et ita explicanda est vlt. pars huius legis. Atqui hodie consideratur, ergo retro peculio non videtur acquisitum legatum, id est, licet retro videatur acquisitum hereditati; exemplum hereditatis non admittimus in peculio. Sed ad hanc vlt. partem volo adiici etiam superiorem notam Vlp. vt etiam legatum

videatur retro fuiſſe acquiſitum peculio, & ius patrium retrotrahatur, *d.l.in eo,de acq.rer. dom.* Cui in hanc rem coniungenda eſt *l.9.h.t.*quæ eſt ex eod.lib. Vlp. Et vtraq; oſtendit, non adita hereditate filiifa. retro peculium caſtrenſe videri acceſſiſſe bonis paternis, & hanc etiam forte cuilibet licebit expedire quæſtionem propoſitam in *l. pen. §.pen. h.t.* ſi dum deliberat heres ſcriptus teſtamento filiif. ceſſerit dies legati relicti ſeruo caſtrenſi in teſtamẽto eius, ex quo pater nihil capere poteſt, heres filij capere poteſt. Quæritur, *an poſtea repudiante herede ſcripto, legatũ pertineat ad patrem iure peculij, cum pater eius teſtamenti ſit incapax, quo legatum ſeruo relictum eſt?* Sane legatum pertinebit ad heredem ſi adierit, quia heres fuit capax, atq; ſecundum Pap. ſententiam ſi non adierit heres ſcriptus, legatũ pertinebit ad patrem, quia ex Pap. ſententia, tunc cum ceſſit dies legati, pater dominus ſerui fuiſſe non intelligitur, ita vt ex eius perſona poſſit dici inutiliter ceſſiſſe diem legati: nam dominus eſt incapax & ſeruus quoq;: vel ſi capax, & ſeruus quoque. Et id eſt quod dicitur, *cum ſeruo eſſe teſtamenti factionem ex perſona domini:* nam ſi non eſt cum domino, nec cum ſeruo, *l. debitorr §. ſeruus, de leg. 2. l. non minus, de her.inſt.* Non poſſis igitur dicere, legatum inutiliter ceſſiſſe, quaſi incapaci relictũ, cum quo tempore ceſſit pater qui erat incapax, non fuerit dominus ſerui, ex ſententia Pap. ſecundum aliorũ ſentẽtiam, quæ obtinuit, addamus legati diem ceſſiſſe etiam ſeruo non habenti dominum, ac poſt acquiri nouo domino, puta patri omiſſo teſtamento filiif. etiamſi ex eo teſtamento non potuerit capere, in quo legatum relictum eſt ſeruo caſtrenſi; at ſi contra aliorum ſententiam legatum non acquiratur patri, qui tempore ceſſionis legati pater intelligitur fuiſſe dominus ſerui, ergo incapacitas eius legatum inutile conſtituit. Eſt quod addam in illum locũ: *ſed paterna verecundia,* verecundia paterna, vt verecundia materna, *l.32.§.1.de dõ.* verecũdia patronalis, *l.20.eod.tit.* non eſt verecundia, quæ in eis perſonis eſt; ſed obſeruantia quædam, quæ eis debetur & exhiberi debet ab omnibus, quoties de eorum iure diſceptatur, quæ ratio efficit ſæpe, vt quod iure non debetur patri vel matri, ei tamen concedatur, indulgeatur, accommodetur. iure nihil quicquam debetur patri apud quem peculium caſtrenſis filij remanſit, omiſſo teſtamento filij, ex ſtipulatione, quam ſeruus caſtrenſis medio tempore contraxit, deliberante herede ſcripto in teſtamento filij, neq; ex eo, quod is ſeruus interim ab alio per traditionem accepit. legatũ autẽ quod ei ſeruo interim relictum eſt, patri debetur ex eo tãtum tempore, patri ve acquiritur, quo omiſſo teſtamento filij, peculium apud eum iure priſtino reſidere cœpit, & acquiſitio peculij, ſiue ius patris non retrotrahitur. Ius ita eſt, ſed paterna obſeruantia, vt notatur ad Pap. in *d.l.* 14. facit, vt ex omnib. cauſis indiſtincte retro cenſeatur peculio is ſeruus acquiſiuiſſe, quod acquiſiit medio tempore, deliberantib. ſcriptis heredib. teſtamento filiif. ac per hoc etiam patri poſtea nacto peculium. Atq; ita non exiſtimandum eſt, temere omnino & perperam iudicare eos, qui plus deferunt patri vel matri, quam iuri, plus verecundiæ paternæ vel maternæ, quam rationi iuris. Erubeſcimus contra has perſonas pronuntiare, quoties de eorum iure agitur, etiamſi cõtra eas pronuntiari ius velit. Quo colore, hodie nobis licet excuſare & defendere Senatus decreta, & huius animaduerſionis vos meminiſſe ſemper velim; ſæpe occurrit Senatus decretum, quod nemo eſt, qui non arguat iniquitatis, quod licet defendere, obtentu paternæ aut maternæ obſeruantiæ, cui poſtponitur ratio iuris. Non male nunc perſequar reliquas quæſtiones, quæ ſunt in *l.18.de ſtipul. ſeru.*

Ad §. ſi ſeruus l.18. de ſtip. ſeru.

Si ſeruus Titij & Mæuij partem, quæ Mæuij eſt, ſibi dari ſtipuletur, nulla ſtipulatio eſt: cum ſi Titio dari ſtipulatus fuiſſet, Titio acquireretur. Quod ſimpliciter concepta eſt ſtipulatio: veluti, partem eam, quæ Mæuij eſt, dare ſpondes? non adiecto mihi, prope eſt, vt quia ſine vitio concepta eſt ſtipulatio, ſequatur eius perſonam, cuius poteſt.

QVæritur in §. *ſi ſeruus*, an valeat ſtipulatio, ſi ſeruus communis Titij & Mæuij, de Mæuio partem, quæ Mæuij eſt, ſibi dari ſtipuletur? Et diſtinguit elegãter Pap. hoc modo: Aut ſtipulatur eam partem Titio dari alteri domino, & Titio acquiritur obligatio abſque dubio: aut eam partem ſibi dari ſtipulatur hoc modo: *partem tuam Mæui mihi dare ſpondes?* & vitium ineſt ſtipulationi propter verbum, *mihi*, quia non poſſum me mihi ſtipulari, ergo nullius momenti eſt ſtipulatio, *l. 2. h. t.* Seruus ipſe ſibi ſtipulari non poteſt, ipſa vltima ſyllaba huius vocis, *ipſe*, abſorbuit alterum, ſe, quæ ſequebatur, namq; ita corrigenda eſt lex, *ſeruus communis ipſe ſe mihi ſtipulari non poteſt, alteri domino ſe ſtipulari poteſt.* Et ita etiam verbum *mihi*, vitiat ſtipulationem in ſpecie *leg. ſi ſeruus meus, hoc tit. & l. 10. de oper. libert.* Si ſeruus meus ſtipulatur à liberto meo operas ſibi dari, quæ non poſſunt deberi niſi ſoli patrono, inutilis eſt ſtipulatio: quæ tamen eſſet vtilis, ſi non dixiſſet *mihi*, ſi ſibi ſtipulatus non fuiſſet. Itaq; quod dicitur in *l.1. & l.15. hoc tit. nihil intereſſe ſeruus ſtipuletur ſibi, an domino, an ſimpliciter, an imperſonaliter*, ita intelligi debet, ſi id quod ſtipulatur ſibi, ſibi dari poſſit: nam per eum domino acquiritur, perinde atque ſi domino ſtipulatus eſſet, non ſi ſeipſum ſibi ſtipuletur ab vno ex dominis: Nam ſi operas ſibi ſtipuletur à dominis, quia aliis caſibus prorſus inutilis ſtipulatio eſt. vitium etiam ineſt in ſubſtitutione pupillari, propter verbum *mihi*, ita concepta, ſi filius meus intra pubertatem deceſſerit, tunc ille mihi heres eſto, quia ſubſtitutione pupillari, nõ mihi, ſed filio impuberi heres inſtitui poteſt: ſubſtitutio pupillaris eſt teſtamentum filij, non tamen meum, & vbi teſtamentum ibi hereditas, vt eleganter Ambroſius epiſtola 73. *Si ſub lege Dei ſumus, & lex eſt teſtamentum vetus, ergo heredes ſumus. nam vbi teſtamentum, ibi hereditas.* Et tamen vtilis eſt ſubſtitutio ea, licet adiecerit *mihi, l. 1. l. coheredi §. vlt. de vulg. ſubſtit. l. ſi ita ſcriptum §. qui filio, de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* Cur ita? quia teſtamentorũ vitia aut menda, non vitiant teſtatoris voluntatem, *l.1. de condit. inſtit. l. hereditas, de hered. inſtit.* quia teſtantium voluntates latius accipiuntur. ſtipulationũ vitia vitiant obligationem, quia ſtipulationes ſtrictius accipiuntur, *l. quicquid, de verb. oblig. l. ſtipulatus, de fideiuſſor.* Reſtat adhuc tertium membrum diſtinctionis: Aut ſeruus ille communis Titij & Mæuii partẽ Mæuio dari ſtipulatus eſt ſimpliciter, *l. 15. hoc tit.* non adiecto verbo *mihi*, vel alio. Et tunc conſtat valere ſtipulationem, quia ſine vitio concepta eſt. conſequenter obligationem adquirit Titio alteri domino in ſolidum, quia is ſolus eſt, cui adquiri poteſt. Et ita in *l. ſi ſeruus meus, hoc tit.* detracto verbo *mihi:* Detracto illo vitio, ſi ſeruus meus ſtipuletur operas dari à liberto meo ſimpliciter, valet ſtipulatio, perinde ac ſi nominatim mihi ſtipulatus fuiſſet, non ſibi. Et ita proculdubio *l. ſeruus, 10. de oper. libert.* dum ſignificatur, eos qui ſunt in poteſtate patroni, recte ſtipulari operas à liberto eius, in cuius ſunt poteſtate, hoc debet intelligi, ſi modo rite concepit ſtipulationem, puta ſi eas ſtipuletur patrono, vel imperſonaliter: nam ſi ſibi, nihil agunt. Et hoc eſt quod ait §. *ſi ſeruus.*

Ad §. ſeruus 2. eod.

Seruus capto domino ab hoſtibus, domino dari ſtipulatus eſt: quamuis, quæ ſimpliciter, vel ab alio accepit, etiam ad heredem captiui pertinent, aliudque ſit iuris in perſona filij, quia nec tunc fuit in poteſtate cum ſtipularetur, nec poſtea deprehenditur, vt ſeruus, in hereditatem: tamen in propoſito poteſt quæri, num ex hac ſtipulatione nihil acquiſitum heredi videtur, quomodo ſi ſeruus hereditarius defuncto, aut etiam heredi futuro ſtipulatus fuiſſet. Sed in hac ſpecie ſeruus filio exa-

quabitur: nam etsi filius captiuo patri suo stipulatus fuerit A *dari, res in pendenti erit, etsi pater apud hostes decesserit, nullius momenti videbitur fuisse stipulatio, quoniam alij, non sibi stipulatus est.*

SEquitur alia quæstio in §. *si seruus*, non iam de seruo communi, sed de seruo vnius proprio, an valeat stipulatio vel traditio, si seruus captiuo alicui dari stipulatus fuerit, vel per traditionem acceperit, & dominus apud hostes decesserit. si reuersus fuerit postliminio, nullus est labor: quia retro creditur in ciuitate fuisse propter fictionem postliminij, & perinde omnia seruantur, atq; si nunquam venisset in potestatē hostium. Sed si moriatur apud hostes, quæstionis est, quid fiat de his, quæ seruus B eius, vel filius interim acquisiuit. Et in hac quæstione vtemur varia, & multiplici distinctione, cuius prima pars hæc erit: Aut seruus captiui simpliciter stipulatus est dari, vel simpliciter ab alio rem sibi traditam accepit, non dicens, cui stipularetur, nec cui acciperet. Et hoc casu heredem captiui quem fictio legis Corneliæ heredem facit, ita vt retro credatur ei fuisse delata hereditas eo tempore, quo ille captus est, quia ille tunc decessisse videtur, cum captus est, *l.* 18. *de cap. & postlim.* quia vt ait *l. iusto, in fine, de vsurp. & vsuc.* tempus captiuitatis ex die, quo captus est, morti postea secutæ iungitur, concinnatur vnum tēpus, confusio captiuitatis & mortis tēmpore: heredem, inquam, captiui sequitur stipulatio simpliciter concepta à seruo, vel traditio facta seruo simpliciter, & impersonaliter, quia lege Cornelià seruus hereditarius fuisse intelligitur. quod autem seruus hereditarius simpliciter stipulatur, id hereditati, & per hanc heredi postea facto acquiritur. C Et hac in re notatur hoc, differentiam esse magnam inter seruum, & filium: nam si quid filius captiui stipuletur vel accipiat simpliciter, mortuo patre apud hostes, id videtur sibi acquisiisse in solidum, non hereditati, non heredi patris, si ipse exheredatus sit, non coheredi pro parte, *l. in bello* §. *si quis capiatur, de capt. & postlim.* Et ratio differentiæ redditur inter filium & seruum cum in hoc loco, tum in *d.* §. *si quis capiatur*, euidenter, quia seruus stipulationis tempore fuit in bonis defuncti, & in bonis esse perseuerat, heredemque defuncti sequitur, id est, in hereditate deprehenditur: filius ante non fuit in protestate stipulationis tempore, nec postea deprehenditur vt seruus in hereditate, quia sui iuris esse videtur, ex quo captus est pater, ac proinde sibi interim acquisiisse ex stipulatione traditioneve, itemque D legato, non hereditate, vt ait *d.* §. *si quis capiatur.* qui hereditatem interim capere non potest, acquirere non potest, propterea quod modus status eius in pendenti est, & si redeat pater, videbitur semper fuisse filiusfam. si ibi moriatur, videbitur fuisse paterfam. statim ex quo captus est pater, *l. bona* §. *quod si filius, eod. tit.* §. *si ab hostibus, Inst. quib. mod. ius pat.* Qui dubitat de suo statu filiusfam. sit an paterfam. potest acquirere sibi delatam hereditatē adeundo vel pro herede gerendo, *l. sed etsi de sua, de acquir. hered.* non etiam is cuius status est, cuius statum in suspenso esse certum est, atque compertum. Sed persequar alias partes distinctionis. Aut seruus captiui stipulatur nominatim Titio domino suo, qui est apud hostes: Et hoc casu nihil valet stipulatio, nec pertinet ad heredē captiui eo ibi mortuo, quia seruus hereditarius fuisse intelligitur, vt dominus ille fingitur mortuus stipulationis E tempore: seruus autem hereditarius inutiliter stipulatur Titio domino suo mortuo iam, *l. pen. de reb. cred.* quia desiit esse dominus, & non domino facta stipulatio non valet: alteri facta stipulatio, qui neque est dominus, neque pater, id est, cuius iuri subiectus non est, non valet. Idemque etiam dicendum est, vt ostendit hoc loco Papin. in filio captiui, si quid patri stipuletur, mortuo postea apud hostes, quia intelligitur stipulatus ei, cuius iuri subiectus non fuit, & extraneo facta stipulatio nullius momenti est. Ergo quod attinet ad priorem partem distinctionis, est differentia inter seruum & filium. Quod ad secundum, nulla est differentia, sed exæquatur seruus filio, filius seruo. Sequitur tertia pars distinctionis. Aut seruus captiui stipulatus est dari heredi futuro nominatim, vt extraneo cuilibet, hoc modo: *Titio dari*, qui postea heres extiterit captiuo: Et hoc casu videtur non valere stipulatio, quia heres non fuit dominus stipulationis tempore, *l.* 16. *hoc tit. l. si seruus* §. *vlt. de pact.* Aut stipulatus est dari heredi futuro non nominatim hoc modo: *heredi domini mei futuro dare spondes?* Et hoc casu valet stipulatio & acquiritur heredi, qui postea adierit, quia retro intelligitur fuisse dominus serui, eique seruus stipulatus est, vt domino, non vt extraneo, *l. si ex re* §. *vlt. l.* 35. *hoc tit.* Quia, vt diximus, semper aditio retrotrahitur, siue tempus aditionis tempori mortis testatoris iungitur, nectiturque, & ex duobus temporibus conflatur vnum tempus. Idemque erit si seruus stipuletur hereditati, quia est vice domini. Idem erit si sibi stipuletur rem quæ sibi dari possit, *d. l. pen. de reb. cred.* Sed his vltimis casibus, quos adnotaui, & in quibus idem esse constitui, præterquam si stipuletur nominatim heredi futuro, differentia est rursus inter seruū & filium: nam siue filius captiui stipuletur heredi patris postea adituro, siue non nominatim, siue stipuletur hereditati, nihil agit: at si stipuletur sibi, sibi acquirit, non hereditati. Et hæc est finitio huius quæstionis.

Ad §. vltim.

Cum seruus fructuarius operas suas locasset, & eo nomine pecuniam in annos singulos dari stipulatus esset: finito fructu domino residui temporis acquiri stipulationem Iulianus scriptum reliquit. Quæ sententia mihi videtur firmissima ratione subnixa: Nam si in annos forte quinque locatio facta sit, quoniam incertum est, fructus in quem diem duraturus sit, singulorum annorum initio cuiusque anni pecunia fructuario quæreretur. secundum quæ non transit ad alterum stipulatio, sed vnicuique tantum acquiritur, quantum ratio eius permittit. Nam & cum seruus ita stipuletur; quantam pecuniam tibi intra illum diem dedero, tantam dari spondes? in pendenti est, quis ex stipulatu sit habiturus actionem: si enim ex re fructuarij, vel operis suis pecuniam dedero, fructuario. si vero aliunde, domino stipulatio quæretur.

IN princ. *l.* 18. *de stip. seru. & in* §. 1. actum est de seruo communi duorum vel pluriū. In §. *seruus*, de seruo vnius proprio. Nunc in §. *vlt.* in quo sane magno labore opus est, agitur de seruo fructuario, in quo sc. vnus vsuf. habet, alter proprietatem nudam, qui neq; est proprius huius vel illius pleno iure, neq; communis inter eos: nam communio est societas iuris eiusdem, non pro solido, sed pro partibus indiuisis, & inter proprietarium & fructuarium non est cōmunio iuris eiusdem, sed neq; inter duos fructuarios est communio, qui pro solido singuli vsumf. habent, non pro parte, *l.* 32. *h. t.* & vsusf. potest esse duorū in solidum, non dominiū, *l. si is incerto* §. *vlt. com. præd.* non possessio ex Proculianorum sententia, quæ obtinuit. Cōmunio igitur est cōmunio iuris eiusdem non pro solido, sed pro partib. indiuisis. Seruus autem fructuarius fructuario acquirit ex duab. causis tantum: ex re fructuarij, ex peculio, quod habet à fructuario, & ex suis operis, vt si se locauerit, vel si fructuarius ipse eum locauerit, *l.* 2. *de vsuf. leg.* Quod obtinet etiam in seruo alieno aut libero homine bona fide possesso, imo & in seruo communi effectu ipso, *l. si ex re* §. 1. *h. t.* non in seruo vsuario: nam hic vsuario acquirit ex re vsuarij tantum, non ex suis operis, *l.* 14. *in pr. de vsu & hab.* nisi quatenus operis eius vtitur vsuarius, tabernæ forte præpositi, vel officinæ, vel cui alij rei ad eum pertinenti, *l.* 12. *in p. l.* 16. §. *vlt. h. t.* Atq; ita non semper operæ, licet exhiberi nobis iure debeant, habentur & ex re nostra. Et recte huic sententiæ adiicitur articulus, *quodammodo, l. qui bona fide. de acq. rer. dom.* sed de seruo fructuario tractemus. Finge: Seruus fructua-

rius operas suas locauit in quinquennium, & eo nomine A pecuniam, id est, mercedem certam, in annos singulos dari stipulatus est, & interim nondum peracto tempore locationis, vsusf. interiit morte fructuarij. Papin. refert hoc loco Iulianum scribere residui temporis stipulationem domino, id est proprietario acquiri. Et vehemẽter laudat sententiam Iuliani, cum eam dicat esse firmissima ratione subnixam: nam in pendenti esse ait, cui & quatenus acquiratur ea stipulatio, fructuario an domino, propterea quod incertum est, in quem diem duraturus sit vsusf. qua ratione incertum dicitur in obligationem deducere, qui vsumfructum stipulatur, *l. vbi autem* §. *fi. de verb. oblig.* Denique non est certum, an quinquennio integro duraturus sit vsusfructus. Et ideo incertus est rei euentus & res in pendenti est, *l. bouem* §. *vlt. de ædil. edic.* Si vsusfructus biennio tantum du- B rauerit, pro rata tantum biennij stipulatio fructuario acquiretur, sequentium autem annorum stipulatio acquiretur domino. Non possis igitur ab initio constituere eam totam stipulationem acquiri fructuario: sed hoc recte dices, esse in pendenti, in euentu, in casu, in accidente. Et notandum est valde, quod ait Papinian. hoc loco, *singulorum annorum initio cuiusque anni pecuniam*, id est, actionem petendæ mercedis in stipulationem deductam, *in annos singulos fructuario acquiri*, quia sc. pura est stipulatio, si quis certam pecuniam annuam, vel in annos singulos dari stipuletur, §. *at si ita, Inst. de verb. oblig.* Et consequenter initio cuiusque anni pecunia peti potest, quia pure debetur. Qua de causa si in ingressu cuiuslibet anni moriatur fructuarius, dicam mercedem hu- C ius anni integram ad heredem fructuarij pertinere. Nec quicquam moueor *l. 8. de ann. leg.* nec §. *is vero, Inst. de rer. diuis.* quibus locis negatur, fructuarium heredi suo relinquere fructus, qui mortis suæ tempore maturi erant, nec dum percepti, & à solo separati: nam est differentia aliqua inter fructus & hanc stipulationem. Fructus eius anni, quo mortuus est fructuarius, qui moriente eo pendebant, domino acquiruntur, non heredi fructuarij. stipulatio pertinet ad heredem fructuarij, quæ iam non pendebat, sed acquisita erat fructuario initio anni. Sed & hoc vos maxime notare velim: vt dominus, ex fructibus debet conferre & contribuere heredi fructuarij pro rata temporis, quo eo anno vsusfructus stetit, quia etsi vsusfruct. ei acquiratur, non ideo minus fructus D sunt contribuendi, *il faut qu'il soit remboursé*, quia dominium non impedit contributionem. Nam & ita fructus pendentes facto diuortio, quamuis mulieri acquirantur, tamen in contributionem veniunt, vt ex eis vir partem ferat pro rata temporis, quo eo anno matrimonium stetit, *l. 7. §. interdum, l. si filiofam.* §. *vlt. solut. matrim.* Ita vero, licet illa stipulatio in annos singulos, initio cuiuslibet anni, mortuo fructuario, quasi semel acquisita fructuario transmittatur ad heredem, tamen pati debet heres, vt in partem pecuniæ veniat dominus pro rata residui temporis, quo vsusfruct. non stetit. Et est hac in re paulula quædam differentia inter hanc stipulationem, & legatum relictum in annos singulos: nam cœpti anni legatum debetur heredi legatarij in integrum, ita vt heres testatoris ex eo nihil deducere, vel E deminuere possit, *l. 5. de ann. leg.* Cœpti anni stipulatio interposita ex causa locationis operarum à seruo fructuario, ad heredem fructuarij etiam pertinet, sed ex ea debet domino partem contribuere, ne videatur vltra mortem fructuarij vsusf. permansisse, quod vtique Accurs. non male ait, dominum consecuturum condictione sine causa. Sequentium autem annorum stipulatio domino acquiritur ipso iure. Et ita concludit Papinian. Ex quo apparet, & in hoc versari potissimum difficultatem rei propositæ, stipulationem semel acquisitam fructuario, non transire ad dominum, sed ad heredem fructuarij, secundum communem formam iuris, puta stipulationem quæsitam fructuario iam ab initio eius anni, quo vita functus est, licet ex ea debeat heres domino partem contribuere, & sequentium quoque annorum stipulationem non transire ad dominum à fructuario, quæ nunquam videtur fuisse acquisita fructuario, non transire, inquam, sed acquiri domino. Et ideo recte Iulianus scripsit: *Residui temporis stipulationem domino acquiri*, non dixit, *transire*, sed, *acquiri*, & Paulus *pertinere*, in *l. si operas, de vsufr.* Et Papinian. tacite hoc loco reprehendit Vlpianum, & hoc est certissimum, qui scripserat stipulationem quæsitam semel fructuario transire ad dominum in *l. sed & si* §. *si operas, de vsufr.* contra regulas iuris, quæ volunt, vt stipulationes vel obligationes quæcumque nobis acquisitæ semel, non transeant nisi ad successorem vniuersi iuris nostri, id est, ad eum, qui in ius nostrum vniuersum successerit, veluti ad heredem, bonorum possessorem, fideicommiss. Trebellianum, vel patrem adrogantem, sed reprehendit Vlpianum Papin. vt dixi, non nominatim, sed tacite, non studio notandi, sed inquirendi veri, his verbis, *secundum quæ non transit ad alterum stipulatio*, quasi velit dicere, non debuit Vlpianus vti verbo transeundi, sed acquirendi, *quia vnicuique tantum acquiritur*, vt ait, *quantum ratio iuris permittit*, nec ab vno ad alterum transit stipulatio, quasi ad successorem, cum non sit successor iuris fructuario dominus. Fuit, vt alias dixi, inter Vlpianum & Papin. æmulatio quædam, quæ dicitur alere firmiores profectus in literis, vberiores fructus in literis, & quodammodo laudabilis. euidens est dissidium inter iuris auctores, quoties alter alterius verbum aut rationem perstringit & reiicit, vt in *l. singularia, de rebus cred. & l. qui negotia, mand.* idemq; in *l. 3. §. pen. de act. emp. & l. 4. de vsur.* Et stultæ est aut obscuræ diligentiæ, quod euidens est, dissidium inter auctores, id modo quocumque finire conari. Iam sumus prætervecti hunc scopulum. In extremo huius §. ne nouum videretur quod dixi ante, in pendenti esse illam stipulationem, de qua fuit posita species, cui scilicet acquiratur, tradit similem casum, quo etiam in pendenti est stipulatio cui acquiratur, fructuario an domino, quem & ex Iuliano Vlpianus retulit in *d. l. sed & si quis* §. 1. Finge: Seruus est numeraturus pecuniam Titio mutui nomine, & antequam numeret, stipulatur de Titio, tantam pecuniam sibi reddi, quantam intra biduum illi numerauerit. nihil refert stipulatio precedat mutuum, an sequatur, *l. 6. §. vlt. de nouat. l. 3. §. vlt. & l. contra, ad Maced.* In pendenti est, cui acquiratur stipulatio: in pendẽti est acquisitio stipulationis huiusmodi, & numeratio declarabit, quæ post sequetur, cui sit acquisita: nam si seruus pecuniam numerauit ex re fructuarij, vel ex suis operis, retro videbitur acquisita fructuario: si aliud numerauerit domino, & interea traditio quoque siue acquisitio domini in plerisq; casibus in pendenti est, vt in *d. l. sed & si quis* §. 1. *l. arboribus* §. *vlt. l. quid ergo.* §. 1. *de vsufr. l. seruus.* §. *vlt. de acq. rer. dom. l. pen.* §. *vlt. de castr. pec. l. bouem* §. *vlt. de ædil. edic.* Stipulatio est pura, fateor, traditio est pura, sed propter conditionẽ iuris, vt eleganter ait lex *bouem* §. *vlt.* in pendenti est, id est, propter tacitam conditionem, cuius ratione stipulatio vel traditio non fit conditionalis. tacita conditio non est conditio, *l. conditio, de cond. & demon l. 3. de leg 1.* Non omne quod suspendit rem, est conditio. hæc stipulatio est pura, & tamen in pendenti est. Et male igitur Ioannes hoc loco generaliter definit, puram stipulationem in pendẽti esse non posse: vt stipulatio vsusf. quam facit seruus hereditarius, non potest esse in pendenti, quia initium vitiosum habuit, non existente persona, aut iacente hereditate, cui acquiri posset vsusfructus, *l. vsusfruct. hoc tit.* Item stipulatio interposita à seruo communi duorum hoc modo, *vt Cal. Ianuarijs illi aut illi dominis suis, vter eorum viueret, daretur aliquid*, in pendenti esse non potest: quia initium est vitiosum, non existente certo domino, cui acquiratur stipulatio propter illam adiectionem, vter eorum vixerit, *l. 2. hoc tit.* Fateor, has stipulationes in pen-

denti esse non posse, sed non idem statuendum est in cæteris omnibus stipulationibus puris, vt in pendenti esse non possint, si modo existat homo certus, cui acquiri poterit stipulatio, aut retro acquisita fuisse ex post facto apparere poterit ab initio contractus. In specie *d. l. vsusfruct.* vsusfructus stipulatio inutilis est, non existente persona, aut iacente hereditate, cui ab initio contractus acquireretur vsusfructus quod ius sine persona esse non potest, vel constitui. In specie *l.* 21. non est dominus, cui retro possis dicere, fuisse acquisitam stipulationem: nam tempore contractus alter alteri obstitit, nec poterat viuo vtroque alteri acquiri: nec potest igitur alteri acquisita videri retro; & in stipulationibus semper spectamus tempus contractus: si enim in conditionalibus spectamus, & multo magis in puris stipulationibus.

Ad l. si testamento 49. de fideiuss.

Si testamento liberatum debitorem heres omittat, fideiussorem autem eius conueniat, proderit exceptio doli mali fideiussori, propter improbitatem heredis, quæ prodesse reo debuerat si conueniretur.

Restat tantum ex hoc libro *l.* 49. *de fideiuss.* cuius initio ita scriptum est, *si testamento*, &c. Liberatur debitor testamento, si testator dixerit vel scripserit, se eum liberare, vel se ei remittere debitum, vel si heredem noluerit ab eo petere, quem ita liberauit testamento. Itaque si eum conueniat heres, repelletur exceptione doli mali propter improbitatem suam. improbæ petitioni opponitur exceptio doli mali, & improbitas est non sequi voluntatē testatoris, & quæ indeuotio dicitur, & contumacia, improba petitio est, quam intendit heres contra iudicium defuncti. Idemque erit, si heres conueniat fideiussorem debitoris testamento liberati, quia qui à fideiussore petit, vi ipsa à debitore petit, *l. aduersus, de recep. qui arbit.* Debitor fideiuss. qui coactus est soluere, tenetur actione mandati, vt refundat quod soluit, *l. si quis reum, in princ. de liber. leg.* Igitur si nulla sit actio mandati fideiussori, vt si donandi animo fideiusserit, aut si in rem suam fideiusserit; vt *l. si qui reum*, vel si pro inuito fideiusserit, *l. si pro te, mandat.* vel si iussu testatoris, vt in specie legis *tribus, de vsufr. ear. rer. quæ vs. consum.* his casibus, quibus fideiussori, qui soluit, non competit actio mandati, non est regressus siue ἀναφορὰ, aduersus reum principalem: dicimus exceptionem doli non prodesse fideiussori, quæ prodesset tamen reo, si conueniretur, *l. quod dictum, de pact.* Nec enim his casibus, qui à fideiussore petit, à reo vi ipsa petit, quia ad reum non est fideiussori regressus. Idem etiam erit, si sit actio mandati, sed testator nominatim cauerit, vt duntaxat à debitore non peteretur, à fideiussore peteretur; neque enim omnino inutile est legatum aut fideicommissum, licet fideiussor aduersus debitorem regressum habiturus sit, cum & simile pactum, vt duntaxat à reo non petatur, non sit inutile, *l. nisi hoc actum, de pact.* Vtilitas in eo est, quia forte debitoris interest fideiussori potius soluere, quam creditori, vel heredi creditoris. Et hoc est quod attinet ad initium h. l.

Ad §. 1.

Ex duobus fideiussoris heredibus, si per errorem alter solidum exsoluat, quidam putant habere eum condictionem, & ideo manere obligatum coheredem. Cessante quoque condictione durare obligationem coheredis probant, propterea quod creditor, qui dum se putat obligatum, partem ei, qui totum dedit, exsoluerit, nullam habebit condictionem. Quod si duo fideiussores accepti fuerint, verbi gratia in viginti, & alter ex duobus heredibus alterius fideiussoris totum creditori exsol- A *uerit: habebit quidem decem, quæ ipso iure non debuit, condictionem: an autem & alia quinque millia repetere possit, si fideiussor alter soluendo est, videndū est: ab initio enim heres fideiussoris siue heredes vt ipse fideiussor audiendi sunt, vt scil. pro parte singuli fideiussores, qui sunt, conueniantur. Senerior & vtilior in vtroque casu est illa sententia, solutionem non indebitæ quātitatis non debere reuocari, quod etiam epistola D. Pij significatur in persona fideiussoris, qui totum exsoluerat.*

Sequitur alia quæstio in §. 1. quę pertrahitur vsque ad §. *vlt.* Vnius fideiussoris & solius duo sunt heredes, singuli ex causa fideiussionis tenentur non in solidum, sed pro hereditariis portionibus, ipso iure, id est, ex l. XII. B tabul. quibus æs alienum hereditarium diuiditur inter heredes pro hereditariis portionibus, *l. pacto, C. de pact. l. 6. C. fam. ercis.* At finge: vnus ex eis heredibus per errorem solidum soluit, qui non debuit nisi partem hereditariam: si per errorem iuris soluit solidum, qui soluendo pro parte hereditaria se liberare potuisset, non habet condictionem indebiti, nisi sit ex eis personis, quibus ius ignorare permissum, *l. cum quis, de iur. & fact. ignor.* Si per errorem facti solidum soluerit, forte dum putauit, testatorem sibi iniunxisse onus exsoluendi, pro parte sua liberatur, pro parte coheredis habet condictionem indebiti, quia pro altera parte non tenebatur, & pro ea parte in coheredem creditori integra est actio; coheres manet obligatus pro sua parte. Is, qui soluit solidum, & C partem, pro sua parte liberatus est. ergo omnino liberatur ex l. 12. tabul. Imo vero & condictione cessante, id est, si is qui soluit, non cōdixerit, quod plus debito soluit, id est, quod soluit vltra portionem hereditariam, coheres eius pro parte, qua heres est, obligatus manet, nec censetur liberatus solutione coheredis eius qui totum soluit: quia non communi nomine soluit, quo casu ipse & coheres proculdubio liberaretur etiam inuitus, & ignorās, *l. solutione, in fi. de solut.* nec cōpeteret condictio indebiti, vt Accurs. recte in *l. ex parte, inf. de solut.* sed soluit suo proprio nomine, cum putaret se totum debere. Igitur non liberabit coheredem, & siue cōdixerit, siue non cōdixerit quod plus soluit, coheres obligatus manet. & coheredem liberatum non esse probat, aut probant hi, quorum sententiam refert Papin. hoc argumento subtilissimo: Si D coheres esset liberatus, creditor qui dum putat se plus debito accepisse, & teneri cōdictione indebiti pro parte heredis, qui non soluit, si partem reddidisset ei, qui totum soluit, haberet condictionem eius partis, quam reddidit. si vterque esset liberatus, non haberet condictionem eius partis quam reddidit, cum quod plus debito accepit, id ipse iam debuerit, atque ita debitum reddiderit. ergo ille liberatus non est, & pro sua parte conueniri potest à creditore, licet nihil ab eo creditore condixerit is, qui totum soluit. Et hoc quidem de duobus heredibus vnius, & solius fideiussoris hic refert Pap. ex aliorum sententia, quam non improbat.

Nunc tractemus, quid sit dicendum de duobus fideiussoribus eiusdem rei, si vnus ex iis solidum exsolue- E rit, puto vos scire, quod sciunt in foro omnes: fideiussores ex epist. D. Hadriani, cui ideo plerumque, dum se obligant, solent renuntiare satisfagentibus tabellionibus, aut creditoribus, ex ea epistola, inquam, eos habere beneficium diuidendæ actionis, vt tametsi ipso iure singuli teneantur in solidum, tamen non conueniantur nisi pro parte virili, videlicet si omnes sint soluendo. Nunc igitur finge: duo sunt fideiussores, vnus ex eis solidum soluit, qui vsus beneficio epistolæ D. Hadriani, partem tantum soluisset virilem: quæro, *an pro parte confideiussoris condictionem habeat?* Et est certissimum non habere: & esse differentiam inter hunc & superiorem casum, inter hunc casum de duobus fideiussoribus, & superiorem de duobus heredibus vnius fideiussoris: quia singuli heredes vnius fideiussoris ipso iure

debent tantum partes hereditarias, id est, ex XII. tab. A Singuli autem fideiussores ipso iure solidum debent, & sunt duo rei debēdi, §. *si plures, Inst. de fideiuss. & l. si plures §. 1. eod. t.* Nec obstat quod si ambo soluēdo sint litis contestatæ tempore, vti potest beneficio epistolę D. Hadriani, id est beneficio diuisionis, qui in solidum conuenitur, vt sc. pro parte tantum virili in se detur actio & fiat condemnatio: nam hoc beneficio vti potest ab initio, antequam soluerit, sed postea, quam soluit solidum, quod sane debuit ex ea epistola, non datur ei condictio. Denique ex ea epistola datur exceptio, ne vltra partem virilem soluat, si confideiussor sit soluendo, non etiam datur condictio, vt repetat quod soluit, id est, vltra partem virilem. Paulatim progredimur ad difficiliora. Nūc igitur, quod est difficilius, quodque diximus in duobus B fideiussoribus, an idem procedit in duobus heredibus vnius fideiussoris, cum essent duo fideiussores, si vnus heredum soluerit solidum? Finge, est elegantissima species: duo sunt fideiussores eiusdem pecuniæ, puta xx. millium, vt ponit Papin. primus & secundus: primus duos ex æquis partibus heredes reliquit superstites secundo fideiussori, & vnus ex heredibus primi, creditori solidum soluit, id est, viginti millia. sane pro parte coheredis habet condictionem decem millium, quia ipso iure; id est, ex XII. tab. debuit tantum decem: alia decem debuit coheres, non ipse. Et hoc est certissimum. Verum dubitatur maxime, an quia alter fideiussor, qui superest, est soluendo: & epistola D. Hadriani diuidit actionem, ita vt alter fideiuss. conueniatur in decem millia, heredes autem mortui fideiussoris in alia decem, non quidem C singuli in totum, quia in ea decem coguntur, siue rediguntur beneficio epistolæ, sed singuli in quinque millia, pro hereditariis portionibus, an hic, qui integra viginti millia soluit, & condixit decem, quæ non debuit ipso iure, sed coheres, possit etiam ex aliis decem cōdicere quinque quæ beneficio epist. potuisset non soluere? Et ait, nihil posse eum condicere ex aliis decem, quia ipso iure decem debuit, & indistinctè. Ita distinguit eleganter Pap. *vtroque casu*, id est, siue vnus ex duobus fideiussoribus solidum soluerit, siue vnus ex heredib. vnius fideiussoris, soluerit solidum, pro parte hereditaria, id est, decem, qui vsus beneficio epistolæ non soluisset nisi quinque, non posse condicere partem decem, nihil posse condicere, quia vterque solidum soluit, quia vterque quod soluit, D ipso iure debuit. Et hoc ita omnino proponitur in eo, quod sequitur, *quod si duo, &c.* In qua parte obseruandum est, quod est scriptum Florentiæ, *seuerior & vtilior est*, rectius legi vulgo, *sed verior & vtilior.* ratio veterum Iurisconsultorum vt Iuliani, Marcelli & aliorum, vt idem Papin. ait in *l. cum seruus, mand.* verius & vtilius. Item illo loco, *epistola D. Pij*, obseruandum est, epistolam Diui Hadriani tribui Diuo Pio, hoc vno loco iuris nostri. Ex quo apparet, illam epistolam non esse Hadriani, sed Diui Pij, quem Hadrianus adoptauerat. Et ita sæpissime in iure Diuus Hadrianus est Diuus Pius, non ille, qui singulari nomine dicitur Hadrianus, sed qui Pius adoptionis iure, Hadriani nomen assumpsit, §. 1. *Inst. de Senatusc. Tertyll.* Senatusconsultum Tertyllianum factum E fuisse Hadriani temporibus, quod ex consulibus, qui nomen dederunt Senatusconsulto, Tertyllo, & Sacerdote constat factum fuisse D. Hadriani temporibus, *& l. acceptis, ad l. Falc. l. deducta §. acceptis, ad Trebell.* D. Hadrianus est D. Pius, vt constat ex *l. in quartam §. 1. ad l. Falc.* & sic in *l. si de vi, de iudic.* quod tribuitur Hadriano, tribuitur Pio in *l. de vi publ.* In illa igitur Hadrianus, id est, Pius: & sic in *l. 3. si pars hered. pet.* ad Hadrianum fuisse perductam mulierem quandam cum quinque liberis, quos enixa erat vno partu. Ex Capitolino in Pio constat perductam fuisse ad D. Pium. Ac similiter in *l. 3. §. Diuus, de sepulc. viol.* D. Hadrianum constituisse, ne quis in vrbe sepeliretur: quod idem Capitolinus D. Pio tribuit, & nulla est diffidentia: Nam Hadrianus illo loco est D. Pius, vt in cæteris. Non mihi satisfacio, nisi quæstionem, quam heri tractaui vltimo loco, facio summam, breuem & dilucidam. Duo sunt fideiussores viginti millium. vnus eorum defunctus est, relictis duobus heredibus ex æquis partibus. defunctus ipso iure debuit solidum, id est, viginti millia, quoniam erant rei eiusdem pecuniæ. Sed qui solutione nondum facta, beneficio epistolæ D. Hadriani conuentus tantum in decem condemnatus fuisset; solutis viginti integris, condictionem nullam habuisset, quoniam ipso iure debuit xx. Singuli autem heredes eius ipso iure debent, non viginti, sed decem tantum, diuisa obligatione pro hereditariis portionibus ex XII. tab. Sed solutione nondum facta beneficio eiusdem epistolæ, adscriptis decem fideiussori superstiti, singuli heredes conuenientur tantum in quinque, aliis scil. decem ex æquo inter eos diuisis secundum XII. tab. Quod si vnus eorum per errorem soluerit integra viginti, potest quidem condicere decem, quæ debuit coheres, non ipse. Ex aliis decem non potest condicere quinque, quoniam ipso iure debuit decem integra ex sua persona, & coheres alios decem cessante beneficio epistolæ, quod vtique post solutionem cessat. Nunc facillime rem intelligetis. Iam transeamus ad §. *vlt.*

Ad §. vltimum.

Quæsitum est, an fideiussor, qui Capuæ pecuniam se daturum Romæ promisit: si reus promittendi Capuæ esset, statim conueniri possit? dixi non magis fideiussorem confestim teneri, quam si ipse Capuæ spopondisset, cum reus adhuc Capuam peruenire non potuisset: nec ad rem pertinere, quod hoc latere nemo dubitet, nondum fideiussorem teneri: quia nec ipse reus promittendi teneretur. Nam e contrario quoque, si quis responderit, quoniam debitor Capuæ sit, fideiussorem confestim teneri, non habita ratione taciti proprij temporis, euenturum, vt eo casu fideiussor conueniatur, quo debitor ipse si Romæ fuisset, non conueniretur. Itaque nobis placet fideiussoriam obligationem conditionem taciti temporis ex vtriusque persona recuperare tam rei promittendi, quam ipsius fideiussoris, quoniam aliud respondentibus, contra iuris formam in duriorem conditionem acceptus intelligetur.

Fideiussor, cum esset Romę, promisit se pecuniam Capuę daturum pro reo principali, qui iam erat Capuæ, & Capuæ promiserat: Quęritur, an fideiussor statim conueniri possit? Mouet, quod principalis reus, cū sit Capuæ, statim conueniri potest. Ergo est eadē conditio fideiussoris, vt statim possit cōueniri: At respōdet Papin. nō ideo fideiussorē statim cōueniri posse, quod possit reus principalis: quoniam stipulationi, quæ Romæ est interposita pecuniam Capuæ dari, inest tacitū proprium tēpus, quo Capuam fideiussor peruenire potest. Inest tēpus, vt Græci aiunt hoc loco, πρὸς τὸ τῆς ὁδοῦ διάστημα, id est, *propter viæ distantiam, in l. 2. §. qui ita stipulatur, de eo quod cer. loc. l. 9. § vlt. de duobus reis, l. seruus si heredi, §. 1. de statulib. l. quoties, de oper. libert.* Nec quicquam vetat, reum statim conuenire posse, non etiam fideiussorem: nam & reo pure accepto, fideiussor recte accipitur ex die, nec vt reus statim conueniri potest, *l. Græce §. item accepto, hoc tit.* Obstare tamē videtur lex *fideiussor obligari §. 1. h. t.* quæ ait, fideiussorem nō obligari, si reo accepto pure fideiussor accipiatur cum adiectione loci vt contigit in hac specie: quia scil. durior est conditio eius, qui promittit cum adiectione loci, id est, qui certo loco se daturum promittit, quam eius, qui pure promittit, quoniam is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, soluere compelli potest inuito stipulatore, *l. 2. § idem Iulianus, & l. pen. de eo quod cer. loc.* Fideiussoris autem non potest esse durior conditio, potest esse leuior, non durior, aut deterior, *l. hi qui, h. t. § fideiussores, eod. Inst.* At ita respondendum est ad *d. l. fideiussor §. 1.* Quod ea lex ait, verum est, si alio loco pure reus accipiatur, quam quo fideiussor se

daturum promittit, non si eodem vterque loco, vt in A hac specie vterq; promittit se daturum Capuæ, sed reus præsens, fideiussor absens. Verum modo conuertamus casum, quem proposuimus initio, & inueniemus idem iuris esse è conuerso. Finge: Reus cum esset Romæ, promisit se Capuæ pecuniam daturum: fideiussor autem iam erat Capuæ, & Capuæ promisit. certe reus non potest conueniri statim, sed neque fideiussor. Neque priore igitur casu, neque posteriore fideiussor potest conueniri statim, sed obligatio dilationem capit: priore casu ex persona fideiussoris: & posteriore ex persona rei, obligatio, inquam, vtriusque. Nec rursus obstat huic parti, quod reo accepto ex die, fideiussor pure acceptus non obligatur ei, *d. §. fideiussores.* ne contra iuris formam in duriorem causam obligetur: Nam hoc verum est, si reus ex certo die acceptus sit nominatim, fideiussor præsenti B die: non si in eodem quisque loco se daturum promiserit, vt in hac specie, sed reus absens ab eo loco, fideiussor præsens. Est enim vtilis fideiussio, licet fideiussor non teneatur, antequam reus teneri cœperit, id est, antequam præterierit tempus, quo reus peruenire Capuam potuit, cum & futuræ obligationi fideiussor possit adhiberi, *l. 6. hoc tit.* Et ita priore casu si fideiussor fuerit Romæ, reus Capuæ, cur statim non tenetur fideiussor, exemplo scilicet rei? quoniam & reus, si Romæ fuisset, non teneretur statim, vt ait Papin. Et in summa concludit, vtroque casu fideiussoriæ obligationi inesse tacitum tempus. Priore casu, si fideiussor fuerit Romæ, reus Capuæ, inest tacitum tempus ex persona fideiussoris: Posteriore casu, si fideiussor Capuæ fuerit, reus Romæ, inest tacitum tempus ex persona rei. Quod quidem vtriusque obligatio- C nem moratur atque suspendit: alioqui priore casu esset inutilis fideiusfio, quasi fideiussore accepto in duriorem causam: est enim durior causa eius, qui promittit cum adiectione loci, *d. l. fideiussor obligari* §. 1. Et fideiussor inutiliter accipitur in duriorem causam: Ergo rapienda est occasio, quæ vtilem facit potius quam inutilem obligationem: & portio vtilis erit obligatio fideiussoria, si dixeris, eam obligationem differri in tempus, quo fideiussor Capuam peruenire posfit. Quidam negabant priori casu comparandam esse posteriorem obligationem priori. Comparat Papin. priorem posteriori, vtroque casu fideiussorem non posse statim conueniri: alij non admittebant hanc comparationem: Nam posteriore ca- D su facile admittebant fideiussorem nondum teneri, quoniam nec ipse reus ante tenebatur, qui Romæ promiserat, se Capuæ daturum. Priore autem fideiussorem dicebant confestim teneri, quoniam & reus confestim teneretur, qui præsens Capuæ promisisset. Quod ita eludit Papin. vt dicat non magis priore, quam posteriore casu statim conueniri fideiussorem posse. neutro igitur posse, quoniam ei in priori casu eadem interuenit ratio, quæ in posteriori, quæ efficit ne teneatur fideiusfor, *quoniam,* inquit, *nec reus si Romæ fuisset, teneretur statim.* In qua elusione Papin. est captio euidens, & si animaduertimus subtilitatem ingenij, Papiniano excidunt nonnunquam *κατασοφισμοί*, id est, captiones quædam. Captio hic est euidens, quoniam quod posteriore casu dicitur simpliciter, non statim teneri reum, qui Romæ promisit, se daturum Capuæ, id Papinian. in priore casu adsumit con- E ditionaliter, non teneri reum, si Romæ fuerit. Sed tamen vtilior est Papin. sententia, & tenenda omnino, quoniam commodius est ita accipi, quo stipulatio magis valeat, quam pereat, & æquum est etiam priore casu ex persona fideiussoris, eum qui Romæ promisit, se Capuæ daturum, habere rationem taciti proprij temporis, quo Capuam ire fideiussor posfit. Et in illum locum, *nec ad rem pertinere,* vt res sit dilucidior, velim vos notare, quod notauit Rogerius, nihil attinere, quo magis, inquit, fideiussor conueniri posfit, in priori casu statim quam in posteriori, id est, vt sentit Accurs. non esse differentiam inter primum & secundum casum. Et in illum locum: *nam è contrario,* idem Rogerius ita notat, & eleganter eorum obiectis respondet. qui primum casum secundo comparandum inficiabantur, facillimus hic §. ita videbitur, si reus principalis cum esset Capuæ, Capuæ promiserit certam pecuniam, fideiussor autem, qui pro eo intercefsit, cum esset Romæ, promiserit se eam pecuniam Capuæ daturum. reus quidem, qui iam est Capuæ, statim conueniri potest, fideiussor autem ex sententia Papin. statim conueniri non potest, quoniam habenda est ratio taciti proprij temporis, quo fideiussor Capuam peruenire potest. Ergo licet reus statim teneatur & conueniri posfit, tamen fideiussor conueniri non potest. E contrario, si principalis reus, cum esset Romæ promiserit se Capuæ daturum, fideiussor autem, cum iam esset Capuæ, Capuæ promiserit, hoc casu, non poterit etiam fideiussor Capuæ conueniri statim, quoniam & fideiussoriæ obligationi inest tacitum tempus ex persona rei. Denique fideiusfor, licet iam sit Capuæ, & Capuæ promittat pure, non tenetur statim, quoniam nec reus tenetur statim, & priore illo casu fideiussor etiam non tenetur statim, licet reus teneatur statim. quod tamen quidam non admittebant. Sed eorum sententiam improbat Papin. hac ratione, quoniam si dixeris, priore illo casu fideiussorem conueniri posse confestim, vt reus principalis potest, qui iam est Capuæ, inutilem efficies fideiusforiam obligationem, quasi fideiusfore accepto in duriorem causam. Quærebam, cur videretur acceptus in duriorem causam? & dicebam, quoniam durior est causa eius, qui promittit cum adiectione loci, qualiter fideiussor promiserat, ex *l. fideiussor obligari* §. *1. de fideiuss.* male, & iam ante bene explicaueram *d. l. fideiussor,* hoc modo: Si priore illo casu fideiussor tenetur statim sicut reus, qui iam est Capuæ, durior est eius causa quam rei: nam si reus Romæ esset, non conueniretur statim. fideiussor Romæ est, & vis eum conueniri statim: duriorem igitur conditionem eius facis contra regulas iuris, atque ita secundum regulas iuris, inutilem facis fideiusforis obligationem: in persona rei habetur ratio taciti proprij temporis, & si vis fideiussorem statim conueniri qui Romæ est, necdum Capuam peruenit, aut peruenire subito potest, non habes in persona fideiussoris rationem taciti proprij temporis, ergo duriorem eius causam facis. Denique inutilem fideiussoris obligationem facis. Id accipiamus, quod vtilem potius, quam inutilem obligationem fideiusforis faciat: melius est constituere generaliter fideiusforiæ obligationi inesse tacitum tempus, non tantum ex persona rei, sed & fideiusforis. Ego nolui hoc disfimulare, & miror, quod nemo hoc animaduerterit, & reprehenderit.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXVIII. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 3. de condict. indeb.

Idem est etsi solutis legatis noua & inopinata causa hereditatem abstulit: veluti nato postumo, quem heres in vtero fuisse ignorabat: vel etiam ab hostibus reuerso filio, quem pater obijsse falso præsumpserat: nam vtiles actiones postumo, vel filio, qui hereditatem euicerat, dari oportere in eos qui legatum perceperunt, Imperator Titus Antoninus rescripsit. scilicet quod bonæ fidei possessor in quantum locupletior factus est tenetur. nec periculum huiusmodi nominum ad eum qui sine culpa soluit, pertinebit.

Erit

RIT breue initium, ficut omnia debent esse initia, nam & cœpisse multum est. Condictio indebiti, vel est directa vel vtilis. Directa datur ei, qui soluit indebitum. Quid est condictio indebiti? solutionis non debitæ quantitatis, vel rei reuocatio. Condictio indebiti reuocat solutionem non debitæ quantitatis. Vtilis autem datur etiam nonnunquam ei, qui non soluit, aduersus eum, qui ab alio solutum accepit, vt si heres scriptus testamento, vel nuncupatus, legata aut fideicommissa soluerit testamento relicta, & postea apparuerit falsum testamentum fuisse, vel ruptum mutatione, vel irritum capitis deminutione, vel si rescissum fuerit querela inofficiosi, atque ita si apparuerit indebita fuisse legata vel fideicommissa: Nam res iudicata contra testamentum, etiam legatariis nocet, *l. 3. de pignor.* Legatorum solutorum condictio competit heredi legitimo, qui ab herede scripto hereditatem abstulit & euicit. B Competit igitur ei, qui non soluit, vtilis, *l. 2. §. vlt. hoc tit. l. Papinian. §. vlt. de inoffi. testam.* Atque ita euenit, vt est scriptum in *l. 5. h. tit.* vt quod alius soluit, alius condicat, vt quod soluit heres scriptus, condicat heres legitimus euicta hereditate. Idem subiicitur in *l. 3. ex Papin. & si solutis legatis, noua & incpinata causa hereditatem abstulerit. noua & inopinata causa*, id est, improuisus casus, vt ipse ait in *l. militis §. miles insuper, de milit. test.* vt puta, si post solutionem legatorum ruptum fuerit testamentum agnatione postumi, quẽ heres qui soluit legata ignorabat esse in vtero vxoris testatoris. Testamentum rumpitur duobus modis, mutatione testamenti, & agnitione sui heredis, qui neque institutus sit, neque vt oportet exheredatus, id est, qui sit præteritus silentio. Et de testamento rupto mutatione est lex 4. C itemque *l. 2. hoc tit.* Et est emendanda glossa *l. 2.* ad verbũ, *ruptum, vt per secundum tabulas*, inquit, legendum, *vt per secundum testamentum.* De testamento autem rupto agnatione sui heredis est *l. hæc 3.* veluti agnatione postumi testamento præteriti. huic postumo, qui euicerit hereditatẽ, dabitur condictio legatorum solutorum, licet ea ipse non soluerit sed scriptus. Et idem erit, si post solutionem apparuerit, iniustum fuisse testamentum. iniustum proprie dicitur, in quo filius est præteritus, non dico postumus: Nã eius præteritio non facit iniustum testamentum, sed rumpit. Præteritio filij ab initio facit iniustum testamentum. Finge: filius captus est ab hostibus. pater falso præsumit eum obiisse apud hostes, & eum omittit testamento, & alium heredem scribit. heres soluit legata, post reuertitur filius. videtur iniustum fuisse testamentum ab initio, quia D filius retro creditur in ciuitate fuisse, & ita iniustum dicitur in *l. 6. §. sed si pater, de iniust. rup.* Porro his casibus condictio solutorum legatorum datur ei qui postliminio reuersus est, atque etiam postumo, qui hereditatem euincit, condictio vtilis, & directa etiam ei datur ex cessione heredis scripti, qui soluit, *l. quod si in diem §. vlt. de petit. hered.* Et ita frequenter in iure, vbi est ex cessione directa actio, sine cessione competit vtilis, *l. 1. §. nunc tractemus, de tut. & rat. l. ex legato, C. de leg.* Hoc vero casu & cæteris, quos posuimus, heres soluit legata bona fide, & sine culpa, culpa ei nulla potest imputari: Ponamus igitur, cum legata soluisse bona fide de hereditate ipsa. At post quæremus de suo soluerit-ne, an ex hereditate. E heres tenetur petitione hereditatis postumo vel filio, in hoc tantum, vt cedat condictionem indebiti, nec tenetur in amplius quicquam, nec si hi, qui legata perceperunt, soluendo sunt: si egeni sunt & inopes, qualiscunque cessio actionis, etiamsi sit inanis, propter inopiam reorum, pro satisfactione est, *l vlt. de admin. tut. l Titio fundus, de cond. & demonst.* Ergo liberatur heres scriptus cedendo condictionem indebiti, siue ea sit inanis, siue efficax, quia scil. qui bona fide possidet hereditatem pertinentem ad alium, tenetur tantum, in quantum locupletior factus est. non ergo tenetur in legata, quæ erogauit & distribuit bona fide, secutus scripturam testamenti. Et hoc est ex Senatusconsulto de pet. hereditatis, vt qui bona fide pos-

A sidet hereditatem, in id tantum teneatur, quo factus est locupletior. Senatusconsultum illud appellatur Hadrianum in *l. quod si possessor, de petit. hered.* Senatusconsulto Hadriano bonæ fidei possessor neque lucro, neque damno afficitur. Igitur periculum rerum puta legatorum indebite solutorum, ad eum non pertinet, si qui ea perceperunt, conuenti, non sunt ea reddituri propter inopiam: & sufficit qualiscunque cessio condictionis indebiti, qua etiam omissa dabitur vtilis postumo vel filio reuerso ab hostibus. Recte posui heredem scriptum bona fide soluisse. Nam si soluerit mala fide etiamsi soluerit ante controuersiam motam, vt ponendum est, nam post controuersiam bona fide non potest soluere, puta sciens, in qua causa esset testamentum, sciens vitium testamenti, non liberatur cedendo condictionem indebiti. B non semper cessio aut delegatio pro solutione est, sed omnimodo tenetur, atque si nec soluisset, quia dolo desiit possidere, & dolus præteritus venit in petitionem hereditatis. Et hoc ostenditur in *l. 17. §. vlt. de petit. hered.* & nos exposuimus latius in lib. 20. in *l. si patroni §. vlt. ad Trebel.* Igitur, si post controuersiam motam de hereditate, heres soluerit legata, quia mala fide soluit, id ei imputatur, & venit in petitionem hereditatis in solidum: cum etsi ante controuersiam motam dolo fecerit, id veniat in eandem actionem. Igitur cogetur præstare æstimationem litis, & heredi legitimo non est necessaria condictio indebiti cum petitione hereditatis sit consecuturus pretium legatorum solutorum post litem contestatam. Vix etiam dabitur condictio heredi scripto, quia sciens soluit, & qui C sciens soluit, donare videtur. Donati autem non est repetitio, & valet ea donatio, si (quod pauci animaduertunt) non excedat legitimum modum, puta 300. aureos, & non interuenerit insinuatio. Nam si excedat, & non interuenerit insinuatio, hæc solutio, quæ pro donatione est reuocari poterit. Et hæc omnia comprobantur in *d. l. Papin. §. vlt. & l. militis §. miles, de milit. testam. & l. 4. §. pen. si cui plus quam per leg. Falcid.* A Papiniano adducitur rescriptum D. Antonini. is est D. Pius, qui & D. Hadrianus dicitur, adeo vt possit tentari in *l. 2. & 4. h. t.* rescriptum, quod affert Vlpian. & Paulus esse D. Pij. Et hæc, vt initio posui, si heres scriptus legata soluerit de hereditate. Quid si ea soluerit de suo? sane hoc casu ei heredi scripto competit condictio indebiti. non competit legitimo per petitionem hereditatis, nacto heredi- D tatem totam, cum nec deminuerit solutionem legatorum, nisi scilic. legatario cedatur condictio indebiti ab herede scripto, qui de suo legata soluit bona fide: & cedi debet heredi legitimo, si heres in iudicio petitionis hereditatis actori velit reputare legata, quæ de suo soluit bona fide, & ea retinere ex hereditate, quod vtique potest, si malit vti retentione quam condictione indebiti, aduersus eos, qui legata perceperunt, forte quia non sunt soluendo, vtetur retentione eius, quod soluit de suo, & cedet qualem qualem condictionem indebiti: Potest, inquam, heres reputare legata, quæ soluit de suo, quia scilicet ea bona fide soluit, licet reuera fuerunt indebita ex scriptura testamenti: Excusatur, qui soluit ex scriptura testamenti, iusta E ratione motus, sicut qui soluit ex condemnatione, *l. 2. §. solet, de hered. vend.* Hoc potest reputare euincẽti hereditatem. Alia prorsus indebita, quæ soluit neque motus scriptura, neque cõdemnatione, neque vlla ratione iusta, non potest reputare actori, quia temere ea soluit. Et ita accipienda est lex *item veniunt §. sed si Senatus, de pet. hered. & d. §. solet*, alioqui pugnaret cum *l. quod si possessor*, quæ rem hanc etiam euidenter explicat de herede scripto, qui bona fide ex suo soluit legata aut fideicommissa.

Ad l. 66. de euictionib.

Si, cum venditor admonuisset emptorẽ, vt Publiciana potius

vel ea actione, quæ de fundo vectigali proposita est, experiretur, emptor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus, nec committetur stipulatio. Non idem in Seruiana quoque actione probari potest: hæc enim etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem auocat, & soluta pecunia venditori, dissoluitur. vnde fit, vt emptori suo nomine non competat.

SCiendum est, stipulationem duplæ, qua emptor sibi à venditore cauet euictionis nomine committi, id est, ex ea agi posse, non tantum, si possidenti emptori res iudicio euicta sit, sed si etiam emptor ex possessore petitor factus sit, casu aliquo amissa possessione sine culpa sua, & victus fuerit, *l.* 19. §. 1. *hoc tit.* Secus est, si culpa aut sponte emptoris possessio amissa sit, *l. si rem quam* §. 1. *h. tit.* quia hoc casu, culpa ei obesse debet, neque etiam interuenire oportet culpam venditoris, qui rem adhuc habet in potestate sua: habere enim est possidere, & stipulationis huius formula hæc, *habere recte licere, aut duplam præstare.* Item secus est, quod ostenditur initio *h. l.* si initio, cum vellet emptor rem petere, cuius possessionem amiserat sine culpa sua, à venditore admonitus fuerit, ne eam peteret directa vindicatione, sed Publiciana, aut vectigali, id est, emphyteuticaria, quæ proponitur in tit. *si ager vectigalis, id est, emphyt. petatur*, si admonuerit, his iudiciis superiorem eum fore, directa vindicatione inferiorem, & tamen emptor voluerit agere directa vindicatione, nec admonitioni venditoris audiens fuerit, atque ita superatus sit absoluto possessore, à quo rem petierat. Nam hoc quoque casu, non committitur stipulatio duplæ ob euictionem, quia vitio suo litem amisit dolo malo vtens actione incongrua, contra quam admoneretur à venditore, quo magis vinceret, & venditorem sibi obstringeret euictione duplæ, quod rationem summam habet. Idem etiam erit, si ab initio emptor non fuerit admonitus à venditore, sed ipse emptor vltro egerit directa, & victus fuerit, ac postea admonitus noluerit agere Publiciana aut vectigali. Nam quod notãdum, victo in proprietatis iudicio, non obstat exceptio rei iudicatæ, si postea agat Publiciana, quæ est vtilis prætoria, aut vectigali, quæ de agro emphyteuticario proponitur. Et hoc esse verũ aperte ostendit lex *minor* § *si seruus, hoc t.* Quamuis Accursius, id eo loci frustra reuocet in dubium: nihil enim adfert quod quenquam in dubium plane vocet. Et huius sententiæ ratio est euidentissima, quia alia est causa Publicianæ, alia ciuilis, & directæ vindicationis. Si alia est causa, ergo, qui vna non obtinuit, non prohibetur venire postea ad alteram: ciuilis & directæ vindicationis causa est proprietas: Publicianæ iusta possessio: vectigalis, ius emphyteuticum. Diuersæ igitur sunt harum actionum causæ, ergo alia aliam non elidit, in *l. & eadem, de except. rei iud.* Cum quæritur, an obstet exceptio rei iudicatæ, videndum est, an eadem sit causa petendi denuo. Nam si sit eadem, obstat exceptio: si sit alia, nihil obstat, & quærenda causa actionis proxima, vt ait lex, *cum de hoc, de except. rei iud.* vt Aristot. monet in 8. cap. 4. Metaphysicor. semper esse quærenda τὰ ἐγγύτατα αἴτια, id est, *proximas causas*, & eam esse proximam causam, quæ rei est propria, vt propria causa vindicationis est dominium: Publicianæ bonæ fidei possessio, quam prætor tuetur perinde ac proprietatem si amissa sit casu quodam. Ergo ita concludamus: siue initio siue postea admoneatur emptor à venditore, vt agat potius Publiciana, aut vectigali, quam directa, & admonitioni locum non reliquerit, sed egerit directa, & succubuerit, non committitur stipulatio duplæ. Additur hoc loco à Papiniano, non idem esse dicendum, si venditor, cui ea res erat pignorata, nec vllum aliud ius habebat, admonuerit emptorem, vt ageret Seruiana, id est hypothecaria: nec enim ideo minus committitur stipulatio duplæ, etiamsi admonitioni emptor non paruerit, quia recte agere non potuit suo nomine actione Seruiana. si non potuit suo, nec alterius igitur nomine. Competit enim ei tantum, in cuius persona pignus constitutum est, nec transit in emptorem: dominium

A transit in emptorem, vel quod dominio simile, vel proximum, veluti ius vectigale, superficiarium ius, ius bonæ fidei possessoris, quod parit Publiciana. non transit ius pignoris in emptorem, transeunt actiones in rem, quæ non auocant nudam possessionem, sed dominium vel quasi dominium. Actio Seruiana est quidem in rem, *l. pignoris, de pig.* quæ personam non obligat, sed sequitur rem pignoratam, *l. 2. C. si vnus ex plurib. hered.* sed nudam possessionem auocat, non ius aliquod stabile & perpetuum, quod sit dominio simile: nam & soluta pecunia dissoluitur obligatio, & actio Seruiana, *l. euictis autem, hoc. t.* Quam quidem pecuniam debitam, vt dissoluatur obligatio, solui oportet venditori, non emptori. ex eo satis apparet, venditorem solum posse experiri actione Seruiana, nondum sibi soluta pecunia, non etiam emptorem. Ergo

B non est quod imputet venditor emptori, si monitus non egerit Seruiana, quia nec potuit: & ideo si non obtinuerit, habet regressum aduersus venditorem ex stipulatione duplæ. Alia igitur est possessio nuda, alia coniuncta dominio, aut veluti dominio, aut breuius, coniuncta iuri perpetuo. ius hypothecæ non est perpetuum, quod solutione dissoluitur, & alio genere, quod sit solutionis vice.

Ad §. 1.

Si is, qui reipublicæ causa abfuit, fundum petat, vtilis possessori pro euictione competit actio. Item si priuatus à milite petat, eadem æquitas est emptori restituenda pro euictione actionis.

C IN §. 1. ostendit stipulationem duplæ committi non tantum si iudicio ordinario, & vsitata actione res emptori euicta sit, sed etiam si euicta sit iudicio extraordinario, puta per restitutionem in integrum, quod est auxilium extraordinarium, *l. in causæ, ff. de minor.* Finge: vendidi rem militis vel alterius, qui aberat Reip. causa, vel captiui: nam & huius eadem est conditio: & emptori caui duplum, & milite vel alio absente nondum reuerso, res ea ab emptore qui eam bona fide possederit vsucapta est. vsucapione perempta est militi actio in rem, emptori perempta est stipulatio duplæ, quia iam factus est dominus rei, *l. qui alienam, in princ. hoc tit.* At reuerso milite restituitur actio in rem, rescissa vsucapione ex edicto *ex quibus caus. maior.* Ergo æquum est, etiam emptori restitui stipulationem duplæ, siue actionem pro euictione per eundem prætorem, quæ dicitur vtilis actio, quia est restitutoria, vt in *l. minor, in princ. hoc tit.* omnis actio rescissoria vel restitutoria est vtilis. Idem vero euenit à contrario, si quis militi vendiderit rem alienam, quem constat abesse Reipub. causa, rem alienam priuati hominis, inquit, id est, pagani: priuatus opponitur militi hoc loco: & miles cum abesset nec defenderetur, vsu eam ceperit: Nam priuato, cuius res fuit in militem, cum reuersus erit, datur actio rescissoria, quæ

E rescindit vsucapionem, & restituit priuato, id est, pagano actionem in rem. Ac proinde etiam militi in venditorem restituitur actio ex stipulatione duplæ. ob euictionem, quam vsucapio peremerat. & hæc est sententia huius §. ex quo intelligitur tam militi in priuatum, quam priuato in militem dari actionem restitutoriam ex illo edicto ex quib. causis maiores, quod probatur *l. 1. l. item ait prætor, ex quib. caus. maior. l non quocunque, §. 1. de leg. 1. l. 18. C. de captiu. & postlim.* Et ratio dandæ actionis ex vtroque latere est in *l. 29. ex quib. caus. maior.* ne cui militia vel damno vel compendio sit: compendio, in perniciem alterius scilicet. Et non est ferendus interpres quidam, qui negat dari rescissoriam militi in priuatum, in §. *rursus, Instit. de act.* qui est de hac actione, datur tantum priuato in militem hæc actio. Sed non ex eo sequitur, denegandam esse militi in priuatum, quod supra dd. ll. de-

monstrant, vt & hæc. Et quod est stultius, idem negat, actionem rescissoriam esse restitutoriam, id est, negat remedio actionis rescissoriæ in integrum restitui eum, cuius res vsucapta est. Nam si ita est, titulus ergo, *ex quib. caus. maior.* nihil pertinet ad causam restitutionis, quod falsum est, *l.1.C. de restit. in integ.*

Ad §. pen. & vlt.

Si secundus emptor venditorem eundemque emptorem ad litem hominis dederit procuratorem, & non restituto eo damnatio fuerit secuta; quodcunque ex causa iudicati præstiterit procurator, vt in rem suam datus, ex stipulatu consequi non poterit, sed quia damnum euictionis, ad personam pertinuit emptoris, qui mandati iudicio nihil percepturus est: non inutiliter ad percipiendam litis æstimationem agetur ex vendito.

§.1. ¶ *Diuisione inter coheredes facta si procurator absentis interfuit, & dominus ratam habuit, euictis prædiis in dominum actio dabitur, quæ daretur in eum, qui negotium absentis gessit: vt, quanti sua interest, actor consequatur, scilicet vt melioris aut deterioris agri facti causa, finem pretij, quo fuerat tempore diuisionis æstimatus, deminuat, vel excedat.*

Sequitur altera pars huius legis, quæ continet etiam duas quæstiones. Et ad primam, quæ proponitur in §.*pen.* sciendum est, in stipulationem duplæ, quæ interponitur euictionis nomine, inter cætera ita emptorem cauere sibi & stipulatori, *si ea res à me petita erit, tum de ea re agenda adesse, & litem recte defendere, vbi denuntiatum erit spondes? spondeo:* secundum quæ verba emptor, à quo res petitur, debet denuntiare venditori, vt de ea re agenda adsit: debet, vt breuius dicam sermone nostrorum auctorum, laudare auctorem: denuntiare venditori est laudare auctorem, *sommer songarent, à ce qu'il prenne le faict en main:* & in *l. qui absentem, de procur.* postulare à venditore, vt ab eo defendatur, *l'appeller à ce qu'il prenne la garendie pour luy.* Hoc est laudare auctorem; & *laudare*, est nominare, eique denuntiare. Alioquin omissa denuntiatione emptor re euicta agere non potest de euictione, *l. si fundo §. vlt. h. tit. l. 8. C. eod. tit.* nisi pacto remissa sit denuntiandi necessitas, *l. Herennius, h. tit.* Et notandum eam denuntiationem quocunque tempore fieri posse, *l. si rem quam §. vlt. h. tit.* Quocumque tẽpore, est vel ante litem contestatam, vel post, pendente iudicio, necdum finito. Et hoc est, quod vulgo dicitur, *sommation de garant est perpetuelle,* dummodo non fiat prope sententiam, re perducta prope ad condemnationem, quia sane fit tum intempestiue: post denuntiationem non debet venditor, qui auctor laudatus est, defugere auctorem suum: *il ne doit point défaillir en garant,* sed liti adsistere, adesse, rem defendere, & instruere debet, qua de re memini, me planius tractare ad Afric. in *l. 24. h. tit.* vel ipsemet venditor debet litem agere mandatu emptoris, quo genere fit procurator in rem suam. Nã ea lis non minus est venditoris quam emptoris, sed emptoris principaliter vocati, ad iudicium nimirum: & venditoris, quia est procurator in rem suam. Ideo si venditor, qui litem agit mandatu emptoris, condemnetur in æstimationem eius, quo de agetur, forte dum non restituitur res, quam actor ab emptore vindicat secundum denunciationem, *l. qui restituere, de rei vind.* si, inquam, condemnetur in litis æstimationem, & soluat, non habet actionem mandati aduersus emptorem, vt consequatur litis æstimationem quam soluit procuratori in rem suam, non datur actio mandati, vt fideiussori in rem suam, *l. si quis rem §. 1. de lib. leg.* Atque ita hoc casu, cum emptori neque res absit, neque æstimatio, non committitur stipulatio duplæ, *l. si seruus venditus §. 1. h. t.* Quibus præmissis, finge: Primus vendidit seruum Secundo, & cauit de euictione interposita stipulatione duplæ. post Secundus eundem seruum vendidit Tertio, & similiter cauit duplam. Quidam à Tertio secundo emptore eum seruũ vindicat, Tertius laudat auctorem suum, puta Secundum, eumque ad eam litem procuratorem facit: procuratorem igitur in rem eius, quia res est venditoris non minus, quam emptoris, cum defensio rei venditori incumbat auctoritatis nomine: egit igitur eam litẽ Secundus, qui vendiderat Tertio, à quo homo vindicabatur, & non restituitur is homo arbitrio iudicis. In vindicatione sunt duæ clausulæ, vt fere in omni actione arbitraria, vna est de restitutione, altera de condemnatione in litis æstimationem, id est, quanti aduersarij intersit, vel quanti aduersarius in litem iurauerit, in quantum litem iuratus ipse æstimauerit, *d. l. qui restituere.* Sunt duæ quodammodo sententiæ. si pareatur primæ, res finita est. si non pareatur primæ, transitus fit ad secundam, & clausulas illas vocat Asconius in prætura Siciliensi, stricti iuris obseruationes: quia igitur Secundus non restituebat seruum, non parebat præcepto iudicis iubentis restitui, Secundus ex condemnatione litis æstimationem subiit & soluit Primo, quia in eum competit actio iudicati, cum non in rem alienam, sed in suam factus sit procurator, *l. 4. de re iud.* Si esset in rem alienam, actio iudicati daretur in dominum, non in procuratorem. Et eadem ratione, vt diximus supra, quod soluit Secundus, actione mandati à Tertio, cui ipse rem vendiderat, & cuius nomine litem susceperat, ac peregerat, recipere non potest. Et in *hoc* §. additur, quod plus est, etiam Secundum non habere regressum aduersus Primum auctorem suum, scil. ex stipulatione duplæ, vt consequatur quod soluit ex causa iudicati, quia scil. id non præstitit suo nomine, sed procuratorio, alioqui suo nomine emptore condemnato in litis æstimationem, committitur stipulatio duplæ, perinde atque si res ablata fuisset, quia & ablata ei res fuisset, nisi litis æstimationem sustulisset: & iam emptor, qui litis æstimationem sustulit, rem habet, non ex prima emptione, sed ex secunda, id est, ex litis æstimatione, *l. 16. §. 1. & d. l. si seruus §. 1. h. t.* quia litis æstimatio est similis emptioni. Cessat igitur actio ex stipulatu, quod iudicatum fecerit Secundus, non suo nomine sed procuratorio. verum non cessat tamen actio ex empto: nam æquitas & bona fides, quæ in hoc iudicio maxime obseruatur, postulat, vt & litis æstimationem, quam non suo nomine præstitit, ab auctore suo id est Primo, consequatur, quia omne damnum euictionis ad eum pertinet, non ad emptorem secundum, à quo nihil potest percipere actione mandati, qui procurator fuit in rem suam. At actio ex vendito venditori, ex empto emptori proprie datur: sed hæ appellationes nonnunquam permiscentur, vt hoc §. *pen.* quæ datur emptori ob euictionem; dicitur ex vendito. Et in causa huius promiscui vsus hoc est, quia integra oratione, quæ datur actio emptori vel venditori, dicitur ex empto vendito, vel ex vendito empto, *l. nullum, de hered. vend. l. etsi vno, de act. emp.* & apud Varronem secundo de re rustica. Adeo vt non male emptor dicatur agere ex vendito, cum agat ex empto vendito, vel retro. Sic igitur videmus in specie eius §. deficiente actione ex stipulatu ob euictionem, non deficere actionem ex empto, quod accidit in specie legis 24. *h. tit.* Et in alia specie, quam tractauimus in *l. 6. de seru. export.* Et in plerisque aliis casibus à me notatis ad eundem Papinian. libr. 23. in *l. 73. de leg. 2.* Et mox in §. *vlt.* huius legis. deficiente actione ex stipulatu ob euictionem, non deficit tamen actio ex empto, vel potius non competit actio ex stipulatu euictionis nomine in id, in quod competit actio ex empto, vel potius non competit actio ex stipulatu euictionis nomine in id, in quod cõpetit actio ex empto. Et sciendum euictionis nomine actionem dari, non tantum ex emptione venditione, sed etiam ex permutatione, *l. 1. & 2. de rer. permut.* Quia permutatatio est similis emptioni. Ergo & ex diuisione hereditatis: nam diuisio hereditatis inter coheredes fit mutua partium permutatione, *l. cum pater §. hereditatem, de legat. 2.* Quid est diuisio? permutatio partium, vel distributio, quæ fit vicissim partibus commutatis, quas sociorum quisque habuit pro indiuiso, in minimo quoque momento rem quæ

co mmunis erit, per diuisionem incipies habere pro diui- A fo, nec potes facere partes pro diuiso, nisi permutaueris partes pro indiuiso quæ fuerunt ante. Nunc facita esse: tres sunt coheredes, duo præsentes, & vnus absens. præsentes adhibito procuratore voluntario absentis, id est, negotiorum gestore, interuenientes nomine absentis coheredis diuisionem fecerunt bonorum, eamque diuisionem ratam postea habuit absens. Euicta sunt prædia quædam quæ diuisione facta bonorum heredibus obtigerant: euictionis nomine competit actio præscr. verbis: Nam ex diuisione sicut permutatione datur actio præscriptis verbis, similis actioni ex empto, *l. his consequenter, §. idem quærit, l. si filia §. si pater, fam. ersc. l. licet, l. si familia, C. eod. l. si fratre, C. comm. vtr. iudic.* Competit autem in casu proposito actio præscriptis verbis ob euictionem, in procuratorem, qui diuisioni interfuit, imo & in dominum compe- B tit, prout libuerit coheredibus, quia diuisionem ratam fecit. Competit autem in hunc, vel illum id quod interest, ita scilicet, vt si post diuisionem deteriora facta sint prædia, minuatur quantitas euictionis, & spectetur quanti sint prædia euictionis tempore, non quanti fuerint diuisionis tempore. Et retro si meliora facta sint prædia, vt augeatur obligatio euictionis, & omne lucrum & commodum sit emptoris, non venditoris, vt in *l. 70. h. t. l. Titius §. vlt. l. id quod. de action. emp.* Et hoc est quod ait in fine huius legis, scil. vel *meliori vel deteriori.* Nec obstat quicquam lex *ex mille, hoc tit.* quæ docet, non minui obligationem emptionis, si fundus venditus deterior factus sit, & non augeri, si factus sit melior, in causa euictionis spectari quanti fuerit venditionis tempore. Sed vt Accurs. animaduertit, lex *ex mille,* loquitur de actione ex stipulatu, quæ stricta est, *d. l. 70. & d. l. Tit. &* lex *id quod, de act. emp.* de actione ex empto, quæ est bonæ fidei, & hic C §. *vlt.* de actione ex stipulatu simili actioni ex empto, id est præscriptis verbis, quæ etiam est bonæ fidei, quando datur ex permutatione, vel diuisione: Nam ex aliis articulis actio præscriptis verbis est stricta. Et ita apparet differentiam esse constituendam inter actionem ex stipulatu, & actionem ex empto, quod non idem veniat in vtraque, cum res, quæ euicta est, deterior aut melior effecta est post diuisionem, vel post venditionem, vel permutationem.

Ad l. 5. de vsuris.

Generaliter obseruari conuenit, bonæ fidei iudicium non recipere præstationem, quæ contra bonos mores desideretur.

Generaliter definitur in hac l. bonæ fidei iudicium non recipere præstationem, quæ contra bonos mores desideretur: quæ definitio est certissima & pulcherrima, sed exemplis illustranda. Si ancilla vendita sit ea lege, vt prostituatur, ex ea lege nihil præstatur iudicio empti venditi, si non fuerit prostituta: nec enim posset venditor sine rubore ex ea lege quidquam desiderare. Nam & vindictæ rationem actio ex vendito non recipit, *l. 7 de seru. export.* Vindicta est contra bonos mores: ius est bonis moribus tuendi se, non vlciscendi, *l. scientiam §. pen. ad l. Aquil.* Item petitio hereditatis, quæ est bonæ fidei (quod tamen obtinet etiam in rei vindicatione speciali, quæ est arbitraria) non recipit fructus, qui inhoneste percipi potuerunt, veluti ex lupanari, domo locata lenoni, perceptos inhoneste recipit, *l. ancillarum, in fi. l. si possessor, de petit. hered.* id est, si ex domo hereditaria possessor alienæ hereditatis inhonestum quæstum fecerit, vtique eum restituet, is scilicet quæstus veniet in petitione hereditatis, *ne scilicet,* vt ait *d. l. si possessor, inhonesta interpretatio adhibita inhonesto quæstui, lucro possessoris cedat,* id est, nisi dixeris honestatis specie, non esse honestum inhonestum quæstum auferre possessori, ita effeceris, vt inhonestus quæstus apud eum remaneat. huic sane vel vtrique est auferendus, vel si alterutri est dandus, innocenti sane potius quam nocenti, petitori potius quam possessori dandus erit. Ergo in petitionem hereditatis fructus veniunt inhoneste percepti, non etiam, qui inhoneste percipi potuerunt. Communiter veniunt percepti & percipiendi, sed percepti qualicunque ratione: percipiendi honesta tantum ratione, *l. fructus non modo, de rei vind.* Atque ita verum est, petitionem hereditatis, non recipere præstationem, quæ extra bonos mores postuletur, id est, non imputari possessori quod turpem quæstum non fecerit: sed si quem fecerit, ei auferetur: omne enim lucrum ei auferetur. Item non recipit iudicium bonæ fidei, aut si quod bonæ fidei iudicio est vicinum, veluti actio ex testamento, vsuras ex rebus, quæ corpore non quantitate valent: Nam vsuræ percipiuntur tantum ex quantitatibus, non ex corporibus. Et idem Papin. in *l. 3. §. vlt. h. t.* etiam ait, ex eis rebus vsuras non sine rubore desiderari. Hæc sententia Papin. loquitur de bonæ fidei iudicio. Quæres, *an non idem sit in stricto iudicio?* Strictum iudicium non recipere præstationem, quæ contra bonos mores desideretur. Quis non dixerit idem esse in stricto iudicio? Nam & stipulatio concepta contra bonos mores non valet, *l. stipulatio hoc modo concepta, de verb. oblig.* Sed maxime valet in bonæ fidei iudiciis, *il faut peser ce mot* maxime, id est, *principalement.* Sicut dicitur in *l. 1. C. de rescind. vend.* bonam fidem maxime desiderari in contractib. bonæ fidei. Nam desideratur in omnibus contractibus. Nullus est contractus, qui recipiat dolum, qui non infirmetur ratione doli, vel ipso iure, vel per exceptionem, sed maxime obseruatur bona fides in contractibus bonæ fidei. Et ita dico hanc regulam valere maxime in iudiciis bonæ fidei, sed debere etiam valere in omnibus negotiis, & rationibus nostris, & esse regulam sanctissimam iuris.

Ad l. 40. sol. matr.

Post dotem & nuptias contractas stipulatus est pater, filiæ voluntate diuortio facto dotem dari: si conditio stipulationis impleatur, & postea filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quo minus ex stipulatu agat: viua autem filia, si agere vult, exceptione submouendus erit.

Sciendum est, patrem qui dat dotem pro filia, initio dandæ dotis ex continenti pacto posse sibi dotem recipere, citra volũtatem filiæ interposita stipulatione, *l. auia, C. de iure dot.* id est, recte stipulari initio etiam dotem sibi reddi diuortio facto, etiam sine voluntate filiæ. At post dotem datam, & nuptias contractas, cum iam dos filiæ adquisita est, dos est proprium patrimonium filiæ, etiamsi sit profecta à patre, in cuius est potestate, *l. pater, ad leg. Falcid. l. 4. de collat bon. l. denique §. ergo, de minorib.* Communis dicitur esse patris & filiæ in *l. 3. hoc tit.* Sed certe magis est filiæ. Et ita in omnibus partibus iuris habetur pro proprio patrimonio filiæfam. sicut castrense peculium, & quasi castrense pro proprio filiifam. Post, inquam, dotem E datam, & nuptias contractas, non rite stipulatur pater diuortio facto dotem sibi reddi sine voluntate filiæ. Adiuncta eius voluntate, recte etiam eo tempore stipulatur dotem sibi reddi diuortio facto, & ei soli competit actio ex stipulatu efficax, sine metu exceptionis etiam viua filia, quæ consensit semel, *l. quotiens, l. si cum dotem, §. eo tempore, l. Titia, h. t.* Hoc est & æquissimum & iustissimum, sed incertum redditur per hanc *l. 48.* quæ vult, patrem, qui filiæ voluntate stipulatus est, diuortio facto dotem sibi reddi, post dotem datam & contractas nuptias, diuortio secuto, si agat ex stipulatu summoueri exceptione viua filia. Inutilem igitur esse stipulationem. Et ob eam rem nulla est lex in *h. t.* quæ magis vexarit ingenia interpretum, & inde immensi commentarij in hanc legem, nemine non adumbrante aliquid plerumque ex animi sui sententia, vt eludant sententiam Papiniani, quæ est manifesta tamen, vel

vt potius eam transforment. Sed vt ego pridem ostendi ex duobus locis *βασιλικῶν* deprehenditur mendosus contextus huius legis, & inserendus est articulus, *sine*, qui vulgo deest. Atque ideo ita legendum, *stipulatus est pater sine voluntate filiæ*. Græci *παρὰ γνώμην τῆς θυγατρός*. Et quod magis est, interpres contextus Basilic. exprimit eleganter formulam exceptionis, qua repellitur pater, qui viua filia agit, hoc modo: *ἀλλ' εἰ μὴ κακῶς ἐπηρώτησας μετὰ σύστασιν τοῦ γάμου παρὰ γνώμην τῆς θυγατρός*: *at si non post contractas nuptias male stipulatus es sine voluntate filiæ*. Hac formula eliditur actio ex stipulatu, quam intendit pater viua filia, quia male stipulatus est, non adhibito consensu filiæ. Sed mortua filia cessabit hæc exceptio, id est, si mortua filia agat pater, & mortua filia sine liberis: nam iure veteri propter liberos erat deductio & retentio certæ partis dotis. Si sunt liberi, non poterit pater ex stipulatu solidam dotem repetere, si superstites liberos reliquit. Si mortua sit sine liberis, repetet solidam dotem, & morte filiæ retro valuisse intelligitur stipulatio.

Ad l. 8. de tutel. & rat. dist.

Quamuis iure postliminij tutelam pristinam possit integrare.

Appendix est legis 7. superioris, in qua additur, tutelam finiri captiuitate tutoris. Igitur fideiussores, qui pro tutore spoponderunt rem pupilli saluam fore, recte conueniri ex stipulatu statim atque tutor captus est, vt *l. 4. §. si tutor, rem pup. salu. fore.* Defensorem quoque captiui, qui vltro paratus est suscipere iudicium tutelæ, recte conueniri iudicio tutelæ pro captiuo. Item curatorem datum bonis captiui, recte conueniri actione tutelæ, quia finita est tutela. Notandum, captiuos in litibus procuratorem habere non posse; *l. ab hostibus, ex quibus causis maior.* quia hoc est liberorum hominum proprium, quia lis non potest esse cum seruis: defensorem habere possunt qui vltro subeat litem eorum nomine, procuratorem voluntarium habere possunt, qui litem faciat suam. Item, vt ait *d. l. ab hostib.* plerumque bonis captiui curator datur, qui sci. intendat, & excipiat omnes actiones. hic curator poterit conueniri actione tutelæ vel defensor, quia finita est tutela. finitur captiuitate tutoris, *l. si adrogati, de tutel.* Alioqui in locum captiui non posset alius dari, quia tutorem habenti tutor non datur, & tamen datur: Et consequenter competit actio tutelæ & actio ex stipulatione, rem pup. salu. fore, quæ ante finitam tutelam non competeret, *l. 1. l. 4. §. hanc, rem pup. salu. & l. 16. hoc tit.* Finitur, inquam, tutela captiuitate tutoris, sed postliminio recuperatur, si tutor ab hostibus aduenerit. Nec tamen hæc spes postliminij differt actionem ex stipulatu, *§. ab hostibus, Instit. de Attil. tut.* Si pater sit captus ab hostibus patria potestas est in suspenso, dominium rerum est in suspenso, *§. si ab hostibus, quibus mod. ius patr. pot. Inst.* Postliminium dicitur suspensi iuris constitutio, *l. pen. de suis & leg.* Tutore capto ab hostibus tutela non est in suspenso, sed finitur. Hoc exigit vtilitas pupillaris, & finis tutelæ propriũ est. Qua ratione & vsumfructum, qui ante captiuitatem fuit captiui, dicerem finiri captiuitate, quia & vsusfructus finis est proprium, licet redintegrari speretur postliminio: denique spes postliminij alia suspendit, alia finit. Et ita in hac *l. 8.* ait Papinian. tutelam captiuitate tutoris finiri, quamuis iure postliminij tutelam pristinam possit integrare. hæc scilicet spes non suspendit tutelam, imo finit, & nouus tutor datur, qui desinit esse tutor, si alter redeat ab hostibus.

Ad l. 2. vt leg. seu fideic. seru. caus. cau.

Nec si forte velit pater cauere, neminem amplius petitu-

A *rum, compellendus erit heres legatum, quod iam filius petere potest, alij, quam cui debetur, exsoluere.*

Sciendum est, in hoc titulo proponi edictum prætoris de stipulatione legatorum seruandorum causa, qua se legatariis heredes obstringunt datis fideiussoribus. Et licet nobis formulam stipulationis componere: *Quod mihi ex testamento aut codicillis L. Titij dari fierive oportet, id quibus diebus L. Titius dari fierive voluerit, iisdem dari fierive, aut quanti res erit tantam pecuniam recte præstari, dolumque malum huic rei promissionique abesse abfuturumque esse spondesne? spondeo.* Stipulatur legatarius, promittit heres: adpromittit fideiussor, quem addiderit heres. Et ait, *Quod mihi ex testamento vel cod.* codicillis scil. ad testamentum

B factis: Nam legata non debentur, nisi ex testamento, & edictum loquitur tantum de legatis, sed quia placet hodie etiam in fideicommissis huic stipulationi locum esse, *l. 1. § plane, & l. hæc stipulatio, hoc tit.* quæ quidem fideicommissa ab intestato relinqui possunt: ideo etiam ab intestato codicillis, aut epistola aut quocunque alio iudicio fideicommisso relicto hæc stipulatio locum habet, *l. etiam §. vlt. hoc tit.* Et rursus ait, *dari fieri oportet*, vt *l. 10. hoc tit.* quo verbo certum est, id quod oportebit etiam contineri, id est, quæ post debebuntur ex legati causa, veluti fructus aut vsuras ex mora, *l. 1. § bellissime, hoc tit.* Igitur in formula non est necesse adiici, *oportet, oportebitue.* Nam verbum, *oportet*, etiam futurum tempus complectitur: nam eadem eius verbi interpretatio fit in actionum formulis,

C *l. 76. §. 1. de verb. oblig.* Et hæc stipulatio legatorum instar actionis obtinet. Est enim stipulatio prætoria cautionalis, & omnis stipulatio prætoria cautionalis instar actionis obtinet, & qui actionem dicit, & hæc genera stipulationum dicit, *l. 1. §. cautionales, de prætor. stip. l. actionis, de obl. & act. l. non solum, rem rat hab. l. si ambo §. in stipul. de compensat.* Et ita è contrario in actionibus, & consequenter in stipulationibus, vt arbitror, verbum *oportebit*, etiam id quod oportet, comprehendit. Et licet eodem argumento vti, quo Pomponius in *l. verbum erit, de verb. sign.* Si, inquit, verbum, *est*, ex mente scribentis, vel loquentis, non tantum præsens tempus sed etiam præteritum significat, ergo & verbum, *erit*, non tantum futurum, sed etiam præteritum tempus demonstrat. Eodem igitur modo licebit argumentari, si in actionum & stipulationum cautiona-

D lium, quę ex edicto proficiscuntur, formulis, verbum, *oportet*, non tantum præsens, sed etiam præteritum significat: Ergo in iisdem, *oportebit*, non tantum futurum, sed etiam præsens demonstrat. Nec igitur interest si ita concepero, *quod mihi dari fieri oportet*, an, *oportebit*. Et ita ad actionum editionem, quod inscriptio l. demonstrat, siue ad actionum formulas refero, quod est in *l. 8. de verb. sign.* verbo *oportebit*, tam præsens, quam futurum tempus significari: nec probo, quod quidam mutauit verbum, *oportebit*, in verbum, *oportet*. Nam si in verbo oportet verum id est, & in verbo oportebit pariter, non in omnib. causis, sed in actionibus, ad quas referenda ea lex, vel in stipulationibus, quæ pro actionibus sunt. Nam quod subiicitur in ea l. 8. est de actionibus. actionum verbo non contineri ex-

E ceptiones, & in exceptionibus forte eadem interpretatio non fiet, sicut nec fit eadem interpretatio in stipulationibus conuentionalibus, quæ instar actionum non habent, *l. 76. §. 1. l. 89. l. 125. de verb. obli. l. & vno, de acceptil.* Nec etiam in legatis fit eadem productio temporis, *l. si ita scripsisset, de leg. 2. l. 17. de liber. leg.* sed omissum tempus habebitur pro omisso, & qui volet vtrumque tempus complecti, necesse est ita scribat, *oportet, oportebitue.* Rursus in formula diximus, *quibus diebus dari fieri*, &c. ex *l. 1. & l. 18. hoc tit.* Nam edictum prorsus pertinet ad legata relicta ex die certa vel incerta, metuente forte legatario, ne interim, antequam conditio siue dies incertus extiterit, heres dissipet bona sua, ne inane legatum, inanem actionem faciat, & ob id solum prospicere legatario sibi cautione licet. Sed quod notandum, porrigitur edictum etiam ad pura

legata, si heres iudicem quærat & litigare velit, *l. hac stipulatio, l. etiam, hoc tit. l. vxorem §. vlt. de legat. 3.* Item adiecimus, *aut quanti ea res erit*, ex *l. 1. §. item quæritur, hoc tit.* quæ ait, in hanc stipulationem res aut pretia deduci. Hæc postrema clausula est de dolo malo, quæ subiici solet fere omnibus stipulationibus, *l. 1. hoc tit. l. doli. l. ex ea parte, de verb. oblig. l. nouissima, ind. solui.* Et præterea cognita formula omnino sciendum & hoc, interponi eam stipulationem, vt noua actio fit, vt est proditum in *l. 1. §. cautionales, de prætor. stipul.* id est, vt ex stipulatu legatario actio fit legati nomine, sed non, vt nouatio fiat, non vt moueatur actio de legato. nouæ actionis adquisitio, nouatio non est, quia & interposita stipulatione eiusmodi, id agitur solum, vt legatario fideiussoribus sit cautum, non vt ab obligatione testamenti recedatur. Ideoque simul dies legati cessit, & ex testamento, & ex stipulatione debetur, *l. 8. hoc tit.* & perperam ante Florent. in *d. l. 1. §. cautionales*, legebatur, *vt nouatio fit*, nec enim fit nouatio. Sed diligentius explicandum, qui præstent eiusmodi cautionem, & quibus sit ea præstanda.

Cautionem legatorum præstant heredes, à quibus legata relicta sunt, heredes inquam, ex asse, vel ex parte, & instituti vel substituti, *l. 1. §. certe, hoc tit.* Imo & honorarij successores siue prætorij eam præstant, *d. l. 1. §. non solum.* Qua appellatione, non significantur tantum bonorum possessores hereditarij, vt interpretes male existimant, sed quam plures alij, vt heredes scripti sub conditione iurisiurandi, qui iure prætorio & non impleta conditione, quam prætor remittit, pro eo habentur, quasi impleta conditione heredes extitissent, *l. 1. §. ad eos, ad leg. Falcid,* & heredes scripti, qui omissa scriptura ab intestato possident hereditatem, *l. duo heredes, si quis ex causa testam.* De quibus etiam nominatim scriptum est in *l. 1. hoc tit.* satisdationem vt præstent. hi sunt honorarij successores, qui vltra prætoris edictum iure ciuili ex testamento heredes non existimarentur esse, quippe cum illi non impleuerint conditionem, & omiserint testamentum. Præstant eandem cautionem heredes heredum, quod notum est & successores successorum, quia & eos obligatio legatorum tenet, quæ tenuit defunctum, veluti æs alienum, quod erat defuncti. Item præstant cautionem fideicommissarij Trebellianici: nam & eos onera legatorum sequuntur, *l. 1. §. is etiam, l. etiam §. 1. hoc tit.* Et postremo hi etiam hanc cautionem præstant, qui per alios heredes effecti sunt, vt qui seruum aut filium ab alio institutum hereditatem adire iusserunt, *d. l. 1. § non solum, hoc tit.*

Sequitur, quibus sit præstanda ea cautio, & id quod certissimum est proponam. legatariis & fideicommissariis, imo & successoribus eorũ præstanda est, in quos ius legati tanquam æs alienum transmissum est: Imo & procuratoribus eorum, *d. §. non solum.* Imo & dispensatoribus legatorum, *l. quidam §. pen. de leg. 1.* Et postremo cauetur domino etiam legatarij serui & patri, *d. l. 1. §. plane si ei qui, hoc tit.* Sed vt ostenditur in eadem *l. 1. §. vlt.* ex quo pendet nostra lex, patri vel domino non cauetur præcise, id est, sine vlla exceptione, præcidendo ita, vt dixi, in formula, *dari fierive*, sed sub conditione, si filius vel seruus die legati cedente, in eius potestate sit, atque hoc nouum non est: Nam & procuratori legatarij non cauetur præcise, sed sub conditione, si is cuius nomine cauet heres, viuat, si legatarius viuat, videlicet ne teneatur heres illo ante defuncto, præstare legatum à defuncto relictum, *l. 1. §. procuratori, h. t.* Ex his apparet, his casibus, si stipuletur procurator vel pater, vel dominus, formulam stipulationis, quam ex eo, quod plurimum fit, confecimus, eas conditiones recipere.

Dicebam modo procuratori legatarij non caueri præcise, sed sub conditione, *si legatarius viuat*: & similiter patri vel domino non caueri præcise, sed sub conditione, *si legatarius in eius potestate sit*, cum dies legati cedit, ex *l. 1. §. vlt. hoc tit.* Ergo nunc ita constituamus: patri vel domino caueri, si die legati cedente legatarius in eius potestate sit: quo casu debetur legatum patri vel domino quasi sibi adquisitum iure potestatis. In alium ergo casum, videlicet, si legati die cedente sui iuris sit, iniquum esset patri vel domino caueri: cum in eum casum patri vel domino legatũ non debeatur, & ei tantum cautionem præstari oporteat, cui debetur legatum, vel ei, cui nondum debetur in eum casum, si forte debebitur: debetur autem legatum non tãtum quod peti potest, sed etiam quod nondum peti potest, si modo iam sit nata obligatio, id est, si dies cesserit, *l. 9. hoc tit. l. si dies, sup. tit. proximo.* vt si ex die certa legatum relictum sit, statim dies legati cedit à morte testatoris, id est, nascitur obligatio, & incipit deberi legatum, statim dies legati cedit, siue dies sit breuis siue longa: vt Cal. centesimis, quod non abs re notatur in *d. l. si dies.* Actio autem, petitio, persecutio non nascitur, antequam dies venerit: quod si ex die incerta legatum relictum sit, veluti, *cum nauis ex Asia venerit, cum Titius consulatum inceperit*, neque debetur, neque peti potest legatum, vel neque cedit, neque venit dies, quod idem est. Et breuiter, neque obligatio, neque actio nascitur, antequam dies cesserit, vel conditio obtigerit, *d. l. si dies & l. cedere, de verb. sign.* Spes tamen est debitum iri. Et huius spei nonnulla habetur ratio in iure: nam & ex alia causa interposita stipulatione conditionali, mortuo stipulatore pendente conditione, spes transmittitur in heredem, *§. ex conditionali, Inst. de verb. oblig.* Et huius spei ratione, antequam existat conditio legati, id est, antequam dies legati cesserit, & cœperit obligatio, hæc stipulatio de legato interponitur, sed non transmittitur in heredem, mortuo legatario pendente conditione, quia nec spes legati conditionalis transmittitur: Et eadem est causa huius stipulationis, & huius legati, eadem causa actionis ex stipulatu, & actionis ex testamento, quia vtraque interponitur legati nomine, *l. 1. §. si quis sub conditione, hoc tit.* Et obseruandum, in *d. §. vlt. eiusdem l.* cum quæritur de cautione legati præstanda in genere, quod filiofamil. vel seruo relictum est, poni legatum fuisse relictum incerta die. Nam si ex die certa relictum sit, constat statim à morte testatoris patri vel domino legatum deberi, neque ab eo discedere obligationem, etiamsi postea ante diem legati filius vel seruus sui iuris fiat, *l. 5. §. vlt. sup. tit. prox.* Et consequenter constat, patri vel domino ex causa eius legati, omnimodo cautionem præstandam, nec locum esse quæstioni propositæ in hoc §. *vlt.* quod recte notat Accurs. Igitur in eo §. recte instituitur quæstio, non de legato relicto ex certa die, sed incerta die, quæ & paulo post vocatur conditio: nam conditio est dies incerta, vt *si nauis ex Asia venerit*: & retro, dies incerta est conditio, aut conditionis instar, *l. dies, de condi. & demonst. l. talis scriptura, de legat. 1. l. sufficit, de cond. indeb.* Dies, inquam, incerta, est conditio, si & dies incerta sit, & res ipsa, quæ in eam diem confertur, veluti, *si Titius erit consul.* Nam & quo die Titius futurus sit consul, & an futurus sit, incertum est: alias vero sola dies incerta certe non est conditio. veluti si ita legetur, *heres meus Titio, cum morietur, fundum dato*, purum est legatum, non conditionale. hæc verba, *cum morietur*, non faciunt conditionem, *l. sub conditione*, cum *l. seq. de condict. indeb. l. heres meus, de condit. & demonst.* Nam Titium moriturum certum est, mors certa, mortis dies incerta est, denique dies cum morietur, reipsa certa, tempore incerta est. Et ad summam, dies incerta, conditio est, quæ & re & tempore incerta est, certa re. Ideo non minus, imo magis hæc dici dies certa, quam incerta potest, cum ex re ipsa certius ei sit certum æstimare, quam ex curriculo temporis. Et quæstio §. *vlt.* non minus cessat in hac die ambigua, quæ partim certa, partim incerta est, quam in illa, quæ omni ex parte certa est, & re, & tempore: Nam & cedit vtraque statim, licet nondum venerit, & statim igitur à morte testatoris patri vel domino debetur legatum sub hac vel illa die seruo vel filio relictum, & ei soli est præstanda cautio sine cunctatione vlla, & sine exceptione vlla præcise. At si sub conditione, vel sub die penitus incerta filiofam. aut seruo lega-

tum sit, non est præstanda satisdatio patri vel domino præcise, sed cum hac exceptione, *si die legati cedente, in eius potestate legatarius fuerit*: quo solo casu patri domino-ve tale debetur legatum. Et ita cum hac adiectione conditionali & exceptione consultius fecerit, si his personis cauerit heres non pure. Sed & si forte cauerit abscise sine exceptione, vt ostenditur in §. *vlt.* & post manumissionem serui, aut emancipationem filiifam. dies legati cesserit, agenti patri vel domino ex stipulatione illa obstabit exceptio doli mali, quod in eum casum non sit actio ex stipulatu, quo nec ei licet agere ex testamento, *d.* §. *si quis sub conditione.* Causa stipulationis sequitur causam legati, quasi principalem. Stipulatio est veluti accessio obligationis principalis, & additur recte ex Papin. in *l.* 2. *hoc tit.* non audiri etiam patrem vel dominum, cui præcise cautum est, detracta omni conditione, si agat ex stipulatu, vel ex testamento, quamuis offerat cautionem pater, filium non petiturum, neminem amplius petiturum: nec enim heres compellitur alij, quam cui debetur, legatum exsoluere. Debetur autem filio vel seruo, qui sui iuris inueniuntur, existentis conditionis tempore, non patri vel domino, & licet non vtique semper peti possit quod debetur, vt quod debetur ex die certa, tamen quod non debetur, nunquam petitur efficaciter, ἐνεργῶς, quia vel exceptione repellitur actor, cui nihil debetur. Sed ad hæc notandum in hoc proposito, non tantum patri caueri oportere, sed etiam filio, non tantum domino, sed etiam seruo: patri, in casum si filius in eius potestate sit die legati cedente, & similiter domino: filio autem & seruo, in casum, si sui iuris sit: nam vtrique caueri in suum casum æquum est. Dices, onerari heredem si caueat vtrique, quod cogitur vni quærere vnum fideiussorem, & alij alium, fideiussores non esse faciles inuentu, nec vnum facile suscipere plures obligationes. Dicam, non onerari heredem ex *l. seq.* quia vtrique caueri poterit adhibito vno eodemque fideiussore, qui ideo non onerabitur, nec detrectabit cauere vtrique, cum futurum sit vt vni tantum teneatur, non vtrique, prout casus hic obtigerit, vel ille: nec enim vterque casus concurrere potest. Cauebit igitur heres vtrique eodem fideiussore: nam æquum sane est cuique cauere in suum casum. Nam ex stipulatione filij non potest actio adquiri patri in casum, quo sui iuris sit. Et retro ex stipulatione patris vix vnquam filio adquiritur actio, *l. cum dos, de pact. dot.* Et ita etiam *lib.* 3. & 19. *quæst. Pap.* iam ante diximus, eodem legato relicto duobus sub diuersis aut contrariis conditionibus, heredem vtrique cauere, quamuis tamen vni tantum debeat, *l. Paulus* §. *vlt. de præt. stip. l. etiam* §. *vlt. tit. seq.* adhibito eodem fideiussore, *l.* 3. *h. t.* Quod obtinuit in specie *l. si duo, h. t.* Si Titio legatum sit relictum, & duo sint eiusdem nominis amici testatoris, nec certum sit, de quo senserit testator, & desperemus an certum esse possit, interim vtrique satisdabis, adhibito eodem fideiussore, dum illi duo de legato contendunt.

Ad l. 5. eod.

Posteaquam heres ab hostibus captus est, conditio legati, cuius nomine proposita stipulatione cautum fuerat, extitit. fideiussores interim teneri negaui: quia neque ius, neque persona esset, ad quam verba stipulationis dirigi possint.

TRes aut quatuor quæstiones de eadem materia in hac *l.* 5. de qua tractatum est supra, proponuntur, de prætoriis stipulationibus scilicet legati vel fideicommissi seruandi causa. Et primæ quæstionis species hæc est: Heres de legato relicto sub conditione satisdedit: post captus est ab hostibus, & post captiuitatem eius extitit conditio legati: Quæritur, *an fideiussor conueniri poterit herede nondum reuerso ab hostibus*? Et Papin. ait, non posse. Videretur posse, quia fidem suam in hoc interposuit, vt cum legati conditio extitisset, legatum solueretur. Porro extitit côditio, A & legatario liberum est agere cum herede vel cum fideiussore. Et hoc sane casu plane cogitur conuenire fideiussorem solum, nisi captiuus defensorem habeat in ciuitate. At Papin. ait, *fideiussorem interim non teneri, dum heres est apud hostes.* Rationem non intellexit Accurs. quæ talis est: quia fideiussor ante quam reus principalis debeat, conueniri non potest, *l. fideiussor antequam, de fideiuss.* Heres autem, qui reus est principalis, neque ante captiuitatê pendente conditione legatum debuit, *l. legata sub conditione, de cond. & demonstr.* neque etiam postquam extitit conditio, cum sit apud hostes, legatum debet aut debere potest, quia in personam seruientem non cadit ciuilis obligatio, nec heredem habet qui debeat, quia successio eius est in pendenti propter spem postliminij: denique non est persona B principalis quæ debeat legatum, & consequenter nô est ius, id est, non est obligatio. ius nonnullis in locis iuris nostri sumitur pro obligatione, vt *l. fideiuss. obligari* §. *pen. de fideiussorib. l. hæc stipul. h. t.* Si nô est persona quæ debeat principaliter, nec igitur obligatio est, quia obligatio ciuilis sine persona, in qua côsistat, nullo modo esse potest, nec initium sine ea capere potest, & verba huius stipulationis prætoriæ referuntur ad obligationem ciuilem, *quod mihi ex testamento dari fierive oportet, oportebit.* Obligatio enim ex testamento est ciuilis, id est, ex 12. tab. Cum ergo non sit obligatio ciuilis in casu proposito, nec sit persona quæ ciuiliter debeat, sequitur fideiussorem interim non teneri. *faut attendre qu'il y aye vn principal.* captiui persona nulla est, cum seruus sit hostium, serui nulla est persona. Persona C est ciuile nomen, & seruus non est ciuis. Homo est naturale nomen, seruus est homo, non persona: denique seruus non obligatur ciuiliter, *l. serui, de ob. & act. l. in personâ, de reg. iur.* Herede reuerso ab hostib. tum demum fideiussor conueniri potest, quia iam existit persona principalis, quæ legatum debeat si legati conditio extiterit. & hæc est sincera ac vera interpretatio huius legis, siue explanatio quæstionis primæ propositæ in hac lege. In contextu illo loco, *proposita stipulatione*, scio Pap. scripsisse, *prætoria*, non, *proposita*, & simili errore in *l.* 3. §. *quamuis, si quis plus quam per l. Falc.* In illo loco, *quod præterea cautionis*, legendum, *quod prætoriæ cautionis*, etiam herede postea capto ab hostibus, si ante captiuitatem legati extitisset conditio, fideiussor proculdubio tenetur. hæc igitur talia sint Papin. verba, *postquam*, &c. quia heres legatum debere cœpit, & D captiuitate obligatio non perimitur, *l. hactenus, de const. pec.* Rursus si post mortem heredis, qui satisdederat, extiterit conditio legati, fideiussor tenebitur, non quidem ante aditam hereditatem heredis, quia etsi obligatio, quæ iam cœpit in persona aliqua, consistere possit postea sine persona, etiamsi nullus appareat postea, qui debeat, vt si mortuus sit debitor, & hereditas eius nondum adita sit, nô apparet debitor, apparet tamen obligatio, *d. l. hactenus*, quæ iam cœperat in personam: tamê obligatio exordium capere non potest sine persona: perseuerare potest, etiamsi non perduret persona, sed hoc casu fideiussor tenebitur post aditam hereditatem heredis vitâ defuncti, antequam existeret conditio, quia heres, à quo legatum relictum est sub conditione, si moriatur pendente conditione, heredê E suum qui adierit obligatum reliquit, *l. legato, sub cond. de cond. & dem.* Aliter legatarius, cui legatum relictû est sub conditione, qui si moriatur pendente conditione, heredi suo nihil relinquit, quia legatum conditionale non transmittitur in heredem, *l.* 1. §. *si quis sub cond. h. t.* Vbi quod notant esse mendum in Pand. Flor. non est mendum, illo loco, *quia nec legatum non transmittitur.* Sût enim duæ negationes pro vna, quod est frequês in his libris, & aliis auctorib. *l.* 6. *de extraord. criminib. Ne ab his, qui supprimunt coemptas merces ne annona oneretur, & l. cum autem* §. 1. *de ædil. ed. nihil amplius consequatur, quam non haberet*, & illo loco Terent *faciunt ne intelligendo, vt nihil intelligant.* Et ad secundam quæstionem ad quam male Accurs. addit, hâc rationem, cur fideiussor interim nô teneatur, *quia*, inquit, *extincta obligatione principali tollitur fideiussoria*, male: quia

nec hæc fuit extincta, quæ nec dum cœpit, & quæ si cœpisset nec captiuitate extingueretur, *d.l.hactenus*. Et subiicit etiam male, *quia exceptio quæ reo competit & fideiuss. prodest.* nam hic nulla competit exceptio personæ non obligatæ, nondum est reus principalis quisquam. Et hoc cum ita sit, male adfert legem *si decesserit, qui satisd.cog.* vt ex ea efficiat, quod tamen est per se verum, exceptionem reo competentem fideiussori prodesse, veluti exceptionem transactionis, *l.fideiussores* 68. §.*vlt.de fideiuss.l.exceptiones, de except.* §.*exceptiones, Inst.de repli.* Verũ hoc non vult lex *si decesserit*, sed hoc tantũ, mortuo reo ante moram, id est, ante diem quo sistere debuit qui satisdederat iudicio sisti, fideiussorem liberari. cur liberatur? an quia exceptio reo competit? minime: sed quia impossibilium nulla est obligatio: impossibile enim est hominem mortuum sisti. frustra etiam in hoc proposito ponit, exceptionem rei prodesse fideiussori liberato reo exceptionis iure, & iure eodem liberari fideiussoré. Huic tamen sententiæ obiicit legé 1.*C.de fideiuss.* ex qua colligitur, liberato reo nõ liberari fideiussorem, quod cõtingit sæpe, puta reo morte liberato, siue mors sit naturalis siue ciuilis: ciuilis mors est deportatio, publicatio bonorũ. cui adempta sunt & publicata sua omnia, pro mortuo habetur: cui publicata est pars, pro semimortuo. Igitur ipse quidem liberatur, sed fideiussor non liberatur, qui vtique adhibetur hac prouidẽtia siue contemplatione, vt siue reus moriatur morte sua, siue confiscetur, sit creditori, à quo suum seruare possit lapso reo facultatibus. sed, vt dixi, nihil attinet hoc loco de hac re disputare, puta in hac specie, non liberatur reus, cum nondum sit vllus reus. & fideiussor non tenetur, non quia sit liberatus reus, sed quia nullus adhuc est reus.

Ad §.1. Imperator.

Imperator Marc. Antoninus Iulio Balbo rescripsit, eum à quo res fideicommissæ petebantur, cum appellasset, cauere; vel si caueat aduersarius, transferri possessionem debere. Recte placuit Principi post prouocationem quoque fideicommissi cautionem interponi. Quod enim ante sententiam, si petitionis dies moraretur, fieri debuit: amitti post victoriam dilata petitione non oportuit. Sed quare non cauerat de fideicommisso, qui prouocauerit, si caueret aduersarius, ad eum possessioné esse transferendam rescripsit: cum alia sit edicti conditio: non enim exigitur à legatario vice mutua cautum: sed vicaria custodiæ gratia possessio datur: & qui obtinuit, in possessionem per prætorem aut præsidem inducitur: sed prætor quidem in omnium rerum possessione, quæ in causa hereditaria permanent, omnimodo fideicommissi seruandi gratia esse permittit. Princeps autem earum rerum nomine, de quibus fuerat iudicatum, mutuas admisit cautiones. Sicuti cum de bonis suis conferendis filius accepta possessione cauere non potest: quia denegamus ei actiones: defertur conditio cauendi fratribus ex forma iurisdictionis, quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre cœperit, se restituturos. sed si nec ipsi cauere possint, vtiliter probatum est, virum bonum ab vtraque parte eligendum, apud quem vt sequestrem fructus deponantur, quique vtiles actiones à prætore datas exerceat. possessio autem ex rescripto supra relato, non aliter ad eum, qui fideicommissum petit, transfertur, quam si cauerit: tametsi maxime aduersarius non per inopiam, sed per contumaciam cauere voluerit, sed si is, qui vincit, non possit cauere, vel res deponenda vel iurisdictio restituenda erit.

SEquitur in §.1. *rescriptũ M. Antonini.* Vt eius quæstio intelligatur, quæram statim an hæc cautio, de qua agimus, præstetur & exigatur post litem de legato contestatam actione ex testamẽto, id est, si iam cœperit legatarius petere legata actione ex testamento. Qua de re ausim ita cõstituere, exemplo aliarum stipulationum prætoriarum, quæ interponuntur ante litem contestatam, non post, veluti, *iudicatũ solui, iudicio sisti, rem ratam haberi*: & hãc stipulationem legatorum interponi ante litem contestatam.

A Et ita secundũ scripturã Pandect. Flor. *l.*1. §. *plane si quis, hoc tit.* perspicue traditur. Si omissa stipulatione prætoria de legato legatarius litem contestatus est actione ex testamento, cessare hanc stipulationem? Cur ita? quia videtur legatarius elegisse diem consequendi legati, & contempsisse remedium stipulationis: & quia, vt est in *l.*3. *tit.seq.* de legato ante potest cõstare, quam de satisdatione, id est, de legato, de quo litem contestatus est constare potest ante, fierique iudicium, quam satisdatio excuti, probari, præstarique possit. non desiderabit igitur cautionem, qui elegit actionem ex testamento & litem cõtestatus est. In aliis libris legitur in *d.* §. *plane nec cessare.* Sed maior est fides Florentinorum. Neque moueor eo, quod dicitur etiam de legato puro, & præsenti caueri: nam & caueri dicam, antequam de eo legato lis contestetur, *l.etiam, hoc tit.* Non

B moueor etiam eo, quod dicitur in *h.*§. ante sententiã hanc cautionem exigi. Nam subiicitur, *si petitionis dies moraretur*, id est, si nondum peti legatum potest, si lis de legato nondum contestari potest. Ergo ante sententiam, & ante litem, non post litem contestatam. Non moueor etiam eo, quod dicitur in *d.*§.1. etiam post condemnationem heredis, cum quo egerat legatarius ex testamento, hanc cautionem exigi. Si post condemnationem, cur non etiam post litem contestatam? Nam, vt respondeam, ita demum post litem contestatam, imo post condemnationem hæc cautio exigitur, si heres, qui condemnatus est, appellauerit, quæ appellatio extinguit superius iudicatum. ne dicas suspẽdit, imo extinguit, *l.*1. §. *vlt.ad Turpillian.* Quod euidenter apparet ex eo, quod si quis iudicio famoso sit condemnatus, veluti furti, & appellauerit, & non sit visa ap-

C pellatio iusta, *si la premiere sentence a esté confirmée*, hodie fit infamis, non retro, quia prior condemnatio fuit extincta appellatione, *l.furti* §.1. *de his, qui not. infam.* Sic igitur post condemnationem heredis, si appellauerit heres, extinguitur iudicatum, & ideo, antequam lis noua ex causa appellationis contestetur, recte hæc stipulatio exigitur, quandoquidem exigitur ante litem contestatam. Sed & hoc casu, cum post condemnationem exigitur, non exigitur ex edicto prætoris, sed rescripto Antonini, quod proponitur in hoc §. inter quæ est magna differentia. Primum enim, vbi ex edicto non cauetur legatariis, legatarij mittuntur in possessionem omnium rerum, quæ sunt in causa hereditaria, sui legati conseruandi causa, *l.*1. *quib. ex causis in possess. eat.* Vbi autem post condemnationem & appella-

D tionem heredis non cauetur, ex rescripto Antonini legatarij mittuntur tãtum in possessionem rerum legatarum, de quibus iudicatum est. Et ita demum legatarius mittitur in possessionem, non cauente herede condemnato, si sit paratus ipse cauere heredi, de conseruanda re legata, in quam mittitur, & restituenda heredi, si forte vicerit heres in iudicio appellationis, quæ est secunda differentia. Ex edicto autem legatarius cum mittitur in possessioné, nihil cauet heredi: denique ex rescripto Antonini, vt loquitur Papin. in *hoc* §.1. mutuæ cautiones exiguntur, *nã ex edicto, & mutuæ cautiones*, id est, recurrẽtes, commeantes ab vno ad alium, non quod alter alteri simul caueat: sed quod herede non cauente caueat legatarius, si velit mitti in possessionem rei legatæ, & ita oportet vel heredem cauere legatario & non mitti legatarium in possessionem bonorũ, vel

E legatarium cauere heredi & mitti. Est & differẽtia tertia, quod ex rescripto Antonini legatarius, cui non cauet heres post condemnationem, missus in possessionem rei legatæ, solus possidet rem legatam. Ex edicto autem legatarius missus in possessionem non possidet solus, sed simul cum herede. Et vt elegãter ait Papinianus, *vicaria possessio datur legatario custodiæ gratia. vicaria* dicta ex eo, quod fit vice cautionis, quam heres præstare detrectat, vt *l.si finita* §. *si quis damni, de dam.infec. & custodiæ gratia*, quod custodia legatario detur rerũ hereditariarũ potius, quã possessio, vt saltem tædio custodiæ extorqueat heredi cautioné prætoriam legati seruandi causa, *l.*3. §. *vlt.l.*10. *de adquir. poss. & l. cum legati, quibus ex causis in poss. eat.l.*5. *tit.seq.*

In

In summa, multum interest, caueatur ex edicto, an ex rescripto Antonini: multum interest exigatur cautio ante litem de legato contestatam priori iudicio, an posteriore iudicio appellationis: sed vtrobique exigitur ante litem contestatam. Et sic ordo, qui demonstratus est ex eo rescripto Antonini, cōfirmatur vno exemplo, de collatione bonorum in hoc §. illo loco, *sed quare non cauerat*, vulgo legitur, *caueat*, at vt ostendi iamdudum, legendum est, *sed quare non cauente*, herede scil. nam hoc dicit, non cauente herede, si caueat legatarius, in eum transferri possessionem. Etiam in illo loco *qui obtinuit*, id est, qui à prætore impetrauit hāc satisdationem: est enim instar actionis, & petitur à prætore, sicut actio, non ipso iure ex edicto competit, & qui petit hanc stipulationem agit, *l. quib. §. vlt. de verb. sign.* vt intelligatur, an apte cohæreant his, quę diximus heri, ex his quædam restruere & sensum cōstruere siue copulare necesse est. Si omissa stipulatione legatarius de legato litem contestatus sit, & condemnauerit heredem, appellauerit heres: Imperatori M. Antonino æquum visum est, antequam lis denuo contestetur, cautionem interponi fideicommissi seruandi causa, si hoc desiderauit legatarius, qui vicit: nam si ex edicto ante cōdemnationem heredis mora petitioni sit interiecta, vel ex die, vel ex conditione, hæc cautio interponi debet, & multo magis post condemnationem heredis, dilata petitione per appellationem antequam causa appellationis agatur & contestetur. Sed multum interest inter edictum prętoris & constitutionem Marci Antonini: Nam ante condemnationem, & litis contestationem cautio ex edicto pręstatur, & non cauente herede legatarius mittitur in possessionem omnium rerū hereditariarū, quasi custos rerum, herede nihilominus manente in possessione earū rerum, & nulla ab eo heredi vice mutua pręstatur cautio. Quid enim opus est heredi caueri manenti in possessione hereditatis? Post condemnationem vero, & appellationē heredis cautio ex const. M. Antonini interponitur, & herede non cauente, legatarius mittitur in possessionem rei legatæ, vt solus eam rem habeat, & possideat, vt sit possessor, non custos, heredi ablata possessione, si modo cauerit heredi, de ea re conseruanda, & restituenda, si secundum heredem pronuntiatum sit. Et vt ostenditur in extremo huius §. hanc vtique cautionē debet heredi cauere legatarius, non tantum si heres per inopiam, quæ neminem non eximit hominum gratia, cauere non possit, sed etiā si per contumaciam cauere nolit, quod fit inops tum pecuniæ, tum gratiæ, etiam contumaci cauetur ex fine eius §. Porro hunc ordinem iuris, vt exigatur cautio à reo, & si nolit cauere, vt transferatur possessio rei controuersæ in petitorem, qui modo idem cauere paratus sit, qui quam reus detrectat, ipse vltro subeat cautionem, hūc inquam, ordinem, & in aliis causis seruari, propter exemplum de collatione bonorum Pap. in hoc §. ostendit: Filius defuncti emancipatus, patre defuncto, non admittitur vna cum fratre, qui mansit in patria potestate, ad bonorum possessionem contra tab. nisi conferat in commune bona propria, quæ post emancipationem adquisiuit, quia ius filij vult habere, qui vult particeps fieri bonorum paternorum: filij autem quę sunt, patris sunt. bona igitur propria, quasi paterna debet conferre, quod fit non tantum re ipsa, id est, diuisione propriorum bonorum habita cum fratre, sed etiam cautione ex edicto prætoris, si caueat, se bona propria cū fratre diuisurum. Collatio fit cautione aut diuisione, vel si tanto minus pro rata ferat ex bonis paternis. Quod si nullo modo conferat emancipatus, si neque diuidat, neque caueat, denegantur ei actiones, etiamsi bonorum possessionem acceperit, quasi acceperit sine re, sine effectu, actiones possessoriæ vel hereditariæ, quæ in possessorem bonorum dantur, vel hereditario iure efficiuntur, vt heres nisi cauerit legatario, nihil ex bonis paternis iudicio fam. ercisc. consequi possit, sed portio eius, quam habiturus erat, si contulisset, transfertur ad fratrē, qui fuit in potestate, si modo caueat emancipato, vt formulam concipit Papin. hoc loco. Sunt enim verba formulæ, quam suus in quem transfertur portio emancipati præstat emancipato: *quod ex portione fratris fuerit consecutus, cum bona propria conferre frater cœperit, se restituturū*: & cauere vtique debet suus, in quem transfertur portio emancipati indistincte, siue per inopiam non caueat emācipato, siue per contumaciam: vt in proposita specie, de stipulatione legatorum, nihil interest, heres inops sit, an contumax. Et male Accurs. sentit hac in re, esse differentiam inter hunc casum de satisdatione legatorum, & illū de collatione bonorum, & mouetur leuiter verbo, *non potest*: nam in consuetudine, & non posse dicitur, qui non vult, & contra non velle, qui non potest: & ita nullo constituto inter hos casus discrimine, sicut mitius agitur cum filio emancipato, qui per inopiam vel contumaciam cauere non potest, veluti non continuo translata portione eius in fratrem, non temere & quandoque non in totum denegatis actionib. possessoris, vt *l. 1. §. si frater, & §. si duobus, & l. 1. §. vlt. de coll. bon.* ita meo iudicio ęquum est, etiā mitius agi cum herede, qui per inopiam cauere nō potest de legato, non facta translatione possessionis protinus in legatarium, sed suspensa ea, donec diligentius quærat fideiussorem. Quid autem fiet illo casu de collatione bonorum, si neque suus neque emancipatus cauere velit, aut possit? Et sane existimo possessionem remanere penes eū, penes quem est, & vindicias dari possessori: vnūquemq; frui sua possessione, quam accepit, contra tab. vel vnde liberi, quia in pari causa melior est possessor. Sed vt Papin. ostendit hoc loco, ab vtroque fratre est eligendus sequester vir bonus, apud quem fructus prędiorum deponatur, quique medio tēpore exerceat actiones hereditarias vtiles pro portione emancipati, donec cauerit. Et ita in stipulatione de legatis etiam comprehensa rescripto D. M. Ant. si neque heres cauere velit, qui victus est, neq; legatarius qui vicit, vt Papin. ait, res legata est deponenda apud sequestrum: res sc. mobilis, quæ legato continetur: nā rerum immobilium sequestratio nūquam fit, res enim mobiles facile interuerti & corrūpi possunt: Et cōsequenter sequestratio fit fructuum ex prędiis perceptorū, quia facile interuerti possunt. & generaliter post cōdemnationem & appellationem possessoris, si nō caueat, fructus rei controuersæ deponuntur apud sequestrū, *l. ab executione, C. quor. appell. non recip.* Et interdum post cōdemnationem petitoris, si possessor depopuletur fructus, *l. Imper. §. vlt. de appell.* Sequestratio etiam fit rerū se mouentium, etiam liberarū personarū, quia & hæ plagio interuerti possunt, *l. 1. §. in hoc interdicto, de liber. exhib. & cap. cum locum, de sponsal.* Sequestratio non fit rerum immobilium, sicut nec furtum. Sequestratio etiam non fit pecuniæ, id est, quantitatis nummariæ, *tit. C. de prohib. sequestr. pec.* quia quantitas interuerti non potest. Est enim genus, & generis nullum subest corpus. incorporalia interuerti non possunt. Igitur nec cauente herede, nec legatario, possessio quidem immota manet rei immobilis, sed fructus sequestro deponuntur, vel res ipsa sequestro deponēda est, videlicet si sit mobilis: vel, inquit Papin. *iurisdictio restituenda est*, vbi etiam adde, maxime, si res sit immobilis, id est, ex forma iurisdictionis & huius edicti, quod hoc titulo proponitur. Omisso remedio constitutionis Marci, legatarius est mittendus in possessionē omnium rerū hereditariarū custodiæ gratia, vt simul possideat eas res cū herede. *Iurisdictio* igitur *restituenda est*, id est, regrediemur ad edictum nullo cauente, & quasi cessante cōstitutione. Et ita duob. locis in hoc §. *iurisdictio* est prætoris edictū, vt *l. quauis, de postul. l. certa, C. vt in poss. legat.* Et inde iurisdictio nonnunquam, id est, prętura, & separatur à consulatu. Capitol. in Gordianis, *præturā nobilem iniit, post iurisdictionem consulatū iniit*, id est, post præturam. Huic exēplo addi oportet aliud simile. Is à quo petitur hereditas, vel quæ alia res, cauere debet, si hoc desiderauerit petitor, de ea re cōseruāda, vel si cauere nolit, possessio trāsfertur in petitorē, qui modo idem cauere paratus sit, *l. de*

bonis §.*vlt.de Carb.edic.l.*5.*de pet.hered.l.ex libero* §.*vlt.de quæst.l.*1.*C.vbi poss.* & *Paulus* 1.*sent.t.*11. Atque ita reus, qui cauere non vult, ex reo fit actor. hæc est pœna non cauentis: ex possessore, fit non possessor, vt *l. si priusquam, de oper.noui nunt.l.*45. *de dam. infec.* quia possessio transfertur in actorem, si actor caueat. neutro cauente, possessio manet penes possessorem, quia in pari causa est potior, qui possidet. Sed his casibus, æquum est, fructus perceptos deponi in sequestro, ἐν μεσιτείᾳ.

Ad §. si dies.

Si dies aut conditio legati, fideicomissi petitionem, actionemue differre dicatur, & ideo satisdatio desideretur, heres autem per calumniam postulari contendat, & relictum neget: non aliter audiendus erit qui cauere postulat, quam si scripturam, qua relictum adfirmet, exhibuerit.

SAtisdatio legatorum præstatur ante litem de legato contestatam actione ex testamento, non post litem cõtestatam. Summa superiorum, & verissima sententia hęc est, & noua tamen, si spectes scripta doctorum. Post condemnationem autem si omissa sit satisdatio priore iudicio, antequam lis denuo contestetur posteriore iudicio: prius enim appellatio extinxit, eandem cautionem interponi, vel ex constitutione Marci, ita vt non cauente herede legatarius mittatur in possessionem rei legatæ, & eã solus possideat expulso herede, eique præstita cautione de ea restituenda, si forte obtinuerit in iudicio appellationis: vel post condemnationem & appellationem heredis eandem cautionem interponi ex edicto prætoris, neutro cauente, vt legatarius simul possideat bona heredis omnia quasi custos magis quam possessor: atque ita post condemnationem, vel appellationem heredis, nos sequi ordinem constitutionis Marci, vel si nemo cauere velit, seruari ordinem iurisdictionis, id est, edicti, restitui edictum siue iurisdictionem, cessante remedio cõstitutionis nouæ. Restãt ex eodem libro tres quæstiones pertinentes ad eandem cautionem, quarum prima est in §.*pen.* secũda in §.*vlt.* tertia in *l.* 4.*tit.seq.* ex eod.lib.Pap. Prima quæst. hæc est: *An hæc cautio sit præstanda, si dicatur peti per calumniam*, id est, *vexandi tantum heredis gratia, cum petenti cautionem nihil sit relictum, vel non ea res.* Ergo hodie à quo satis petitur contendente per calumniam satis peti, non aliter audiendus est legatarius, quam si proferat tabulas testamenti, vel codicillos, quib. probet sibi relictum, atque ita probatio exigitur, antequam peti possit legatum, quia constare vtcumque de legato debet, priusquam satisdatione oneretur heres: cõstare, inquam, non actione de legato, quia nondum competit, sed prætoris aut præsidis cognitione summaria, quia summatim cognoscet, an sit relictum legatum, an debeatur, an conditio legati defecerit: nam conditio quæ semel defecit, non restituitur, *l. quidam,* & *l.rogo, de fid.libert.l.pater* § *vlt.de cond.* & *demonst.* Et hoc *l.*3.§.1.*tit.seq.* ait, esse commune omnium satisdationum prætoriarum. & confirmat *l.*1.§.*vlt.de præt.stip.* vt si per calumniam peti dicatur ab eo, à quo petuntur, summatim explorat prætor vel præses, an causa, quæ prætenditur petendæ satisdationis vlla subsit: quia si non subsit, iniquum est, heredem onerari superuacua cautione, *d.l.*3. §.1.*l.*1.§.*pen.eod.t.l.hæc stipulatio* §.*vlt.h.t.* Quibus tribus locis rescriptum D. Pij in hanc rem adducitur, & licet exemplum sumere ex *d.l.*1. §.1. *tit.seq.* Si solutum sit legatum ante repræsentationem, constat non deberi. Igitur hoc casu non admittet prętor petitionem cautionis. Licet aliud exemplum sumere ex *d.l.*1.§.*vlt.tit.seq.* Si certum sit heredem institutum repudiasse vel omisisse hereditatem, vel se abstinuisse, frustra exigitur hæc cautio, nisi ab intestato legatum relictum sit, *l. eam quam, C. de fideicom.* quia repudiatione vel omissione irrita fiunt legata, irrita fit omnis scriptura testamenti. Et notandum etiam ex eo §. abstentione etiam omnem vim testamenti dissolui, licet heres institutus retineat nomen heredis, sed nudum, inane, sine re, quandoquidem se abstinuit vltro. abstentio iure prætorio tantum potest, quantum repudiatio iure ciuili, *l. pro herede* §.*pen.de adq. hered. l. nam nec, de leg.* 1. Vtroq; genere irritum fit totum testamentum. Illud etiã notandum, si certum sit heredem nondum adiisse, qui potest adire, sed consultat forte, cautionem nondum exigi, sed sustineri, donec adeat. Et ita accipienda *l.*2. *tit.seq.* Sed si dubium & incertum sit, an adeat qui forte est institutus sub conditione, & ante conditionem decernere nihil potest, si defecerit conditio, non poterit adire, si extiterit forte, adibit. Si igitur ob conditionem adscriptam institutioni incertum sit, an adeatur hereditas, quod deficiente conditione corruat omne testamentum, si sit heres ex asse, interim à prætore cautio peti potest, sed nemo eã præstabit: impetrabitur, sed nullus existet, qui interpellari possit, & consequenter ea impetrata à prætore legatarius mittetur in possessionẽ hereditatis quasi nemine cauente, *l.*1.§.*vlt.tit.seq.* quia, vt est in ead.l. §. non exigit, vt legatarius mittatur in possessionem: non exigimus, vt stet per heredem, quo minus caueat, sane & si per legatarium non stet, quo minus ei caueatur: Petitur igitur hæc satisdatio, quasi tamen nullus sit, cum quo agatur, & quasi nõ existente reo vllo, sequitur missio in possessionem. Etiam illud notandum, si prætori videatur, cum calumniose dicitur satis peti, res esse obscurior, quam vt summatim decerni possit, satis esse si legatarius iurauerit, se nõ calumniæ causa dolo malo cautionem superuacuam postulare, vt fit in specie *l.prætor ait, in pr.* & *l.qui bona* §.*qui dãni,* & §.*si quis stipulaturus, de dam.infec.* Vbi poterit summatim de ea recognoscere prætor, aut præses cognoscet, & vel dabit vel negabit cautionẽ re summatim cognita per iudicem, per annotationem: translatione deducta à computatione rationum, quod vel fit summatim vel minutatim. Et hæc cognitio sũmaria non habet vim rei iudicatæ, nec facit præiudicium actioni de legato, quæ post cõpetierit, vt in *l.à D.Pio* §.*si rerũ, de re iudic.* & *Nou.*53. Si modo in ea *ταχυμερῶς, summatim* interpretemur, *par prouision.* Neq; est existimandum, idem esse de plano & summatim. quod fit de plano, id fit passim, vbique, cœnando, ambulando, ludendo: cognitio, quæ fit summatim, fit pro tribunali, *l'on abuse de ces mots, sommairement, & de plain.*

Ad §. cum quærebatur.

Cum quærebatur, vbi fideicommissi seruandi causa caueri oporteat: Imperator Titus Antoninus rescripsit, si domicilium Romæ non haberet heres, & omnis hereditas in prouincia esset, ad satisdationem fideicommissi nomine in prouincia fideicommissarium remittẽdum esse. Quare si heres in eum locum cauendi gratia remitti desideret, vbi domicilium habet, legatarius autem ibi caueri postulet, vbi est hereditas nõ erit heres remittendus, idque Imperator Titus Antoninus rescripsit.

§. 4. ¶ Quibus literis adiectum ; & si bona iam distracta sunt, vel testatoris permissu, vel concedente legatario pretium eorum fideicommissi seruandi causa in deposito habendum.

PLus curæ exigit sequentis legis quęstio, sed contenta erit paucioribus verbis. Quęritur quo loco sit præstanda hæc cautio? & pręstandam dico, vbi & legatũ peti potest, aut poterit. Peti autem potest tribus locis, vel vbi est omnis hereditas, aut maior pars, vel vbi heres domicilium habet, vel vbi est res legata, non aliis locis, nisi aliud voluerit testator, vel aliud conuenerit inter heredem, & legatarium, *l.vn.C.vbi fid.peti.op.l.si fideic.in pr.* & §.*pen.l. sed et si susceperit* §. *vlt.de iud.* Est in arbitrio legatarij, quo loco malit petere, nec si petat, vbi res est legata, vel vbi heres domicilium habet, remittere heredem oportet, vbi est hereditas. Et è contrario, si petat vbi est hereditas, non est remittendus vbi res est, vel vbi heres domicilium habet. Et similiter satisdatio legatorũ his trib. locis peti-

tur & si vno agatur, nō remittitur heres in aliū locum: Et A hoc frustra postulauerit heres, vt si petatur cautio vbi est hereditas, remittatur in locum domicilij sui, vel si cautio petatur. vbi est domicilium, etiamsi ibi nulla sit res hereditaria, remittatur heres cauendi causa in locum, vbi est hereditas, *d.l. sed etsi suscepit* §. *vlt.* Neque dicas hoc heredi esse fraudi: Nam quid veretur heres si petatur cautio alibi, quam vbi est hereditas? cum pœna non cauentis hæc tantum sit, vt legatarius mittatur in possessionem rerum hereditariarū, si eo loci nullæ sint res hereditariæ. Itaque legatarius sibi imputare debet, qui petit cautionē eo loco, quæ si non præstetur, non potest mitti in possessionem rerum hereditariarū, cum nihil sit ibi hereditarium, nam præses, qui vno loco cauere iubet, si ei non pareatur, non potest mittere in possessionem earum rerum, B quæ sunt in alia prouincia, *l. cum vnius* §. *vlt. de reb. auct. iud. l. à D. Pio, de re iudic.* Cæterum extra hæc tria loca si petitur, obstat præscriptio fori, & fit remissio, *rennoy*, vt si ab herede hæc cautio petatur Romæ, vbi domicilium non habet, vel vbi non est res legata, remittetur heres in prouinciam, vbi est hereditas: sed etsi petatur in prouincia vbi est hereditas, aut maior pars, remittetur heres in eiusdem prouinciæ ciuitatem suam, si hoc desiderauerit, in municipium suum, quia est necessaria satisdatio. Hæc est ratio legis *de die* §. *tutor, &* §. *seq. qui satisf. cog.* Sane satisdatio legatorum est necessaria, quia iniungitur edicto prætoris, quamuis non sit semper necessaria, si constet legatum non deberi, si constet de calumniosa petitione. Hæc igitur cautio necessaria est, *l. 6. h.t.* & inde in *l. 6. h. tit. Si necessitas dandi intercedat*, vbi *dandi*, C est, *satisdandi*, vt in *l. 43.* §. 1. *de procur.* Cum igitur sit necessaria, heres, qui facile non potest cauere vbi petitur, quamuis is locus non sit incongruus, iuste desiderat se remitti in eiusdem prouinciæ ciuitatem suam, domicilium, municipium suum, vbi facilius inueniat fideiussores: sunt enim inuentu difficiles. Et hæc constituitur differentia inter satisdationem voluntariam & necessariam in *l. si fideiussor* §. *pen. qui satisd. cogant.* Nam si sit voluntaria & conuentionalis, promissor non remittitur in alium locū: nec enim id meretur, qui ipse sibi necessitatem satisdationis imposuit. Intelligimus satis, quo loco sit præstanda hæc cautio: quam in rem vocat in testimonium Papin. rescriptum D. Pij, & addit, ex eodem rescripto, quod ad eandem materiam pertinet, non ad eandem quæstionem, D rebus hereditariis distractis, puta permissu testatoris vel legatarij, hoc quoque casu non esse necessariam satisdationem: quia frustra exigitur satisdatio, quam (si non præstatur) non potest sequi missio in res hereditarias, quæ non potest sequi, si distractæ sunt permissu testatoris, vel legatarij: igitur cessabit edictum prætoris. Sed ex eo rescripto pretium redactum, id est, corpus nummorum ex venditione bonorum hereditariorum redactum, deponendum erit apud sequestrum, vt res sit salua legatario cum dies legati venerit aut conditio extiterit. deficiente remedio edicti prætoris vel remedio constitutionis siue rescripti D. Pij itur ad sequestrum, hoc est extremum remedium seruandi legati, vel fideicommissi.

E

Ad l. 4. vt in poss. leg.

Plane si noua causa allegetur, veluti quod fideiussor decesserit, aut etiam rem familiarem inopinato fortunæ impetu amiserit: æquum erit præstari cautionem.

QVæritur tertio loco, *an hæc cautio sæpius sit præstanda*: forte si prior cautio non duret, vt fit sæpe mortuo fideiussore sine herede vllo, vel eo lapso facultatibus, redacto ad incitas. commune esse diximus omnium satisdationum prætoriarum, vt si per calumniam petantur, ea de re cognoscat prætor, vel præses summatim. Commune etiam est, vt & procuratorib. præstentur & assumatur eorum nomen quorum interest, *l. 3. de præt. stip. l. 1.* §.

non solum, sup. tit. prox. Commune etiam hoc tertium est, vt præstentur sæpius, si quæ datæ sunt, non durent, veluti fideiussoribus redactis ad inopiam, videlicet si stipulatoris culpa non desierit esse cautum, vt si vel initio acceperat minus idoneos fideiussores, vel sciens dissolutos homines, vel prodigos, vt in *l. 3.* §. *vlt. hoc. tit.* Sed si casu quodam desierit esse cautum, vt idem Papin. ait, si decesserit fideiussor sine successore, vel si impetu quodam fortunæ rem familiarem amiserit, æquum erit iterum legatario caueri, *l. 4. de præt. stipul.* cum quo coniungenda est lex 12. *qui satisd. cogant.* quæ ex eodem est lib. 28. Papin. in qua Paulus idem probat.

Ad l. 95. de solut.

Stichum aut Pamphilum, vtrum ego velim, dare spondes? altero mortuo, qui viuit solus petetur, nisi si mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit: tunc. n. perinde solus ille, qui decessit, præbetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset.

§. 1. ¶ *Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero, qui superest æque peti poterit. Enimuero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamuis interim non alius peti possit, quam qui solui etiam potest, neque defuncti offerri æstimatio potest si forte longe sit vilior, quoniam id pro petitore in pœnam promissoris constitutum est: tamen si & alter seruus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore quo moriebatur, non commiserit stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur, aliter quam in persona fideiussoris, qui promissum hominem interficit, quia tenetur ex stipulatu actione fideiussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset.*

IN l. hac multa de stipulationibus voluntariis quæ ex conuentione rerum fiunt aguntur indiscriminatim, quæ plurimum laboris exigunt. & prima quæstio est de stipulatione ita concepta, *Stichum aut Pamphilum dare spondes?* Ex qua est quidem vterque homo in obligatione; ergo & in petitione: sed ita vel in obligatione vel in petitione, vt est in ipso contractu, in ipsa formula stipulationis. Nec enim aliter debentur, aut petuntur recte, quam sunt deducti in stipulationem. Igitur vt sunt positi in stipulatione ambo, ita sunt ambo in obligatione, vel petitione: sed alter tantum est in solutione, *l. si duo rei, de verborum obligat.* puta is, quem elegerit promissor, quem dixerit se dare velle, videlicet si in stipulatione de electione nihil sit adiectum. Nam in eo genere stipulationis, electio est promissoris, vtrum præstet, vtrum det: vel si adiectum sit in stipulatione, vt is daretur quem vellet stipulator, vt proponitur initio huius l. *Stichum aut Pamphilum, vtrum ego velim dare spondes?* electio est stipulatoris, & is quem elegerit, est in obligatione, & in petitione, & solutione, *l. si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, de verborum obligat.* Ergo aut electio est promissoris, aut stipulatoris. si stipulator sibi electionem receperit, mortuo altero exstinguitur electio, & is solus, qui viuit, est in obligatione & petitione, si ille mortuus sit ante moram & culpā promissoris: Nam si post moram promissoris mortuus sit is, quē elegerat stipulator: nec enim potest mora fieri, antequam elegerit aliquem stipulator, eo casu electio stipulatoris non ideo perit, quod supersit tantum alter: Nam vel is præstatur qui superest, si eum maluerit stipulator, vel is qui mortuus est, quē elegerat stipulator: *præbetur*, inquit, Papin. id est, æstimatio eius præbetur, si forte longe maioris pretij fuerit, quam superstes. In pœnam promissoris hoc est constitutum, vt possit eligere stipulator pretium mortui, qui longe fuit altero pretiosior, atque ita ad coercendam morā promissoris, electio durat etiam post mortē electi. Quod si electio fuerit promissoris, & de hoc casu incipit tractare in §. 1. & quæso attēdite: mortuo altero,

is qui superest, peti & solui potest, scilicet, vt dictum est, in priori casu, nisi in eo, qui mortuus est, accipiendo iam stipulator moram fecerit: hoc enim casu promissor omnimodo liberatur, ac ne superstitem quidem debet, *l. stipulatus sum 115. de verb. obl.* Sed si stipulator moram non fecerit, debetur superstes, peti & solui superstes potest, *l. si in emptione §. pen. de cont. empt.* An solus debetur? an durat electio promissori, vt liberetur præstando æstimationem mortui, qui forte longe fuit vilior? Et verissimum est, integram esse electionem promissori, vt vel pretium mortui præstet, si sine culpa eius mortuus sit. Et ita accipienda est *l. cum res §. sed si Stichus, de leg. 1.* quam opponit Accurs. Nam si culpa promissoris mortuus sit, exstinguitur electio, & is solus peti & solui potest qui viuit, & ita proponitur in §. 1. Neque obstat quod dictum est in principio *l. stipulatorem*, eum qui sibi recipit electionem, post moram promissoris mortuo altero, mortui pretium eligere posse, si forte fuerit pretiosior superstite: Nam hoc vt respondet Papin. ita constitutum est pro stipulatore in pœnam promissoris, qui moram fecerat, vt in eo coerceatur mora. Electio igitur conseruatur stipulatori etiā post mortem hominis electi, & in pœnam promissoris morosi & frustratoris: & vice versa, si electio fuit promissoris, iure stipulationis mortuo altero ei electio aufertur. Nam mortui æstimationem soluendo non liberatur, si forte longe vilior, sed necesse habet eum præstare qui superest, perinde ac si solus deductus fuisset in stipulationem. Sed quod notandum, non habet etiam necesse, si hoc velit stipulator, mortui æstimationem præstare, qui forte longe fuit pretiosior, etiamsi ante moram culpa eius interierit, quia stipulatoris non fuit electio, & promissor poterit eum nō dare. Quamobrē ita cōcludamus. In pœnam promissoris qui moram fecit, non transfertur electio à promissore, cuius erat electio in stipulatorem. In pœnam promissoris electio, quæ fuit stipulatoris, stipulatori conseruatur etiam post mortem electi. Et tertia conclusio in pœnam promissoris, qui moram fecit, electio, quæ eius fuit, ei aufertur mortuo altero, ita vt eum solum præstare possit, qui superest, nec potest cogi à stipulatore, vt præstet pretium mortui, quod longe fuit maius, ne præripiatur promissori electio, quæ ei competit conuentionis siue stipulationis iure. Atque ita ex his intelligitur, cum est electio promissoris, multum interesse, alter seruus moriatur culpa promissoris, an non; nam si sine culpa, etiam post mortem vnius electio ei conseruatur, si culpa, exstinguitur, & solus qui superest, peti, ac solui potest, neque defuncti offerri æstimatio potest, si longe fuit vilior, nec peti à stipulatore, si longe fuit pretiosior. Multum etiam alia in re interest, vtrum alter seruus mortuus sit culpa promissoris, an sine culpa: Nam vt omnes casus, qui incidere possunt comprehendamus, quod fiet quadripartito, si sine culpa promissoris vnus decesserit, deinde alter ante morā ęque sine culpa promissori, proculdubio omnimodo liberatur promissor. Hoc erit primū mēbrū. Sequitur aliud: si vnus decesserit culpa promissoris, puta quod eū occiderit, deinde alter moriatur, sed sine culpa promissoris, non tenetur promissor actione ex stipulatu, ne in æstimationem quidem: quia posterior, qui mortuus est, in quo consistebat obligatio, mortuus est antequam stipulationi locus esset, id est, ante moram & culpam promissoris: neque enim posterior culpa eius interiit, sed tenetur actione de dolo in id quod interest, ne impunita sit culpa, ne impunitus sit dol⁹. Cessat igitur actio ex stipulatu, vt nec possit peti pretium occisi, quia electio non est stipulatoris, neque electio mortui suo fato, quia sine culpa promissoris mortuus est, sed competit de dolo, quia eius dolo sit factum ne prior seruus quem occidit præstari possit. Sequitur tertium membrum: si vterq; mortuus sit culpa promissoris, proculdubio competit actio ex stipulatu, quasi commissa stipulatione: quia secundum regulam iuris, quotiescumque culpa interuenit promissoris vel mora; culpa, vt si ceciderit, mora vt si interpellatus congruo loco & tempore eum non soluerit, sed ad iudices prouocauerit, obligatio solet perpetuari, produci, *l. si seruum §. sequitur, de verb. oblig.* Et similiter, qui est 4. casus: si prior seruus decesserit sine culpa promissoris, & posterior, in quo solo consistebat obligatio, culpa promissoris interierit, æque tenetur actione ex stipulatu. Sed vt redeamus ad secundum casum, qui solus proponitur hoc §. 1. Si posterior seruus sine culpa promissoris decesserit, cessat actio ex stipulatu, etiamsi prior culpa eius decesserit. Sed tenetur actione de dolo in id quod interest, deficiente actione ex stipulatu. Ad eam quæstionem subiicit Papinian. aliud esse dicendum in persona fideiussoris. Docuit illo casu, quem iam exposui, promissorem non teneri ex stipulatu, sed de dolo. Docet vice versa, fideiussorem teneri ex stipulatu, non de dolo, vt sit differentia inter promissorem, & fideiussorem: Nam illo casu promissor tenetur de dolo, fideiussor ex stipulatu, vt si fideiussoris culpa homo interierit ante moram, quo genere liberatur promissor, qui vacat culpa & mora, fideiussor tamen tenetur ex stipulatu, non de dolo: Nam quod consensum meretur omnium, vbi est alia actio, cessat famosa illa de dolo, & tenetur fideiussor, qui hominem interfecit, vtili actione ex stipulatu, in *l. mora, l. si pupill. 127. de verb. obl. l. mora, §. vlt. de vsur. l. cum quis §. pen. de fideiuss.* Et tenetur vtili ex stipulatu, id est restitutoria, vel vt Græcus interpres ait, actione in factum. omnis actio vtilis est in factum, omnis actio restitutoria, quæ exstincta fuerat, est vtilis: Nam competit directa ex stipulatu, quia ipso iure liberato reo, & ipse liberatus est, sed æquum non est, vt suo facto dolo malo liberetur ipse, vt dolo malo se ipsum liberet, interficiendo hominem promissum, quamquam contingat, vt promissorem liberet, ne ex dolo suo lucrum faciat. Ergo sublata principali obligatione, manet fideiussoria. denique tenetur hoc casu vtili ex stipulatu: & tamen superiore casu promissor tenebatur de dolo. voluit ostendere esse discrimen inter hos casus Sed quod ait, fideiussorem non teneri de dolo, obstat *l. si fideiussor, de dolo,* quæ ponit eandem speciem, fideiussorem ante moram occidisse hominem promissum, & teneri de dolo, propterea quod non tenetur ex stipulatu, quod liberato reo, & ipse liberatus est. Respondeo hoc modo: fideiussorem, qui ante moram hominem promissum interfecit, non teneri de dolo in id quod interest, sicut reus, qui promiserat Stichum aut Pamphilum, & occiderat Stichum, altero postea mortuo sua morte tenetur de dolo in id quod interest, non ita & fideiussor tenetur de dolo in id quod interest, sed vt res, vel actio, quæ periit stipulatori, restituatur mortuo homine ante moram, vt reponat se fideiussor in pristinam obligationem stipulati, qua liberatus est promissore liberato: Et ita per actionem de dolo hoc consequetur, vt sibi restituatur actio ex stipulatu in fideiussorem, quæ fuerat exstincta. Restituitur inquam: vtilis est ergo *vt d. l. mora, in fine. de vsur.* vel si non patiatur restitui pristinam obligationem & actionem ex stipulatu, actione de dolo plane condemnabitur in id quod interest, sicut promissor. Atque ita si velis breuius respondere, dicito, fideiussorem teneri de dolo, & hoc verum esse, si recuset accipere iudiciū restitutorium ex stipulatu. Neque autem nouum videri debet, vt liberato reo nō omnino liberetur fideiussor: Nam subiicit alium casum, quo idem contingit, si promissor sine herede decesserit, & ob id creditores ex edicto bona eius possederint, & distraxerint, vt in *l. heres §. quod si stipulator, h. tit.* debitor liberatur, fideiussor obligatus manet, & tenetur actione vtili ex stipulatu, quod significat Papinian. his verbis: *quemadmodum,* &c. Et est similis casus in *l. capitis,* & alius in *d. l. cum quis §. pen. de fideiuss.* & alius in *l. 1. C. de fideiuss.* Quæ in §. 1. traditur differentia inter reum & fideiussorem, vt hic teneatur ex stipulatu, non de dolo; ille de dolo, non ex stipulatu, maxime velim vos animaduertere, eam non versari in ea spe-

cie: Nam res omnis ita distinguenda est: vel Stichus est solus in obligatione deductꝰ, vel Stichus aut Pamphilus sub distinctione. Si solus Stichus, & eum reus occiderit, tam fideiussor, quam reus tenetur directa ex stipulatu. Et culpa rei fideiussori nocet, quia in omnem casum intercessit, *l. mora*, *l. cum fideiussor in diem, de verbor. obl. l. si à colono* §. *vlt. de fideiuss.* Sin autem fideiussor eum occiderit, reus liberatur, nec culpa fideiussoris ei nocet. fideiussor tenetur vtili ex stipulatu, nec necessaria est actio de dolo, nisi recuset accipere iudicium ex stipulatu. Quod si Stichus aut Pamphilus disiunctim in obligationem deductus sit, & Stichum reus occiderit, deinde Pamphilus moriatur suo fato, reus neque directa, neq; vtili actione ex stipulatu tenetur: si de dolo in ea non sit cautum, vt plerunque doli clausula adiicitur tantum in prætoriis stipulationibus & necessariis, non in voluntariis, & conuentionalibus, sed reus tenetur de dolo, fideiussor vero omnimodo liberatur, quia perempta stipulatio est, & ipse dolo nihil admisit. Contra, si fideiussor Stichum occiderit, deinde moriatur Pamphilus suo fato, reus omnimodo liberatur, fideiussor tenetur tantum de dolo. Itaque, vt apparet modo, ex quadripartita diuisione, illa differentia non vertitur in vna specie, sed in diuersis.

Ad §. aditio hereditatis.

Aditio hereditatis nonnunquam iure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris, vel contra debitor creditoris adierit hereditatem: aliquando pro solutione cedit, si forte creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderat, heres ei extitit: non enim quanto locupletior pupillus factus est, consequeretur, sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet. aliquando euenit, vt inanis obligatio aditione hereditatis confirmetur: Nam si heres, qui restituerit ex Trebelliano hereditatem, fideicommissario heres exstiterit, vel mulier, quæ pro Titio intercesserat eidem heres exstiterit, incipit obligatio ciuilis propter hereditatem eius, qui iure tenebatur, auxilium exceptionis amittere. Etenim inconditum est subuenire sexui mulieris, quæ suo nomine periclitetur.

IN hoc §. qui sane multa perquam vtilia & necessaria complectitur, ponuntur tres effectus aditionis hereditatis, quantum attinet ad causas quibus is cuius adita est hereditas adstrictus fuerit. Et vnus effectus pertinet ad obligationem ciuilem, quæ ex parte actoris petitionem habet efficacem, ex parte rei nullum auxilium, subsidiumve exceptionis habet. alter effectus pertinet ad obligationem naturalem, quam constat, neque petitionem habere, antequam solutio facta sit, neque repetitionem, postquam solutio facta est, *l. præcedente* §. *Fabius, hoc tit.* Tertius effectus pertinet ad obligationem ciuilem, quæ ex parte rei habet auxilium exceptionis, veluti Trebelliani & Velleiani. Et primus effectus hic est, vt aditio hereditatis aliquando iure confundat obligationem. iure, id est, ciuili iure, *l. vbicunque, de fideiussorib. l. fundum Cornel. de nouat.* Sane si debitor creditoris, vel creditor debitoris hereditatem adierit, iure ciuili fit confusio totius obligationis, quia in eandem personam ius debiti, & ius crediti confunditur. Confusio est concursus debiti & crediti in eandem personam, ex quo sequitur interitus vtriusque, quia idem homo non potest esse actor & reus, creditor & debitor, & ita quia ea confusio pro solutione est, hereditas ipsa heredi, vel heres hereditati protinus in articulo ipso aditionis, id quod debet, videtur exsoluere, *l. si ei cui* §. *vlt. de euict. l. debitori, l. Granius, de fideiuss. l. si id quod, de liber. leg.* Et is quidem primus effectus satis patet. Secundus effectus hic est, vt aditio hereditatis aliquando pro solutione cedat. Dices statim: hic effectus videtur idem esse cum superiori: nam & confusio pro solutione cedit. dicam confusionem

A pro solutione esse, quanquam id non sit per omnia verum, vt constat ex his, quæ notantur in *l. quæ dotis, sol. mat.* 7. *ad Afric.* Contra, quodcunque est pro solutione, non esse confusionem, vt compensatio & depositio pecuniæ & obsignatio, nec tamen est confusio. Et ita in hoc secundo effectu aditionis hereditatis, aditio hereditatis pro solutione est, nec tamen est confusio. Est enim hic casus de naturali obligatione, quæ proprie non est obligatio, cum petitionem, actionem non habeat. Non potest autem fieri confusio iure ciuili obligationis, quæ ciuilis non est, id est, quæ non valet ad agendum. Et vt id intelligatur, sciendum est (quo exemplo vtitur Papinianus) pupillum accipiendo mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate, neque ciuiliter, neque naturaliter obligari, videlicet si ex ea pecunia locupletior non sit factus. Et ita accipienda *l. pupillus, de obligat. & act. l. quod pupillus, de cond. indeb.* Sed si ex ea pecunia factus,

B sit locupletior, naturaliter obligatur, quia natura æquum est, ne quis alieno detrimento suas augeat commoditates, *l. naturaliter* §. *vlt. de condict. indeb. l. cum illud* §. *heres, quando dies leg. ced.* si secundum Florentinam scripturam, legamus, *accepisset locupletior*, vbi tamen ex priori dictione repetita syllaba legendum est, *& accepisset & locupletior factus esset*: hæc omnia fusius tractantur in *tit. vlt. lib.* 3. *Inst.* Et ex hac naturali obligatione, cum pupillus factus est locupletior, ante constitutionem D. Pii nulla dabatur actio in pupillum, sed nec pupillo dabatur repetitio si soluisset. Hoc est commune omnium obliga-

C tionum naturaliũ, vt ex his nec sit petitio, nec repetitio, petitio non soluti, repetitio soluti, *d.* §. *Fabius. l.* 1. §. *id quod natura, ad l. Falcid. l. fideiuss.* §. *fideiussor, l. quod enim, l. heres,* §. *seruo, de fideiuss.* Hodie autem ex constitutione D. Pii in pupillum datur actio vtilis, quia deficit directa, propterea quod non solet obligatio naturalis parere actionem, & datur vtilis, quatenus locupletior factus est, *l. pupillus, de auctor. tut. l.* 3. *commod. l.* 3. §. *pupillus, de negot. gest.* Quibus præmissis finge: Quidam pupillo credidit pecuniam sine tutoris auctoritate, & inde pupillus aliquantulum locupletior factus est. Id autem constitutione D. Pii creditor à pupillo nulla actione *consequeretur*. sic recte scriptum in Florentinis, non, *consequetur*: sed si & creditori soluisset, solutum non repetisset, quia id naturaliter debet. Porro idem ille cre-

D ditor adiit hereditatem pupilli. aditio non confundit obligationem, quæ ciuilis nulla fuit ante constitutionem D. Pii, sed ea aditio pro solutione habetur, ac si pupillus ipse soluisset, quia hereditas videtur heredi soluere quod pupillus debuit naturaliter. Et ideo in ponenda ratione legis Falcid. in qua constat, heredem deducere bonis, quod sibi defunctus debuit, vel iure ciuili vel naturali, *l.* 1. §. *si debitor, ad l. Falcid. l.* 6. *&* 8. *C. eod. tit.* in ponenda, inquam, ratione legis Falcidiæ, & ineunda ratione bonorum & legatorum, heres in hac specie, qui creditor fuit defuncti, id est, quanto locupletior factus est pupillus, retinebit ex hereditate & deducet, quoniam debiti naturaliter est retentio. non est quidem petitio, sed nec repetitio, ne in hoc quidem casu. Denique heres creditum suum, id est, quanto locupletior factus est pu-

E pillus, retinebit *in solutum*: malo legere, *in solutum*, quam *in solidum*. Nam & hic non proponitur de solida pecunia pupillus locupletior factus. Et congruit hæc lectio propositioni, vt aditio cedat in solutum, & est frequens ista μετάθεσις, *solidum*, vel *solutum*, vt in *l. vlt. de dist. pig. l. filio, ad leg. Falcid.* Hodie ex constitutione D. Pii, ea aditio confunderet obligationem, quia ex ea constitutione veluti ciuiliter pupillus obligatur, cum teneatur vtili actione, quatenus est locupletior: sed Papin. respicit ad id iuris, quod fuit ante constitutionem Diui Pii, secundum quod aditio potuit esse pro solutione, non pro confusione: hodie & pro confusione, quia introduxit D. Pius quasi ciuilem actionem prodita vtili. Et ita in eadem quæstione respicit Papin. etiam ad id

iuris, quod fuit ante eam constitutionem, *l. cum illud*, §. *heres, quando dies leg. ced.* Et Scæuola in *l. cum pupillus* 127. *de verb. obligat.* vterque tractantes ius vetus vt nouum, vt Plinius in epistolis scribit, Aristoni semper fuisse curæ, sic antiqua iura, vt recentia tractare, & ait Papinian. *non enim quanto locupletior, &c.* Nulla scilicet actione id consequeretur ante constitutionem D. Pii, & ideo nulla esset obligatio ciuilis quæ confunderetur, nec aditio confusionem faceret. & sequitur, *sed in solutum*, id est, aditio vim solutionis habet. Primo casu habet vim confusionis, secundo vim solutionis tantum. Tertius effectus hic est, vt aditio hereditatis aliquando confirmet inanem obligationem. Inanis est, quæ perimitur exceptione, quæ sine re & effectu est, cui opponitur efficax, in *l. ordinata, de liber. causa*, Et aliquando quæ est inanis, dicitur efficax, vt Inst. §. 1. *de except.* quia efficax est origine, non effectu, exitu, euentu, si allegetur exceptio quæ competit, quia eludi potest. Sed vt vtamur exemplis Papiniani duobus, quibus vtitur, inanis est obligatio heredis, quia restituit fideicommissario hereditatem ex Senatusconsulto Trebelliano, quia perimitur exceptione hereditatis restitutæ, exceptione Trebell. *l. 28. de iudic. l. 1. §. quanquam, l. ita tamen §. qui ex Trebell. ad Trebellian.* Et tamen si postea heres adierit hereditatem fideicommissarii, qui restituerat priorem, à qua retinet nomen heredis, quæ fuit inanis obligatio, redditur vtilis & efficax, amissa exceptione Trebelliana: neque enim ei competit cum successerit fideicommissario Trebell. in quem efficaces actiones transierunt per restitutionem. & similiter obligatio mulieris, quæ intercessit pro alio, inanis est, *l. quamuis §. Marcellus, ad Velleian.* quia perimitur exceptione Velleiani. Et ne dicas, vt Accurs. eam obligationem non approbari Senatusconsulto, sed dicas penitus reprobari, *l. si mulier contra*, §. *vlt. ad Velleian.* Et tamen si mulier hereditatem eius adierit, pro quo intercessit, tum firma fit obligatio mulieris, amisso remedio exceptionis, per aditionem hereditatis: quia, vt ait Papinian. *inconditum est subuenire sexui mulieris, quæ suo nomine periclitetur.* Suo nomine tenetur, quæ adiit hereditatem debitoris, *l. si quid possessor, de petit. hered.* Senatusconsultum Velleianum opitulatur mulieri, quæ alieno nomine periclitatur, ne suam pecuniam perdat. *inconditum*, est indecens, *de manuaise grace*, ineptum, inciuile, ἀκοσμον, vt *inconditi versus*, Liuius *lib.* 4. qui Homero ἔπεα ἀκοσμα. Senec. 2. *de benef. incondita carmina.* Ergo obligationes, quæ propriis viribus non consistunt, quæ eluduntur exceptionibus, neque officio iudicis, neque prætoris imperio, neque legis potestate confirmantur, vt dixit Papinian. *sup. libro, l. obligationes, de oblig. & act.* quæ meo iudicio meave suspicione debetur huic libro. Confunduntur tamen illæ obligationes aditione hereditatis: quia noua eis accedit causa, nouæ rationes & inexpugnabiles, nouum robur, successio in locum eius, qui efficaciter tenebatur, & quasi nouæ obligationis iure. Itaque in hac quæstione nihil refert expromiserit mulier, quod fit per nouationem, an fideiusserit, vel alio modo intercesserit pro alio. expromissio, quæ inanis fuit, aditione confirmatur, quia licet cum muliere experiri directa actione ex stipulatu ipsius mulieris, vel vtili, id est restitutoria, qua defunctus efficaciter teneatur. Quid enim mulieris interest, qua actione conueniatur? Et ita elegantissime est scriptum in *l. quãuis §. mulier, ad Velleian.* Et notandum hodie, plane nihil interfuisse (quia sunt omnia iudicia extraordinaria) in quibus, vt ait lex *actio, de negot. gest.* conceptio formularum non obseruatur, id est, non venit in disquisitionem, & ad *d. l. actio* nulla est lex, quæ pertineat proprie, quam *d. §. si mulieri.* quod notandum. Denique vtilis actio non tollit directam: quandoque licet hac, vel illa cum muliere experiri, quamuis vtilis actio vtique fuerit maior, id est, efficacior. Et similiter fideiussio mulieris, quæ inanis fuit, aditione confimatur, & licet

A cum muliere experiri, vel ex causa fideiussionis, vel ex causa principali, ex qua defunctus tenebatur, quia in extraordinariis iudiciis nihil interest, quo iudicio agatur cum eo, à quo omnino habiturus est quod petit, vel alio iudicio. Denique hodie principalis obligatio non tollit fideiussoriam, quamuis principalis vtique sit maior: maior non tollit minorem, sed licet agere ex hac vel illa iure ordinario. maior tollit minorem, si spectes formulas, *l. debitori, de fideiuss. l. si duo, hoc tit.* Et vitiosa est igitur distinctio Accursii, inter promissionem mulieris, & aliam quamlibet intercessionem

---

Ad §. quod vulgo.

Quod vulgo iactatur, fideiussorem qui debitori heres exstitit, ex causa fideiussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio inuenitur: nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur: è contrario non potest dici, non tolli fideiussoris obligationem si debitor propriam & personalem habuit defensionem: Nam si minori 25. annis bonæ fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, & intra tempora in integrum restitutionis decessit, herede fideiussore; difficile est dicere, causam iuris honorarij, quæ potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, quæ principalis fuit, & cui fideiussoris accessit sine contemplatione iuris prætorij: auxilium igitur restitutionis fideiussori, quia adolescenti heres exstitit, intra constitutum tempus saluum erit.

B

PAragraphus *quod vulgo*, pertinet etiam ad effectus obligationis naturalis, & potest ex eo constitui quartus effectus: Namque docet aditione hereditatis fideiussoriam obligationem confundi & tolli hereditaria manente, si fideiussor debitori heres exstiterit, quia scilicet maior & plenior obligatio tollit minorem, minor maiori cedit loco, vt in *l. 5. l. debitori, de fideiuss. sup. l. fideiussoris, C. eod. tit. l. si duo, hoc tit. l. debitor, de separat.* Hereditaria autem obligatio est maior & plenior, quia est principalis. Si igitur recidat in eandem personam obligatio principalis & fideiussoria, præualet maior, & fideiussoria pro nulla habetur: Nam & qui principalis reus, ipse pro se fideiussor esse non potest. Denique superueniens principalis absumit fideiussoriam iure ordinario. Ait enim §. *hoc vulgo iactari*, id est, esse regulam iuris ordinarii. quod vulgo dicitur vel iactatur, ius ordinarium est. Titulus omnis de regulis iuris, est de iure ordinario & summo, non de extraordinario aut mitiori. quod vulgo iactatur, vt Græci, τὸ κοινῶς λεγόμενον, quod ordinarium est. Hodie si de iure extraordinario disputas, nihil refert, etiamsi in hac specie, cum fideiussore, qui debitori heres exstitit, agatur ex causa fideiussoria: quid enim interest qua ex causa agatur, vt in *l. quamuis §. si mulier, ad Velleian.* quem locum velim vos memoriæ figere. Conclusio hæc sit iuris ordinarii: aditione hereditatis fideiussoria obligatio tollitur, principalis manet. Et notandum, quod in §. hoc docet, hanc regulam ita veram esse, si vtraque obligatio principalis & fideiussoria sit ciuilis & efficax: nam si principalis sit naturalis tantum, fideiussoria ciuilis, & fideiussor reo principali heres exstiterit, neutra tollitur, vel consumitur, neutra cedit alteri, neutra se plus efferre altera potest, quasi potiorem, vel pleniorem. principalis non est maior, cum non sit πρωτότυπος, cum non pariat actionem. neque fideiussoria etiam est maior, cum non sit principalis. Et licet exemplum ponere in pupillo, qui mutuam pecuniam accepit sine tutoris auctoritate, & ex ea locupletior factus est, videlicet secundum ius, quod obtinuit ante constitutionem D. Pii: Nam si fideiussor pupillo heres exstiterit, potest conueniri, vel ex principali causa, vel ex fideiussoria, quia neutra tollitur. sed post constitutionem Diui Pii ex fideiussoria tantum, quia ea pupilli obli-

gatio facta eſt per eam conſtitutionem veluti ciuilis, prodita actione in pupillum. & licet etiam aliud exemplum ponere ex *l. heres* §. *ſeruo, de fideiuſſ.* in ſeruo. Seruus mutuam pecuniam accepit, & fideiuſſorem dedit liberum hominem: ſeruus obligatur naturaliter tantum, cũ in eum non cadat actio: fideiuſſor autem ciuiliter obligatur, & poſt ſerui manumiſſionem, ſi fideiuſſor manumiſſo heres exſtiterit, neutra obligatio conſumitur, *d.* §. *ſeruo.* Et hoc voluit docere Papinian. in priori parte huius §. nec eſt, quod pluribus explicemus, quam deprauate ſit ſcriptus. *Nam ſi reus duntaxat fuit obligatus, fideiuſſor,* &c. ſi reus fuit obligatus tantum, ergo non fideiuſſor. Et menda eſt euidentiſſima, quam ſuſtuliſſe de his libris ſatis eſt, & vt iamdiu oſtendi ex Baſil, conſtat ita legendum: *Nam ſi reus natura duntaxat fuit obligatus, fideiuſſor non liberabitur*, & verba Baſil. hæc ſunt, εἰ γὰρ ὁ ἐναγόμενος φύσει μόνον ὑπείχετο, οὐκ ἀπολύεται ὁ ἐγγυητής. *Nam ſi reus*, inquit, *duntaxat natura obligatus ſit, non liberatur fideiuſſor.* quo ſunt obſcuriora ſcripta Papiniani eo mendoſiora ad nos peruenerunt. E contrario vt ſubiicit, ſi reus fuit etiam ciuiliter obligatus, aditione hereditatis fideiuſſor liberabitur, quia plenior obligatio exſtinguit minorem, quod Papinian. ſubiicit verum eſſe, ſcil. ſi fuerit obligatio principalis ciuilis & efficax: In ipſo concurſu, cum perimat fideiuſſoriam, id eſſe verum, etiamſi reus principalis proprium & perſonale habuerit beneficium reſtitutionis in integrum: verbi gratia, beneficio ætatis, quo eximeretur ab ea obligatione ciuili. proprium hoc eſt beneficium perſonæ, nec commune cum fideiuſſore eius maiore annis xxv. quod tamen beneficium tranſmittitur in heredem adoleſcentis, *l. non ſolum, de reſtit. in integr. l. minor, de minorib. l.* 2. *&* 4. *C. de tempor. in integ. reſt.* Eo igitur caſu obligatio principalis eſt plena, efficax, ſed reſcindi poteſt per reſtitutionem beneficio ætatis rei: nec ideo minus eſt plena, quod potuit reo, vel heredi eius tribui auxilium reſtitutionis beneficio prætoris, quia beneficium illud non cohæret rei & obligationi, ſed perſonæ, & extrinſecus adſumitur, & incertum eſt, vt ait lex *ſi Titius, de fideiuſſ.* Datur enim à prætore cauſa cognita. forte id dabit prætor, forte denegabit, obligatio per ſe conſideranda eſt, inſuper habita ſpe reſtitutionis, quæ nihil adhæret obligationi. Finge igitur minorem xxv. annis. mutuam pecuniam accepiſſe. obligatur ciuiliter, & pleno iure, etiamſi mox eam pecuniam perdiderit, nec ſit ex ea locupletior factus, dummodo ei adoleſcenti credita ſit bona fide, vt dicit Papinian. hoc cur dixit, Accurſius non intellexit. Sed hoc ideo dicit rectiſſime, quia qui bona fide credit pecuniam adoleſcenti, ignorans ſcilicet, adoleſcentem mox eam perditurum, retinet ius crediti. ſed qui ſciens forte luxurioſo adoleſcenti, quaſi perdituro, & mox ſcorto daturo pecuniam credidit, ius crediti non habet, nec adoleſcens, nec fideiuſſor adoleſcentis vllo modo obligatur, *l. ſi vero non remunerandi* §. *ſi adoleſcens, mand. l. quod ſi minor* §. *reſtitutio, de minorib. l. ſi quis eum, pro empt.* quia non debuit creditor ſciens prudens in eam rem adoleſcenti credere, non debuit in ſocietatem venire turpis conſilij. Et eleganter Seneca *libro de beneficiis: pecuniam non dabo, quam numeraturum adulteræ ſciam, ne in ſocietate turpis facti aut conſilij inueniar.* Et Nicolaus quoque in libro quem edidit de legibus & moribus variarum gentium apud Stobæum hanc legem retulit his verbis, ἐὰν δέ τις ἀσώτῳ, &c. *Si quis deprehendatur pecuniam luxurioſo crediidiſſe, creditum amittit.* Ergo minor xxv. annis. qui pecuniam mutuam accepit, & mox abligurierit, nihilominus creditori tenetur, ſi modo creditor ei bona fide credidit, non ſi ſciens, quam in rem rogaret adoleſcens. Finge igitur, minorem xxv. annis mutuam accepiſſe pecuniam, numeratam bona fide, & fideiuſſorem dediſſe, & mox eam pecuniam perdidiſſe: obligatur ciuiliter, ſed poteſt reſtitui in integrum, quod lapſus ſit lubrico iuuentæ. Verum antequã reſtitueretur in integrum, mortuus eſt fideiuſſore herede relicto. Atque ita idem eſt & principalis & fideiuſſor. Re tamen vera fideiuſſor liberatur ex cauſa fideiuſſionis, & tenetur tantum ex cauſa principali, nec cauſa reſtitutionis in integrum, quæ tribui potuit reo, vel heredi eius: ea, inquam, cauſa non retinet obligationem fideiuſſoris ne pereat quaſi ob eam rem principalis non ſit maior, aut cenſeatur minor, quod poſſit reſcindi, quia ea cauſa reſtitutionis in integrum fuit perſonalis, non realis, & ſine eius contemplatione ei fideiuſſor acceſſit. Nec igitur contemplanda eſt, ſiue reſpicienda cauſa illa reſtitutionis in integrum, quæ contingere poteſt. Itaq; nihil plane eam cauſam extraordinariam, & incertam, & rei non cohærentem contractus iure ſpectabimus, ſed perinde ac ſi non eſſet, aut eſſe poſſet, rem æſtimabimus, & dicemus, fideiuſſorem, quia adoleſcenti heres exſtitit, iam non teneri vt fideiuſſorem, ſed vt principalem, quia maior obligatio abſumpſit minorem, & conſequenter eum, quaſi principalem poſſe implorare auxilium reſtitutionis intra annum vtilem, vel hodie ex conſtitutione Iuſtiniani, intra quadriennium continuum, quod auxiliũ non haberet, ſi ex cauſa fideiuſſoria conueniretur: ſed vtitur eo, quia ex principali tantum cauſa conuenitur. Sed nonne iniquum eſt, rationem iuris, quæ cauſam fideiuſſionis propter principalem obligationem, quæ maior fuit, excluſit, damno afficere creditorem, qui ſibi diligenter proſpexerat, *l. debitor, de ſeparat.* Sed hoc ita ſi liberato minore, liberetur & fideiuſſor, vt in *l. in cauſa, D. de minor.* Et in hac parte inhæret labes illo loco: *quæ principalis fuit.* quæ cauſa, reſtitutionis in integrum ſcilicet, principalis fuit, perſonalis fuit, hoc ſenſu: cauſa illa extraordinaria cohæret perſonæ adoleſcentis obligati, nec ob eam obligationem principalis fuit minor. hæc ſunt certiſſima. Obligationem igitur, cuius reſtitutionis cauſa ſcilicet perſonalis fuit, & cui fideiuſſor: acceſſit etiam ſine contemplatione eius, fideiuſſor abſoluitur. ait, *l. acceſſit:* acceſſio enim eſt fideiuſſio, *l. ſi ſeruum* §. *nunc videamus, de verbor. obligat.*

Ad §. naturalis

Naturalis obligatio, vt pecunia numeratione, ita iuſto pacto, vel iureiurando, ipſo iure tollitur; quod vinculum æquitatis, quo ſolo ſuſtinebatur, conuentionis æquitate diſſoluitur: ideoque fideiuſſor, quem pupillus dedit, ex iſtis cauſis liberari dicitur.

Ex hoc §. intelligemus quæ ſit naturalis obligatio, & quibus modis tollatur ipſo iure. Ergo naturalis obligatio eſt, quæ ſolo æquitatis vinculo ſuſtinetur, & ſola ratione naturali, ſolo iure naturali, non iure ciuili. quid eſt obligatio ciuilis? vinculum iuris ciuilis, quod nos neceſſitate ſoluendi adſtringit. Obligatio naturalis eſt vinculum iuris naturalis quod nos neceſſitate ſoluendi non adſtringit. non eſt proprie obligatio, cui non eſt adiuncta neceſſitas. Ergo naturalis obligatio, proprie non eſt obligatio. aut breuius: obligatio naturalis eſt ſolius æquitatis vinculum. ſi velis dilatare, ſine vllo auxilio iuris ciuilis. Et vtitur exemplo pupilli contrahentis ſine tutoris auctoritate, & qui ex eo factus eſt locupletior; qua ex cauſa pupillum teneri natura æquum eſt, ne cum alieno detrimento locupletetur, ſed non obligatur iure ciuili ante conſtitutionem Diui Pij Ergo naturaliter tantum obligatur. Et ſerui quoque fere ex omnibus cauſis naturaliter obligantur, & filiusfamilias patri, in cuius eſt poteſtate, pater filiofamilias, frater fratri, ſi ambo ſint in eiuſdem poteſtate: & ex pactis naturaliter obligamur, non ciuiliter, ex pacto enim nulla naſcitur ciuilis obligatio, ac proinde nec actio, *l. Imperator* §. *in his, de ſolut.* Ex contractibus etiam ciuiliter obligamur. Ex pactis non datur actio, ex contractibus datur. Con-

cractus est conuentio, ex qua datur actio. Pactum est conuentio ex qua difficile est dare actionem, datur namque nonnunquam: contractus, & pacta sunt sub eodem genere conuentionis, & contraria inuicem. Si quæras, quid sit pacto contrarium, nullum aliud contrarium inuenies quam contractum, vel si quæras quid sit contractui contrarium, vtique pactum inuenies.. Et nonnulla alia exempla sunt in iure naturalis obligationis quę prætermittimus consulto. Videamus, qui finis est huius §. quibus modis ipso iure tollatur naturalis obligatio. Hic titulus est de tollendis obligationibus, non ciuilibus tantum, sed etiam naturalibus. Porro naturalis obligatio tollitur multo pluribus modis, quam ciuilis. Et primum quibus modis ipso iure tollitur ciuilis, eodem tollitur & naturalis obligatio. Certi sunt modi, quibus ipso iure tollitur obligatio ciuilis, qui enumerantur in titulo, *quibus modis toll. oblig. Institut.* nec alium his possis addere modum. certis tantum modis tollitur obligatio ciuilis, non quibuscunque, *l. obligationum fere* §. 2. *de oblig. & act.* naturalis & aliis quibuscunque propemodum. Porro ciuiles modi, quibus tollitur ciuilis, sunt solutio, acceptilatio, nouatio. & contrarius consensus, si consensu solo contracta sit ciuilis obligatio, vt in emptione, venditione, locatione, conductione. Ergo his etiam modis ipso iure tollitur naturalis obligatio. Solutione eius quod debetur tollitur omnis obligatio, tota, *l. si vnus* §. *sed si stipulatus*, *de pact.* id est, etiam naturalis. qui totum dicit, etiam vinculum naturale comprehendit, & ita in *l. si debitor, de fideiuss.* deportatione exstingui totam obligationem, *& l. si mulier, in fin. ad Vellei.* Senatusconsultum Velleianum improbare totam obligationem, id est expugnare etiam naturalem. Igitur solutione tollitur etiam naturalis obligatio *pecuniæ numeratione*, id est, solutione. Numeratio non tantum creditum, sed solutum significat, vt in *l. 3.* §. *debitor, de transaction. l. 1. qui potior, in pignor. & l. 1. de non numer. pecu.* Et recte Accursius numeratione, inquit, id est solutione. Imo non tantum solutione illa naturali tollitur naturalis, sed etiam acceptilatione, quæ est imaginaria solutio, vt est in *Institut. eod. tit.* & quocunque alio modo, qui pro solutione cedat, vt aditione hereditatis, si debitor creditori heres exstiterit, etiam naturalis obligatio perimitur, *l. heres* §. *quod si stipulator, de fideiuss.* quia, scilicet ipse creditor sibi soluisse intelligitur adeundo hereditatem non imparem credito, adeo vt fideiussor liberetur, *l. Granius, de fideiuss.* qui vtique non liberatur, si remanet naturalis obligatio: nam vel sola naturalis retinet fideiussoriam, vt & pigneratitiam & constitutoriam, id est, constitutæ pecuniæ. Satis namque est vel natura deberi, vt & hæ accessiones locum habeant, *l. vbicunque, de fideiuss.* Ergo naturalis obligatio tollitur etiam nouatione, & contrario consensu §. *vlt. huius legis.* Obligatio ciuilis, quæ & eadem naturalis est, non naturalis tantum, aut contrahitur re, aut verbis, aut consensu: contracta verbis, verbis soluitur, veluti acceptilatione, re contracta, re soluitur, contracta numeratione soluitur numeratione, consensu contracta contrario dissoluitur, re integra scilicet, nam si res non sit integra, rem retroagi, vel retractari oportet, si velint contrahentes ab eo negotio discedere. Ideoque si perfecta venditione, & emptione re integra, nondum re tradita, vel numerato pretio, inter emptorem & venditorem conuenerit, vt discederetur ab emptione, tota obligatio soluitur; consequenter fideiussor liberatur, & ita in hoc §. vlt. ait, fideiussorem liberari contrario consensu: & est argumentum certissimum exstinctæ totius obligationis. In summa quibus modis tollitur obligatio ciuilis ipso iure, iisdem & naturalis. Sed addamus aliis etiam modis, ipso iure tolli naturalem obligationem, quibus ciuilis non tollitur ipso iure, sed per exceptionem tantum. Ecce pacto obligatio naturalis ipso iure tollitur, non ciuilis; denique tota obligatio pacto non tollitur, quia manet

A ciuilis: certis modis tollitur ciuilis, extra quos est pactum conuentum. At naturalis etiam pacto conuento ipso iure perimitur, si conuenerit nihil dari. Et inquit Papinianus, *pacto iusto*, quo verbo non significatur pactum non nudum. Nullum enim est pactũ non nudum. Nihil refert dixeris *pactũ conuentum*, an *pactum*, & *conuentũ*, an *pactionem*. omnis pactio, omne pactum etiam legitimum nudum est, & quod hic iustum dicitur, & ipsum nudum est, *nudum*, dicitur, non πρὸς διαστολὴν, non quod aliud sit vestitum, sed κατ' ἐξοχὴν, quod sola æquitate conuentionis consistit, sine adminiculo iuris Romani: ciuis Romanus ex pacto non obligatur efficaciter, sed ex contractu iure gentium & ciuili recepto. Sed *iustum pactum* dicitur id, quod nititur æquitate conuentionis, quod non est contra leges. vel bonos mores, vt in *l. epistola* §.

B 1. *de pactis*. quod solum prætor se seruaturum pollicetur in edicto, *pacta quæ neque contra leges*, &c. *id est*, pacta iusta non abhorrentia ab æquitate naturali nec contra leges. Et *seruabo* datis exceptionibus tantum, non datis actionibus, quoniam ex pactis non est obligatio ciuilis sed naturalis tantum, ac proinde nec actio. Igitur iniustum pactum non seruat prætor. Iniustum pactum non tollit naturalem obligationem, *l. iurisgentium* §. *prætor, de pact. l. pacta, l. pen. C. eod.* Et ne circumscribamur, ne dixerimus vnquam, idem esse pactum legitimum & iustum. magna est differentia. Iustum est, quod consentit cum æquitate naturali. Legitimum est, quod nominatim legis potestate confirmatur, vt pactum de furtis & iniuriis lege duodecim tabul. *l. legitima, de pact.* Legitimum pactũ parit, & perimit actionem ipso iure.

C Iustum, quod etiam non est legitimum, non lege certa confirmatur, neque parit, neque perimit actionem ipso iure: prætor tuetur non legitimum pactum data exceptione: non iustum, non tuetur, non seruat. Et ita non male Apuleius in Apol. 2. differentiam facit inter iustum & legitimum heredem, quia potest esse defuncto quis legitimus heres, veluti proximus agnatus, sed non iustus, tanquam ingratus, indignus: *sciebat*, inquit, *intestati pueri se legitimum potius, quam iustum heredem futurum.* Igitur iusto pacto ipso iure tollitur obligatio naturalis, id est, æquitate conuentionis tollitur vinculum æquitatis, vt ait Papinianus. quibus verbis demonstrat. quid iusti nomine significet. denique iure naturali, ius naturale tollitur, æquitas æquitate, & prout quæque constitit obligatio, ita dissoluitur, *l. prout, hoc tit.* Si consensu sit contracta, consensu tollitur: vt stipulatio acceptilatione: si æquitate, æquitate. & huius rei argu-

D mentum est, quod si quis soluerit quod natura debuit per ignorantiam, cui vel ipse, vel is, qui heres exstitit, pepigisset cum creditore de non petenda pecunia, habet condictionem soluti indebiti, quam non haberet si post pactionem superesset naturalis obligatio: nec enim condicitur, quod vel natura debetur, sed id tantum, quod nec iure naturali debetur. ex quo apparet, pacto solui vinculum naturæ, l. *si non sortem*, §. *libertus*, *l. si quis indebit. de condict. indeb. l. vlt. de iureiur.* Obiicit Accurs. *l. si vnus* §. *pactus*, *de pact.* Ex qua efficit, naturalem obligationem ipso iure pacto non tolli: nam ait aperte is §. pactum prius quod fuit de non petenda pecunia, non tolli posteriore ipso iure, quod est de petenda pecunia, sed per

E replicationem. Atqui prius pactũ pepererat naturalem obligationem: nam ex pacto illo de non petenda pecunia, obligatus erat creditor ad liberandum reum. Et hoc fatemur facile, ex priori pacto ortam naturalem obligationem, & tamen text. ait, eam naturalem obligationem ipso iure, non tolli posteriore. Sed nihil est facilius. In §. *pactus*, agitur de iure ciuili, & prætorio. in hoc § *naturalis*, de iure naturali. Iure ciuili est necessaria exceptio vel replicatio: iure naturali, non est necessaria, sed ipso iure, ἰδίῳ δικαίῳ, vt Græci hoc loco aiũt, per se naturalis obligatio pacto perimitur. Exceptio autẽ ex priori pacto quæsita iure prætorio non perimitur ipso iure, sed per replicationem

plicationem pacti posterioris. Etiam illud adiicitur hoc §. iureiurando tolli naturalem obligationem, quod est certum, *l. si quis iurauit, de condict. indeb.* vt si pupillus iurauerit se dare non oportere, vel se non accepisse pecuniam: nec enim interest cuius ætatis sit qui iurauerit, sed omnimodo custodiri debet iusiurandum, & contentus eo esse debet creditor, qui id detulit pupillo, *l. qui iurasse, de iureiur.* Denique iusiurandum cuiuscunque tollit naturalem obligationem. Nam maxime si delatum sit ab aduersario, pro pactione, vel transactione cedit, *l. 2. l. liber, l. tutor* §. 1. *l. si seruus, de iureiur.* Imo & pro solutione, & in locum solutionis succedit, *l. iusiurandum & l. seq.* §. 1. Ex quo intelligitur, quodcunque est pro solutione, veluti iusiurandum, & pactum quod & pro solutione est, qualitercunque tollere naturalem obligationem, non etiam ciuilem. nam omne quod pro solutione cedit, tollit ciuilem obligationem ipso iure, non iusiurandum. Denique non omnis imago solutionis tollit ciuilem, non iusiurandum: transactione tota obligatio perimitur, & de transactione locus est in *l. fideiussores, de fideiuss.* Ex quibus sequitur, quia pacto & iureiurando tollitur naturalis obligatio etiam ex istis causis, puta iureiurando fideiussorem pupilli liberari, cum tota obligatio exstincta sit.

Ad §. quæsitum est.

Quæsitum est, an ita stipulari quis possit? Mihi aut filio meo decem dari? vel ita: mihi aut patri? sed non incommode potest adhiberi distinctio, vt filio quidem stipulante, patris tunc adiiciatur persona, cum stipulatio ei adquiri non possit: è contrario autem nihil prohibeat patre stipulante, filij personam adiici, cum totiens quod pater filio stipulatur, sibi stipulatus intelligitur, cum ipse sibi stipulatus non est: & in proposito manifestum est, non obligationis sed solutionis gratia, filij personam adiectam

SEquitur alia quæstio de adiecto solutionis gratia. sic appellatur sæpissime in iure, quæ paulo inferius definietur. Sed repetendum ex regula iuris, inutilem stipulationem esse, si quis extraneo stipuletur vel paciscatur, veluti Titio dare, quia nec per eum extraneæ personæ adquiri potest. nobis acquirimus, non aliis, quorum iuri subiecti non sumus. Et nobis igitur stipulamur: nam stipulatio interponitur adquirendi causa *l. inter* §. *alteri, de verb. oblig. l. quo tutela* §. *vlt. de reg. iur.* Ergo & si quis stipuletur coniunctim, *sibi & Titio dari*, pro parte Titij inutilis est stipulatio. Adiectio prorsus inutilis, *l. si mihi & Titio, & l. vlt in fine, de verb. oblig.* vel Titii adiectio pro superuacua habetur, & stipulatori tota stipulatio acquiritur, & nulla ex parte inutilis est, *l. proprium, comm. præd. l. fundus, de contr. empt.* Aut igitur cum stipulatus sum mihi & Titio, stipulatio est vtilis pro parte tantum, aut in totum pro qualitate reorum qui in stipulationem deducti sunt. Adiectio autem vel est inutilis vel superuacua. adiectio inutilis vitiat stipulationem pro parte, superuacua nihil vitiat stipulationem, quandoquidem habetur pro non scripta aut non expressa. Et hoc si quis stipuletur sibi & Titio. Quod si stipuletur sibi aut Titio, superuacua est adiectio Titii, quod ad obligationem attinet, quia nō acquiritur Titio, nec id agitur, vt ei acquiratur, quādo Titius in disiunctione ponitur. Vtilis autē est adiectio Titii, quod attinet ad solutionem: Nam promissori liberum est vel stipulatori soluere vel Titio, etiam inuito stipulatore secundum conceptionem stipulationis, non eo genere, mihi aut Titio. Titius adiicitur non obligationis gratia, vt & obligatio quæratur, quod fieri nequit, sed solutionis gratia, vt promissor vel Titio soluat, & vtique Titio soluendo liberatur, etiamsi postea stipulator Titio solui prohibuerit. Titius est velut procurator, vt accipiat pecuniam, sed eam procurationem non potest mutare stipulator, ne fraudem faciat promissori,

A cui initio stipulationis dedit arbitrium soluendi vtri mallet, *l. 12.* §. *pen. l. aliud 106 hoc tit.* Atque ita eo casu euenit, vt stipulatio obliget vltro citroque non promissorem tantum, sed etiam stipulatorem, vt sit δίπλευρος quæ solet esse μονόπλευρος: nam eo genere stipulator alligatur conditione stipulationis, vt vel Titio solui possit quasi procuratori eius initio contrahendæ stipulationis constituto, nec eam legem stipulationis immutare potest. Ergo si quis stipuletur sibi aut Titio, stipulatio tota ei adquiritur, Titio soluitur recte, etiam nolente stipulatore. Ipse stipulator est creditor, Titius est adiectus solutionis gratia, non crediti siue obligationis gratia. Denique extraneus est capax solutionis, non obligationis, id est, adiici potest solutionis, non obligationis gratia. Et hæc de extraneo, id est, de eo qui neque habet stipulatorem in potestate, neque ipse est in potestate stipulatoris. Sic extraneum accipere hic oportet. Nunc dicamus de eo,
B qui habet aut habetur in potestate stipulatoris. filiusfa. patri in cuius potestate est, si stipuletur, vtilis stipulatio est, & adquiritur patri confestim, vel si quo casu non potuit adquiri patri veluti ex causa castrensis peculij aut quasi castrensis, inutilis est stipulatio perinde ac si filius non esset in eius potestate. Et è contrario si pater stipuletur filiofam. sic ei acquiri potest perinde atque si sibi stipulatus esset: quia vox patris tanquam filii est, §. *ei vero, Instit. de inut. stip. l. 42. de dam. inf.* Igitur cū stipulatus est pater filio, si ei adquiri possit, adquiritur ei soli, nō filio, licet filio stipulatus sit. filij est adquirere patri, non patris filio, *l. cum dos, de pact. dot.* Alioqui si stipulatio patri ad-
C quiri non potest, inutilis est, *l. dominus, l. quod dicitur, de ver. oblig.* Et hoc si filius patri vel pater filio stipulatus sit. quid si stipuler, mihi & patri dari? Hic etiam videndum patri possit adquiri, an non. non ex omni causa adquiritur patri, non omnis res per filium adquiritur patri, multas excepit Iustinianus. Et primum, si patri possit adquiri, superuacua est adiectio patris, quia eo quod ait, *mihi*, satis patri adquisiuit, ac si dixisset tantum mihi. Ergo tota stipulatio vtilis est, *l. sed si sibi, de stip. seru.* Aliter quam si extraneus *sibi & Titio* stipulatus esset certam summam, quia Titij adiectio inanis est. ergo stipulatio pro parte tantum vtilis est. Et ita si patri non possit adquiri, cū mihi & patri stipulatus sum, inutilis est adiectio patris, stipulatio vtilis pro parte. Et sic multum interest, an inuti-
D lis, an superuacua sit adiectio: inutilis partem vitiat stipulationis, superuacua nihil vitiat: & è contrario, si stipuler *mihi & filio*, tota stipulatio vtilis est, & superuacua adiectio filij. nec distinguo, potuerit mihi adquiri necne, cū mihi stipulatus sum, nec id mihi obueniat per filium. Et hæc si stipuler *mihi & patri*, & contra, *mihi & filio*. Hinc quæritur, quid sit dicendum, si stipuler *mihi aut patri*, vel *mihi aut filio*, adiiciendo patrem vel filium solutionis gratia? Adiectio obligationis gratia fit per coniunctionem, *mihi & illi*, & est in extraneis inutilis, in his personis, patri sc. & filio, superuacua. Adiectio stipulationis gratia fit per disiunctionem, *mihi aut illi*. & in aliis personis est vtilis, quod ad solutionem attinet. In his personis quæritur, sit vtilis an superuacua, necne. Et Papin. hoc loco subtiliter aduertit distinguendum, vtrum
E stipuler *mihi aut patri*, an *mihi aut filio*. Si *mihi aut patri*, superuacua est adiectio patris, si patri potuit adquiri stipulatio, quia ei solui potest, imo debet etiam non adiecto, nec inutilis est stipulatio, sed patri adquiritur in totum. Et alia est ratio *legis qui rem* §. *si seruus, h. t.* quæ in contrarium adduci potest. nam loquitur de seruo, cuius proprietas est vnius, vsusfr. alterius. hic seruus ex re fructuarij fructuario adquirit, proprietario non potest ex re fructuarij adquirere. Nunc finge: hic seruus ex re fructuarij stipulatus est disiunctim, *proprietario aut fructuario dari*, prorsus est inutilis stipulatio, quia ea non cōsistit in persona proprietarij, cum res eius non fuerit, nec in persona fructuarij, cum in solutione ponatur per disiunctionem, non in obligatione, & per proprietarium fructuario non

potest adquiri: & vbi deficit persona, in qua consistat obligatio, & deficit in qua cōsistat solutio, nec enim esse potest solutio sine obligatione, solutio, obligationis solutio est, *l. sed si sibi in fi. de stip. seru.* At in casu proposito, si stipuler *mihi aut patri*, obligatio consistit in persona mea, & patri confestim adquiritur. non est igitur inutilis obligatio, si patri adquiri possit. Sed si pater non sit capax obligationis, veluti interposita stipulatione ex causa castrensi, vtilis est adiectio patris, vt ei recte soluatur: nec enim patri non adiecto solueretur recte, quia ei non debetur. Contra quoq; si stipuler *mihi aut filio*, vtilis est adiectio filij. Nec aliter filio solueretur recte. nec hic distinguo, potuerit mihi adquiri stipulatio, an non: nam certū est, quod mihi stipulor, mihi adquiri, mihi obuenire per me, non per filium. Verum dices, quod monuit etiam Papinianus, videri supervacuam adiectionem filii, quia sibi stipulari intelligitur pater, qui filio stipulatur, *l. quod dicitur, de verb. obligat.* & sibi iam erat stipulatus pater: atque ita perinde videtur esse, ac si sibi stipulatus esset, nō sibi aut filio, quod pro superuacuo haberetur. Sed respōdet, eum qui *sibi aut filio* stipulatur, non stipulari filio, sed sibi tantum, & filium adiici tantum solutionis gratia, solutioni applicari, non obligationi. Et rursus, si stipularetur *sibi & filio*, superuacua esset adiectio filij. Sed hic non est stipulatus sibi & filio, sed sibi aut filio, quo modo persona filii solutioni applicatur, non obligationi. ergo non superuacua adiectio filii. Quamobrem quæ definitio maxime notanda est, non aliter quod filio stipulor, mihi videor stipulari, quam si & mihi non stipuler, *l. eum qui ita §. qui sibi, de verb. oblig.* Quod si etiam mihi stipuler, aut superuacua est adiectio filii: puta, si mihi & filio, aut in persona filii consistit solutio, in mea persona obligatio, puta si stipuler mihi aut filio.

Ad §. vsumfructum mihi.

Vsumfructum mihi aut Titio dari stipulatus sum. Titio capite deminuto, facultas soluendi Titio non intercidit, quia & sic stipulari possumus: mihi aut Titio cum capite minutus erit, dari: Nā si furiosi vel pupilli persona adiecta sit, ita tutori vel curatori pecunia recte dabitur, si conditionis quoque implendæ causa, recte pecunia tutori vel curatori datur. Quod quidem Labeo & Pegasus putauerunt vtilitatis causa recipiendum. Idq; ita recipi potest, si pecunia in rem, vel pupilli, vel furiosi versa sit. quomodo si domino iussus dare seruo dedisset, vt domino daret. cæterum qui seruo dare iussus est, domino dando non aliter impleuisse conditionem intelligendus est, quam si ex voluntate serui dedit. Idem respondendum est in solutione si stipulato Sempronio sibi aut Sticho Mæuij seruo decem dari, debitor Mæuio domino pecuniam soluerit.

DE adiecto solutionis gratia, alia quæstio est in hoc §. an alij, quam adiecto soluatur recte. adiectionem, quæ adhibetur solutionis gratia, personalem esse, adeo vt si stipuler *mihi aut Titio*, nec heredi solui possit, *l. cum quis, de verb. oblig. l. 81. hoc tit.* Sicut legato relicto sub cōditione, si legatarius Titio dederit 10. non implet conditionem, si dederit heredi Titij, *l. cum ita datur, de condit. & demonst.* quia vtroque casu certa persona demonstratur. Ac propterea in eius tantū persona solutio vel conditio impleri potest. ius transmittimus in heredem nostrum, factum non transmittimus, & eo genere stipulationis mihi aut Titio, factum confertur in Titij personā, non ius, solutio est facti, *l. consilio §. 1. de curat. fur.* Et acceptio igitur: maxime si non creditor accipiat. in his quæ sunt iuris, eadem est persona heredis & defuncti, non in his quæ sunt facti: ac proinde procuratio alieni negotij, quæ facti est, finitur morte procuratoris, & adiectio illa tanquam procuratio est. non soluitur etiam recte domino serui adiecti vel patri filij adiecti solutionis gratia, non obligationis, *l. 9. h. tit.* Sicut vt eadem stipulatione vtamur legato relicto sub conditione, si dederit 10. Pamphilo, non implet cōditionem dādo domino vel patri Pāphili, quia ea, quæ sunt facti, non transeunt ad patrem vel dominum, *l. qui heredi, de condit. & demonstr. l. quod dicitur, de verb. oblig.* Ergo domino vel patri eius, in quem collata est conditio, vel solutio, non soluitur recte, nisi ex voluntate eius, in quem collata est conditio vel solutio, quia vt qui mandat solui, ipse soluere videtur, *l. qui mandat, h. tit.* ita qui mādat accipi, accipere videtur, & e contrario si in personam domini collata sit conditio vel solutio, non recte datur seruo eius, nisi consenserit dominus, *d. l. qui heredi.* Sed addenda alia exceptio ex hoc §. vel nisi detur aut soluatur seruo eius, ita vt verterit in rem eius, quia pro eo est, ac si domino datum esset in manum, cum datum seruo eius mox sit versum in rem eius: vt autem soluere est facti, ita dare, cum eligitur certa persona cui detur, & nonnunquam ei etiam dari sufficit, qui est positus in conditione quocunque modo sine effectu iuris, sine effectu dominij transferendi, *l. Manius, de condit. & demonstrat.* cum tamen alias verbum *dare*, iuris sit, non facti: sed & hoc tantum interest, quod in solutione pupillo, qui adiectus est, solui potest sine tutoris auctoritate, *l. 11. h. tit.* quia talis est lex stipulationis, cui se vterque subiecit. In conditione autem posito pupillo, veluti relicto legato Titio sub conditione, si decem dederit pupillo, ei non potest dari sine tutoris auctoritate, ne fiat contra prouidentiam testatoris, qui pupillo consulere voluit, & qui confestim forsitan eam pecuniam perditum iret, nisi accederet tutor, *l. 68. h. t.* Illud nunc generaliter tenendum est, cui recte datur conditionis implendæ causa, ei etiam recte solui, quod positum est in adiectione stipulationis, non alii personæ: nam & adiectio, quæ adhibetur solutionis gratia, est personalis, & conditio dandi certæ personæ legatario vel fideicōmissario, est etiam personalis, vt in cuius persona hæc impleri potest, vel nō impleri potest pari ratione impleri quoque illa possunt vel non possūt. Et hac cōparatione plerunque vtitur Pap. in hoc §. Igitur sicuti heredi, domino, patri, seruo, filio eius, in cuius persona implenda est conditio legati, non recte datur, ita etiam non soluitur recte heredi, domino, patri, seruo, filio adiecti in stipulatione solutionis non obligationis gratia. Et his consequenter ponitur, legato relicto sub conditione dandi Titio, non posse dari Titio postea capite deminuto, quia etsi Titius adiectus sit solutionis gratia, in stipulatione disiunctiua, ei non potest solui post stipulationem capite minuto, *l. cum quis, h. t.* nimirum, quia capitis deminutione fit alia persona quam fuerit antea, vel ex libero seruus, vel ex ciue peregrinus, vel alieni iuris, qui fuit sui, vel sui, qui fuit alieni. capitis minutio est mutatio siue creatio nouæ personæ. adiectionis igitur vtilitas, quæ personæ cohæret, finitur capitis deminutione adiecti, sicut procuratio capitis deminutione procuratoris, adiectus tanquā procurator est, tanquam procurator constitutus ad accipiendā pecuniam. Cui sententiæ obiicitur quod est in principio huius §. & in eo laborant interpretes: Nam si stipulatus sim mihi aut Titio vsumfructum, Papin. ait: Titio solui posse capite minuto, Sed vt ostendam, in vtraque *l. cum quis, h. t & l. cum quis, de oblig. & act.* & vtrumque velim studiosa lectione recoli, non loquitur Papinianus de adiecto capite minuto post stipulationem, sed de capite minuto tempore stipulationis, veluti deportato aut emancipato nuper, cuius persona adiici potuit, quia nihil refert, cuius status sit adiect⁹, cuius conditionis, sexus, ætatis, quando res ita agitur ex conuentione vtriusque partis. Et hanc fuisse mentem Papin. sequens oratio ostendit, *quia etsi stipulari possum, &c.* Sic ratiocinatur, si quis adiici potest solutioni in eum casum, quo capite minutus erit, *Quād il changera d'estat.* Et adiici igitur potest capite minutus iam. Et ponit speciem Papin. in vsufr. non quod aliud sit in proprietate obseruandū, sed quod maior sit dubitatio in vsuf. cuius maxime proprium est interire capitis minutione, non tantū ius ipsum vtendi fruendi, sed etiam obligatio & actio, *l. 1 quibus mod. vsusf. amit.* Et si obligatio, & solutio igitur.

nam quod corrumpit obligationem, & solutionē igitur, A *l. cum enim, de stip. seru.* Sed placet vsumfr. ab initio recte constitui in personam capite deminuti, veluti deportati, vel in casum, quo capite deminutus erit, vt diximus, *l. 2. quib. mod. vsusf. amit.* At semel constitutus vsusf. post finitur capitis deminutione fructuarii: non præsens capitis deminutio obstat obligationi, sed superueniens, constituto iam vsufr. Et ita superueniente capitis deminutione adiecti præsentem capitis deminutionem nihil officere adiectioni, non etiam negauit superueniente capitis deminutione exstingui vsumf. quod confirmatur *l. eum, qui ita §. qui sibi. de verb. obl.* Recte solutioni adiici filium emancipatū, mihi aut filio meo emancipato. Et tamen si stipuler mihi aut filio existenti in potestate mea, emancipato postea filio meo, adiectio dissoluitur, quia emancipatio mutauit personam. Verum vt soluatur omnis hæc quæstio, an alij, quam adiecto solui possit, videamus, an, si solutionis gratia adiectus sit pupillus, tutori eius solui possit, aut curatori furiosi. Qua de re tractat Papinianus. vbi particula *nam* subiungitur priori dicto, sed inchoat aliam rem, (*nam* non semper est subiunctiua, sed & inchoatiua) quæ tamen pertinet ad illam generalem quæstionem superiorem. Et ait, tutori vel curatori pupilli aut furiosi non solui recte, nisi vno tantum casu, si pecunia tutori vel curatori soluta vertatur in rem pupilli aut furiosi: hoc enim casu id esse receptum contra ius commune, id est, contra ea, quæ perstrinximus ante, vt non recedere debeamus à persona adiecti, & alii soluere, nec heredi, nec domino, nec patri, nec seruo, vel filio adiecti: hoc inquam casu id esse receptum, vt videatur recte solutum tutori propter vtilitatem earum personarum, quæ solutionis non admodum capaces sunt. in hoc casu tutori plus concedit, quam heredi, plus quam patri, vel domino, vt in quæst. *l. vlt. §. pupillus, de verb. oblig.* Plus concedimus tutori quam patri, plusque videtur tutor habere auctoritatis in pupillum quam pater: nam pupillus obligatur absente patre, non obligatur absente tutore. Denique tutorem plane esse vice domini, id est pupilli, etiam in his, quæ facti sunt, quibus dominus aut pater ius nullum habet quod exerceat. Curatorem quoque furiosi plane esse vice ipsius, non etiam curatorem adolescentis, quoniam hic est capacissimus solutionis, & vtitur in hanc rem eodem argumento, quo vsi sumus ante à pari: si cōditionis implendæ causa recte datur tutori pupilli, & soluitur ei recte ex causa adiectionis applicatæ stipulationi, atque conditionis implendæ causa. illo tantum casu tutori vel curatori datur recte, si pecunia versa sit in rem pupilli. Et ita accipienda *l. 13. de condit. & demonst.* Ergo illo tantum casu soluitur illi recte: tutori vel curatori adiecti, tutori pupilli, curatori furiosi: cæteroquin ei non solueretur recte. si pupilli esset obligatio, tutori solueretur recte. imo ei debet solui, non pupillo, si pupilli sit solutio, tantum, vt in proposita specie, quia adiectio est electio certæ personæ, qua contentus fuit stipulator, pupillo solui debet, præterquam illo casu, eoq; recepto non communi iure, sed ex æquitate propter vtilitatem pupillorum & furiosorum. vt pleraque alia in iure fauorabiliter recepta sunt propter vtilitatem earum personarum, *§. pupillus, Instit. de inutil. stip. & l. pupillus, de adquir. hered.*

Ad §. si creditor.

Si creditor debitoris hereditatem ad se non pertinentem possedit, & tantum ad eum peruenit, quantum si quilibet alius bonorum possessor ei solueret, liberaret heredem: non potest dici fideiussores liberari: neque enim ipsum sibi soluisse pecuniam credendum est, à quo hereditas euincitur.

INtelligemus primū ex hoc §. multum interesse, creditor debitori heres exstiterit, an debitoris hereditatem pro herede possederit, ad alium, non ad se pertinentem. Quod si debitori heres exstiterit, aditione confunditur obligatio, saltem solutionis potestate, quia ipsum sibi soluisse credendum est, *l. debitori, & l. Granius, de fideiuss.* vel secum pensasse, vt ait, *lex quæ dotis, sol. matr.* pensasse creditum suum cum hereditate, quam à debitore vice mutua percepit, & consequenter liberantur fideiussores debitoris. Et hoc est notissimum. Sed si creditor debitoris hereditatem possederit, cum alius esset heres, non ipse, & tantū ex hereditate possederit, quātum est in credito, quantumque si verus heres ei soluerit, liberaretur, vel si alius possessor ei solueret, liberaret heredem, & in petitione hereditatis, id heredi reputaret, vt *l. si quid possessor, de adq. hered.* Denique creditor possidens hereditatē debitoris ad se non pertinentem, si tantū ex ea redegerit, B quantum est in suo credito: certe hoc casu, nec principalis nec fideiussoria tollitur obligatio, *quia ipse*, inquit, *sibi soluisse non videtur*, cum scilicet hereditas ab eo euincitur aut euinci potest, & omne quod ex herendítate percepit, & nec secum pensasse videtur: nam si secum pensasse videretur, & sibi soluisse quoque: Atquin hoc non videtur, ergo nec illud. Pensatio cedit loco solutionis, *l. 4. qui pot. in pign.* Et rursus si videatur vel soluisse vel pensasse rationem solutionis aut pensationis, quę loco solutionis est, id quod sibi deberetur, retineret ex hereditate, nec ei euinceretur. Atquin euincitur omne id est petitione hereditatis, quæ vindicatio est. *euictionis* verbo significatur tantum vindicatio, nec de euictione actio competit, nisi res ablata sit emptori vindicationis genere aliquo, *l. stipulatio ista §. si quis forte, de verbor. obligat.* Et idem est, *vindicare & euincere*, quod ἐξαιρεῖν, in Solonis legibus. C Ergo non compensat possessor, cum euincitur hereditas debitoris quod is sibi debuit, aut non compensat creditum suum possessor hereditatis debitoris ad se non pertinentis, cum eo quod ex hereditate percepit, sed id restituit actori quod percepit, salua crediti sui actione. Compensatio non opponitur in actionibus in rem, id est, vindicationibus, sed actionibus in personam tantum, quod vel definitio compensationis demonstrat, quæ est debiti & crediti inter se contributio: omne debitum & creditum personale est. Et hæc est mens huius §, nam si possessor sibi non videtur soluisse, nec secum pensasse igitur. Ex quo restat, in vindicationibus compensationi locum non esse. Obstant valde tres leges ei quod dicitur actioni in rem non obiici compensationem. Obstat primum *l. eum qui §. vlt. de inoffic. test.* quæ ponit creditorem à debitore heredem institutum fuisse, & adiisse, ac deinde D per petitionem hereditatis ex causa inofficiosi testamenti euictam ei hereditatem fuisse. Aditio confundit suum creditum, suam obligationem, sed quia post inutilis redditur euicta hereditate, æquum est obligationem ei redintegrari, eique dari petitionem debiti & compensationem. Possessori igitur, cui euincitur hereditas datur compensatio debiti. Denique compensatio locum habet in iudicio in rem, veluti in petitione hereditatis. Respondeo, lex ait, ei compensationem debere dari. Quod non ita est accipiendum, vt cōpensare id quod sibi defunctus debuit, possit cum hereditate vsque ad summam concurrentem, vl si quid vicissim ipse debuerit defuncto, quod constat venire in petitionem hereditatis, compensare id possit cum eo, quod sibi defunctus debuit: compensare igitur debitū suum cum credito defuncti, non cū hereditate, quę euincitur. Proinde fit ea compensatio magis in E personalibus præstationibus quam in actione ipsa in rem. Secundo loco obstat *l. Titia, hoc tit.* vbi mulierem, quæ bona defuncti mariti possidet, ait in dotem sibi debitam reputare, quod ex re mariti perceperit, interim dum possedit bona, *& reputare*, id est, ipso iure reputare, quod pensare est vel compensare. Sed vt & huic loco respondeam, non loquitur *l. Titia de muliere*, quæ pro herede possedit bona mariti, & potuit conueniri petitione hereditatis, sed de ea, quæ possedit bona mariti propter dotem, id est, dotis seruandæ causa, ex edicto prætoris, vt *l. ea, quod §. 1. ad municip. l. offic. de rei*

vind. l. pen. §. item danda, de diuers. & temp. praescr. Puta, quod heres mariti non exstaret, iussa est possidere bona mariti: vel quod heres suspectus satisdare iussus, non satisdederit, vt *l. 15. de rebus auct. iud. poss.* Comparatur enim creditor vel creditrix missa in possessionem bonorum gestori bonorum & negotiorum, *l. creditore §. vlt. eod.* Et sicut gestor domino agenti negotiorum gestorum, potest reputare & pensare, quod sibi dominus debet, ita creditor debitori agenti actione in factum, de eo quod ex ipsius bonis ad creditorē peruenit, qui missus est in possessionem bonorum suorum, *d. l. creditore §. 1.* & potest reputare, quod sibi debuit is, cuius bona possessa sunt. Obiicitur reputatio siue compensatio haec actionibus in personam, non actionibus in rem, nempe actori agenti negotiorum gestorum, vel in factum, quia vtraque est in personam. Ergo nihil mouemur etiam *d. l. Titia.* Sed obstat vehementius *l. si quid possessor §. sed si ipsi aliquid praedoni, de petit. hered.* Quae lex ait aperte, possessorem hereditatis ad alium pertinentis, à quo petitur hereditas posse deducere, quod sibi defunctus debuit. Quid aliud est deductio, quam compensatio. Ergo ea opponitur petitioni hereditatis. Sed aliud est deducere, aliud compensare, *l. filium, C. famil. ercisc.* Et multis aliis locis, inquam, aperte constituitur differentia inter haec tria verba, *reputare, compensare, deducere.* cum quaeritur de Falcidia. Imputo in Falcidiam, quod à me accipio iure hereditario, quod sim heres institutus, compēso Falcidiam, quod vice mutua accipio à coherede meo: deduco è Falcidia, residuum ex hereditate. Igitur aliud est deducere, aliud compensare, & aliud imputare. Compensatio fit iure meo, *l. postquā, de compensation. l. inter, de administ. tut.* Deductio est retentio possessionis, quae fit per exceptionem, nisi sit retentio, quae fiat ipso iure. nam fateor, esse retentiones deductiones, quae fiunt ipso iure, vt *l. seruus quem, de act. emp. l. quod dicitur §. vlt. de impens. in res dotal.* Et hae nihil aliud sunt, quam compensationes. Sed illo loco agitur de deductione, quae facti est, non iuris, & fit per retentionem, quae beneficio acceptionis fit, non aliter. Ergo vt eum §. qui sane desiderat interpretem, totum exponamus, sic statuo: possessor hereditatis non potest compensare, quod sibi defunctus debuit, in petitione hereditatis scilicet, quasi ipso iure minor sit hereditas propter creditum suū, nec enim propterea ipso iure minuitur hereditas. Et hoc de compensatione. Nunc de deductione. Non potest etiam quilibet possessor, à quo euincitur, hereditati deducere, quod sibi defunctus debuit, sed hoc tantum potest bonae fidei possessor. Malae fidei possessor, id est, qui scit hereditatem ad se non pertinere, quam possidet, nec ciuile debitum deducere potest, sed integram hereditatem, & quod ex ea percepit, petitori in assem restituere debet; nec etiam naturale debitum retinet, vt si sit filiusfamilias exheredatus testamento patris, cui pater aliquid debuit naturaliter, & cum quo agat heres scriptus petitione hereditatis, compellet eum filius, id debitum naturale sibi seruare per deductionem; quia nemo actione vlla debitum naturale consequi potest, deductione potest & retentione; sed bonae fidei possessor tantum, nō praedo, quod valde est singulare: vt malae fidei possessor, nec per actionem, nec per deductionem debitum sibi seruare possit, quod tamen iustus possessor sibi seruat. ciuile debitum non deducit praedo, sed restituta hereditate integram habet petitionem sortis, non vsurarum, non poenarum. Si poenale debitum fuerit, puta sub poena sors sit promissa. Nam cohibendarum vsurarum gratia, & poenarum, quae odiosae sunt, dici potest, eum sibi debuisse soluere statim ab initio apprehensae possessionis, atque ita inhibere vsuras, aut poenas. Et sic plane imputat sibi, quod sibi soluere potuerit, nec soluerit, quod ad vsurarum rationem aut poenarum, qui sciebat hereditatem ad se non pertinere, ac passus est procurrere vsuras, quas coercere & sistere potuit. quae est sententia *d. §. sed si ipsi.* Sed animaduertendum & perpetuo memoria

A retinendum, hodie ex constitut. Iustiniani nihil esse discriminis inter deductionem & compensationem, adeo vt his nominibus vti promiscue liceat plerunque: Nam & Falcidia, quae deducebatur olim per exceptionem, hodie ipso iure minuit legata, *l. pen. C. ad leg. Falcid.* Et debitum, quod deducebat olim possessor bonae fidei, conuentus in rem actione, id veluti compensationis iure minuit rem, quae petitur ex constit. Iustin. *l. vlt. C. de compens.* Atque ita compensatio hodie obstat etiam actioni in rem. & in definitione compensationis, secundum constit. Iustin. deberi dicitur non tātum quod debetur actione in personam, quod solum proprie debetur, sed etiam quod actione in rem exequi licet, vt verbum, *deberi*, accipitur in definitione actionis & stipulatione emptę venditę hereditatis. Sed illud manet hodie in actione in rem,

B malae fidei possessorem non habere compensationem, seu deductionem crediti sui, nec ciuilis, nec naturalis, *d. l. vlt. in fi.* dum ait, *possessionem autem alienam perperam occupantibus*, id est, mala fide, *compēsatio non datur*, quod congruit cum *d. §. sed si ipsi.* At bonę fid. possessori datur ipso iure etiam in iudicio in rem. Et omnis deductio, retentio, reputatio hodie fit ipso iure, & compensatio est: & in eo tantum est noua constitutio legis vlt. vt etiam in actione in rem compensatio locum habeat. Nam caetera, quę sunt in ea lege, constant etiam iure veteri. mal. f. possessori vnde petitur aliquid, non dari deductionē vel compensationē, vt iam ostendi ex *d. §. sed si ipsi*, & compensationem fieri ipso iure. Hoc idem obtinuit ante Iustin. & compensationem fieri tantum debiti, liquidi, confessi,

C pręsentis, & in actione depositi cessare compēsationem, redditioni depositi compensationem impedimento esse non posse; quod idem etiam obtinuit olim. Hęc igitur quatuor quae recensui consentiunt cum iure veteri. Illud tantum dissentit, & nouum est, quod vult Iustinianus, etiam in actione in rem compensationi locum esse, in qua fuit tantum deductioni locus. Iustin. eam deductionem vult hodie fieri ipso iure, perinde ac compensationem.

Ad §. dolo fecisti.

Dolo fecisti, quo minus possideres quod ex hereditate ad alienum pertinente adprehenderas. si possessor corpus aut litis

D *aestimationem praestitit, ea res tibi proderit: quia nihil petitoris interest. Caeterum si tu ante conuentus ex praeterito dolo praestiteris, nihil ea res possessori proderit.*

Sequitur §. *dolo.* Cum ostendisset Papinianus in §. *si creditor* qui praecedit, in petitionem hereditatis venire id, quod possessor ex hereditate percepit, nec si tantum ei debuerit defunctus, quantum percepit, id ipsum sibi soluisse aut secum pensasse videri, subiicit in petitionem hereditatis peruenire etiam, quod possessor dolo malo desiit possidere, pręteritum dolum venire, *l. nec vlla §. vlt. de petit. hered. l. sin autem §. sed si is qui, de rei vind.* eumq; dolum pro possessione esse, *l. qui dolo, de regul. iur.* Et si quidem is, qui dolo desiit possidere, eo nomine cōdemnatus praestiterit litis aestimationem, non liberatur possessor, ad quem ea res peruenit. Sed & possessor tene-

E tur petitione hereditatis, si eam rem possideat pro herede, vel pro possessore. Et ratio hęc est, quia qui desiit dolo possidere, poenam sui delicti praestitit, habitus pro possessore, quia non erat possessor, & pendens siue praestans quod solus possessor videbatur debere pręstare. Denique poenam sui doli pręstitit, & poenae exactio non perimit persecutionem rei, sed cedit lucro actoris, *l. 3. §. condemnato, & §. pen. de tab. exhib.* Ergo si heres prius conuenerit eum, qui dolo desiit possidere, non liberatur possessor. Non idem est è contrario: nam si heres prius agat cum possessore eius rei, quam alter dolo desiit possidere, & rem consequatur aut aestimationem, alter liberatur, qui dolo malo desiit possidere, nisi quid amplius eius intersit. Et liberatur non tantum à petitione hereditatis, sed

etiam ab actione in factum ex edicto, *de alien. iud. mut. causa facta.* Nec mihi probatur differentia Accurs. inter hanc & illam actionem, vt hac non liberetur, illa liberetur, quia neutra actione ratione doli pœnæ petitio competit, nisi ei cuius interest. sicut nec actio de dolo, *l. cum quis, de dolo.* Et iam nihil eius interest, cum rem aut æstimationem à possessore consecutus sit, fructus, accessiones, &c. Nec quicquam amplius eius interfit. Et rursus animaduertendum, in eum, qui dolo desiit possidere, dari actionem, tanquam possessorem, licet non sit possessor; & ideo quasi pœnalem, dari, inquam, in eum, non tam odio eius, quam petitoris gratia, ne rem suam amittat: qui si rem suam iam consecutus sit, plane cessat dandæ eius actionis causa. Et in summa, licet exactio pœnæ non perimat rei persecutionem, persecutio tamen & exactio rei perimitur exactione pœnæ, quæ non competit nisi ei cuius interest. Alias pœnæ exactio est etiam ei, cuius nihil interest, vt *l. inter, §. alteri, de verb. oblig.* Sed in hac specie, non est prodita hæc actio quasi pœnalis, nisi in id quod interest actoris. Et bellissime congruit cum hoc §. lex *nec vllam 13. §. pen. de pet. hered.* Cuius sententia hæc est cum supradicta eadem. *Si is, qui dolo desiit possidere ante conueniatur, & præstet, is, qui possidet, non liberatur: contra si is, qui possidet ante conueniatur, & rem præstet, is qui dolo desiit possidere, liberatur à iudicio.* Et inde quæritur in eo §. *pen. an etiam liberetur is, qui dolo desiit possidere, si se priorem possessor liti offerat, dicens se paratum iudicium accipere; & accipiat, necdum rem præstet* Et ait eum, qui dolo desiit possidere, nondum re præstita, hac ratione liberari, nisi petitoris intersit, vt puta, quia possessor sit difficilis conuentu, δύσπρακτος, vel *δυνάστης. grand Seigneur*, vel impar præstando, quibus exemplis Græci vtuntur in eo §. rectissime. Sed eadem saliua eodemve gradu aggrediamur §. *si mandatu*, qui sequitur.

Ad §. si mandatu, &c.

Si mandatu meo Titio pecuniam credidisses, eiusmodi contractus similis est tutori, & debitori pupilli: Et ideo mandatore conuento & damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet. Sed & præstare debet creditor actiones mandatori aduersus debitorem, vt ei satisfiat. Et huc pertinet, tutoris & pupilli debitoris nos fecisse comparationem: nam cum tutor pupillo tenetur ob id, quod debitorem eius non conuenit, neque iudicio cum altero accepto liberatur alter, nec si damnatus tutor soluerit; ea res proderit debitori. quin etiam dici solet, tutelæ contraria actione agendum, vt pupillus aduersus deb:tores actionibus cedat.

§. II. *Si creditor à debitore culpa sua causa ceciderit, prope est, vt actione mandati nihil à mandatore consequi debeat: cum ipsius vitio acciderit, ne mãdatori possit actionibus cedere.*

§. 12. *Si inter emptorem & venditorem conuenerit prius, quam aliquid ex alterutra parte solueretur, vt ab emptione discedatur: fideiussor eo nomine acceptus, soluto contractu liberabitur.*

INtelleximus conuento eo, qui dolo amisit possessionem, non liberari possessorem, conuento possessore liberari eum, qui amisit possessionem. Et hoc in iudiciis in rem, in petitione hereditatis. Nunc in iudiciis in personam idem ostendit Papinianus in §. *si mandatu*, quoties duo eiusdem rei nomine conueniri possunt, id est, quoties à duobus non correis creditum seruari possit, conuento vno non liberari alterum, in duobus casibus, qui proponuntur in hoc §. nec enim in omnib. idem licet colligere, *Accurs. in l. nec vllam 13. §. pen. D. de petit. hered.* Sed in aliis plerisque electio vnius liberat alterum. Hic igitur duo casus explicandi. Prior hic est, pupillus egit tutelæ iudicio culpans tutorem, & arguens negligentiæ, quod debitorem suum non exegisset eo tempore, quo erat idoneus, qui postea factus est pauperior, qua ex causa tutorem teneri constat, *l. 2. C. arbit. tut.* Conuentus tutor

A condemnatus est, & soluit pupillo id, quod ille debuit pupillo, quem non appellauit tutor in tempore, *an liberatur debitor?* minime, quia tutor non soluit nomine debitoris: soluendo nomine debitoris quisque liberat debitorem, *l. soluendo, h. t.* sed soluit tutor suo nomine, damnatus culpæ suæ nomine, atque ita tutor per exceptionem non solum antequam soluat, sed etiam postquam soluit, per contrariam actionem tutelæ consequi potest, vt pupillus cedat actione sua aduersus debitorem. cessio actionis est argumentum non liberati debitoris. Conuento igitur tutore & damnato, non liberatur debitor. Et è contrario, si pupillus conuenerit debitorem, & litem cum eo contestatus fuerit, non continuo liberatur tutor electione debitoris: certe non liberatur, si à debitore pupillus parum,

B aut nihil exegit propter inopiam. Conuentio vnius non liberat alterum. Et alter casus hic est. Finge: Tu mandato meo Titio pecuniam credidisti, me conuenisti, & condemnasti, & solui. Debitor non liberatur, quia solui meo nomine, id est, propter meum mandatum, obligatus ex contractu mandati, non nomine debitoris. Imo tu contraria actione mandati mihi teneris, postquam solui, in hoc vt mihi cedas actionem tuam aduersus debitorem, *l. Papinian. mand.* quæ non posset cedi, si debitor esset liberatus, *l. Modestinus, de solutionib. l. cum possessor, de cessib.* Liberatur quidem debitor per exceptionem, si tu agas, qui pecuniam habes: sed non si ego agam ex cessione tua, quia in rem meam fit cessio mihi, & procuratio ad agendum, non in rem tuam: & è contrario debitore conuento, ego non continuo liberor. Certe non si

C parum, aut nihil ab eo consequi potueris, propter inopiam eius, *l. si quis alicui §. vlt. D. mand. l. 14. de fideiuss.* si ob inopiam, vt dixi, vel difficultatem exigendi hominis: Nam & condemnati plerique sunt exactu difficillimi, puta potentiores. Nam vt subiicit §. *pen.* si conuento debitore vitio tuo acciderit vt nihil ab eo consequaris, puta si vitio tuo & culpa causa cecideris, plus petendo, re, vel tempore, vel loco, vt in *l. Titio 100. §. vlt. de cond. & demonstr. §. si quis ag. Inst. de act. & apud Cassiodorum in Psalmos, Promissa in suo tempore exspectemus, ne dum volumus festinantius exigere, causæ amißione mulctemur.* Si igitur conueneris debitorem, & vitio tuo causam amiseris, ego quoque liberabor, & te repellam exceptione, quod non posis à me exigere quicquam ex contractu manda-

D ti, nisi mihi cedas actionem aduersus debitorem, & vitio tuo factum est, vt non posis cedere: & quod in mandatore, idem in fideiussore & tutore, vt si debitore conuento, in quo exigendo negligẽs fuerat, si vitio suo pupillus causa ceciderit; postea non posit experiri cum tutore, quia non habet actionem, quam ei cedat aduersus debitorem: causam namque amisit vitio suo. Idem, inquam, est in tutore, quod in mandatore, vt scribitur in §. *pen.* Nam vt ostendit §. *si mandatu*, in hac re mandatoris & debitoris principalis comparatio fit semper cum tutore, & debitore pupilli principalis. Ex quo satis intelligitur, quod per se erat obscurisimum. Quod quis nunquam intellexisset sine subiecta interpretatione. Et hodie disputando, si quis ita proponeret, cui non facesseret negotium? Et vt respondeamus legi, *si stipulatus es-*

E *ses, §. vlt. de fideiuss.* quæ opponitur §. *pen.* & nihil præterea, hæc nobis constituenda distinctio & custodienda. Si vitio suo litem amiserit creditor cœptam cum debitore, mandator, aut fideiussor, aut tutor, defendet se exceptione, quod vitio eius factum sit, ne cedere potuerit ei, cum quo agit actione aduersus debitorem: sed si duo sunt mandatores vel duo fideiussores, vel duo tutores, quorum vnum pactione liberauerit creditor, & conueniat alterum, is non se defendet exceptione, quod aduersus collegam ei cedere non potuit actionem, quem ipse vltro liberauit. Sed hac exceptione, quod non ei cedatur actio aduersus debitorem, quæ cedenda est omnino; atque ita ex omni hac disputatione eliciamus hanc conclusionem, solutionem mandatoris, fideiussoris, aut tu-

toris non liberare reum principalem: solutionem extranei liberare, quia hic non soluit nisi nomine debitoris. Illi soluunt suo nomine proprio. §. *vlt.* exposuimus in §. *naturalis, supra.*

Ad l. 1. rem rat. hab.

Cum quis de rato stipularetur, quamuis non idem, sed alius à domino conueniretur, qui conueniri non posset, si ratum habuisset, committi stipulationem placuit, veluti si cum fideiussor, aut alter ex reis promittendi, qui socius est, conuenitur.

Lex hæc, vt fere omnis titulus, est de stipulatione de rato, cuius formula in hoc ipso titulo, in omnibus iudiciis, est in rem, vel in personam, & in præiudiciis, vt *l.* 8. §. *vlt. hoc tit.* id est, cognitionibus de statu, de liberali causa, & in extraordinariis iudiciis, & breuiter in omnib. vt in formula demonstrant hæc verba, *actio, petitio, persecutio.* Actio est in personam: petitio in rem: persecutio extraordinaria. Igitur in omnibus iudiciis, stipulationem de rato aduersario præstat ante litem contestatam procurator, & interdum defensor, vt *l.* 6. *hoc tit.* qui agit vel defendit alieno nomine, siue mandatum præcedat, siue non præcedat, vt apparet ex *l.* 3. *hoc tit.* Ergo etiam præcedente mandato hæc cautio interponitur & exigitur à vero procuratore, aut defensore litis alienæ. Quod ita verum est, nisi dominus litis professus sit, eum se procuratorem fecisse, libello præsidi dato, *libello principi dato,* inquit *l.* 21. *h. t.* sed malim, *præsidi,* vt *l. si quis obrepserit, ad l. Corn. de fals.* Cur enim principi potius, quam præsidi, aut nonne idem si præsidi? An parua hæc res aditionem principis requirit? minime. Idem erit, si literis ad aduersarium scriptis, dominus litis significet, se eum procuratorem fecisse, & ratum se habiturum quod cum eo actum erit, *l. si procuratorem, de procur.* Hoc enim casu, literis eius approbatis, veluti præsentis procurator videtur esse. Præsentis autem procurator, qui olim cognitor dicebatur, non satisdabat de rato. Et recte ait *d. l. si procuratorem, literis eius approbatis.* Necesse enim est epistolam approbari, sicut hodie videmus nihil agi ex chirographo, nisi agnoscatur, nisi adprobetur, *si la cedulle n'est recogneuë,* vt est in *l. qui agnitis, de except. & d. l. si procuratorem,* eo loco, *literis eius approbatis,* & vt indicat *d. l. si quis,* adprobatio literarum fit, si forte eis non subscripserit, subscribente eo ex interlocutione, & præcepto iudicis, postquam recognouit dominus qui ante non subscripsit: *si apres auoir recogneu sa letre, il est contraint d'y soubsigner.* Idem erit, si dominus litis procuratorem fecerit apud acta, *du greffe,* vel in iudicio. Nam & hoc casu superuacua est cautio de rato, *l.* 1. *C. de satisd.* §. *sin autem, Instit. eod.* Alioqui mandatum solum non excludit stipulationem de rato, *d. l.* 3. *hoc tit.* Et hæc stipulatio vel interponitur hoc modo: *rem ratam haberi, rem ratam eum, cuius lis est, habiturum,* vel hoc modo, *amplius eam rem non peti, l.* 14. *hoc tit.* vel, *amplius non agi, l.* 4. §. *Cato, de verb. obl.* vel de vtroque cauetur coniunctim, *rem ratam haberi, & amplius non peti,* vt *l.* 23. *hoc tit.* Et præstatur his quoque modis etiam à domino ipso, maxime trãsigente cum aduersario, vt in *d.* §. *Cato.* Nec enim est de cautione de rato, quam cauit procurator, sed quam dominus ipse cauit, vt *l. inter* §. *si quis stipulatus, fam. ercisc.* M. Tull. pro Roscio Comœdo: *satis non dedit, amplius ab eo neminem petiturum.* qui de parte sua decedit, reliquis sociis integram actionem reliquit: qui pro sociis transegit, satisdat, neminem eorum postea petiturum. Et inter has formulas sane nihil interest, vt constat ex *d.* §. *Cato, & ex h.* In quo auctores promiscue his formulis vtuntur. Interponitur autem ex edicto prætoris. Est ergo prætoria & iudicialis, quia propter iudicium interponitur, ne inane sit, lite contestata à domino, *l.* 1. §. 1. *de præt. stip.* vbi illa verba, *vt ratum fiat,* sunt accipienda de stipulatione de ra-

A to, vt efficiant vnum exemplum stipulationis iudicialis: & aliquo casu hæc cautio est cautio prætoria, siue stipulatio prætoria cautionalis, quæ adhibetur maioris cautionis gratia, vt nouum sit vinculum, noua actio. Et ita potest defendi *d. l.* 1. §. *cautionales.* Recte igitur inter cautionales numeratur, rem ratam haberi, quo scil. casu interponitur in locum alterius actionis, veluti condictionis indebiti, vt in *l. si sine, & l. vlt.* §. *vlt. hoc tit.* Et interim est cautionalis, non prætoria, *l. interdum, hoc tit. & seq.* Nunc videamus quando hęc stipulatio committatur. Sane committitur si postea dominus petat abs stipulatore, qui est procurator. qui prior egit, sibi cauit hac stipulatione. at etiamsi dominus non petat abs stipulatore, sed à fideiussore eius, stipulatio committitur. Quia qui à fi-
B deiussore petit, τῇ δυνάμει, vi ipsa à reo petit, *l. aduersus, de recept.* cum id, quod præstiterit fideiussor, mox sit recuperaturus à reo actione mandati, nisi in rem suam fideiusserit, vel donationis causa. Et eadem ratione hæc stipulatio committitur, si dominus postea petat à correo stipulatoris, qui eiusdem obligationis socius est, *l.* 14. *hoc tit.* Nam & hic vi ipsa videtur à stipulatore petere, quoniam correus actione pro socio ei reputaturus est, quod litis domino exsoluerit, *l. eandem* §. 2. *de duobus reis.* vbi id exposuimus latius, libro 27. superiore. Et in summa, hoc tantum continetur in *h. l.* 1. stipulationem de rato committi, etiamsi dominus non petat à stipulatore, sed à fideiussore eius, vel à correo socio eiusdem obligationis, à quo non posset petere, si ratum haberet. Nam ra-
C tihabitione stipulator à domino liberaretur, & propter consequentias fideiussor quoque & correus ille, qui socius est: non comparatur correus fideiussori, nisi socius sit, *l. si duo, de recept.* Ergo aliud dicendum, si duo rei socij non sint, si socij non sint, si societatem inter se non coierint. Nam vnum si conuenerit procurator, eique cauerit de rato, stipulatio non committitur, si dominus petat ab altero. quoniam id, quod domino exsoluerit alter, nulla actione ab altero repetere potest, cum nulla inter eos sit coita societas. Et ideo quod dominus petit ab altero, qui stipulatus non est, & cum quo procurator non egit, neque τῇ ἐνεργείᾳ, neque τῇ δυνάμει, neque vi, neque re ipsa videtur id petere ab eo, qui stipulatus est, nec fit quicquam contra stipulationem, conuento altero correo, non socio: non omnis correus est socius. Et re-
D ctissime Accurs. hoc loco, nos non vti hac distinctione, vtrum correi socij sint an non, si vice mutua fideiusserint, sed eo casu indistincte verum esse committi stipulationem de rato, siue dominus petat ab eo, qui stipulatus est, siue ab altero, qui stipulatus non est, quia, cum alter alterius sit fideiussor, dum ab vno petit, τῇ δυνάμει, vi ipsa & potestate, ab alio petit, in quem is, quem petit, si soluerit, est regressum habiturus per actionem mandati. Ex quo intelligitur non semper correos videri vice mutua fideiussisse. Certe non nisi id actum sit nominatim, *l. reos, de duob. reis, l. vir vxori* §. *vlt. ad Velleian.* Alioquin nunquam esset locus superiori distinctioni, socij sint, nec ne, si semper viderentur vice mutua fideiussisse, quod ple-
E nius tractatur ad Afric. in *d. l. vir vxori* §. *vlt.* Ad hæc notandum est, vt quoniam diximus de eo, à quo dominus petit, nunc agamus de eo, qui petit postea post litem actam aut susceptam cum procuratore, finitamque. Notandum, inquam, hanc stipulationem committi, non tantum, si dominus petat, aut verus procurator, sed etiam si alius, ad quem res pertineat, puta heres eius vel successor, nisi id aperte actum sit; vt quis omitteretur, nimirum stipulatione de rato concepta, non in personam domini, sed in rem, quod tamen fit perraro, vt in *l. si sine* §. *si in stipulatione, hoc tit.* Imo, non tantum si alius petat iuris successor. sed etiamsi rei successor, veluti emptor, cui dominus litis vendiderit rem & tradiderit. Nam & tunc eius rei petitio est, si possessionem amiserit, vel si vacuam non obtinuerit. Ergo, etsi emptor petat, qui à domino rem nactus est, stipulatio committitur, *l.* 16. §. *vlt. hoc tit.* Et so-

lemne est in hac stipulatione adiici, non petiturum eum, cuius de ea re actio, petitio, persecutio sit generaliter. quę verba comprehendunt multas personas, vt *l. 23. h. t.* M. Tull. in Bruto: *non solum a te cauero, neminem, cuius petitio sit, amplius petiturum*. Quamobrem hæc stipulatio non committitur, si is postea petat, qui petitionem non habet, vt falsus procurator, *d. l. 23.* Et postremo notandum est, hanc stipulationem quoquo modo concepta sit, etiamsi dominus ratum non habeat, repetere velit, si in ius vocet, si exigat cautionem iudicio sisti, non committi stipulationem, antequam petierit, id est, antequam contestatus litem fuerit, *l. 8. in fin. & l. 15. hoc tit.* & aliud esse committi stipulationem, aliud agi ex ea stipulatione posse. Committitur stipulatio vel peccat, vt ait *d. §. Cato*, cum quid in eam committitur, vel peccat, id est, (vt ad exitum rei spectem?) cum incipit ex ea stipulatione deberi, licet nondum agi possit: debetur sæpe id, quod nondum peti potest, *l. 7. vt leg. nom. cau. l. si dies, quando dies leg. & §. omnis, Inst. de verb. obl.* Stipulatio de rato committitur, si dominus petierit eandem pecuniam. Agi autem ex eo potest, quantum interest. Actio ex stipulatione in id datur, si dominus non petierit tantum, sed etiam exegerit aut litem peregerit, licet nō obtinuerit. Nam & hoc casu agi potest in procuratorem, ad impendia in litem facta, quæ à domino qui victus est, victor seruare non potuit, *l. si sine §. Marcellus, hoc tit.* Vno casu, qui valde notandus est, ex hac stipulatione agi potest statim, id est, antequam dominus quicquam soluerit: vt puta si quis per ignorantiam, vel errorem procuratori soluerit indebitam pecuniam sine iudice (nam soluti ex sententia iudicis condictio non est) & acceperit satisdationem de rato, etiam, antequam dominus quicquam petat, aget ex ea stipulatione is, qui soluit & stipulatus est, vt scilicet sciat, cui debeat condicere pecuniam, quam soluit indebitam per errorem, vel ignorantiam, vtrum domino si ratum habeat, an procuratori, si ratum non habeat, vt possit dignosci vtri debeat condicere, quod eleganter ostenditur in *d. l. 16. h. t.* Et quod notandum, in hoc casu non agitur ex hac stipulatione in id, quod interest, sed hactenus tantum vtiliter promissori dominum exponere sententiam suam, & vel ratum habere, vel retractare actum procuratoris, vt proinde sciat vtri debeat condicere pecuniam indebitam. Aget duntaxat hoc casu, vt est in Basil. ἀναγκάσῃ, vt curet dominum ratum habere, & domino improbante actum, procurator tenebitur condictione indebiti, qui non teneretur, si stipulator non ita properasset agere ex stipulatione, sed exspectasset, quoad dominus ab eo eandem pecuniam peteret; quo casu procurator non teneretur stipulatori condictione indebiti, sed in id omne quod interest, quia interposita stipulatione id videtur actum, vt stipulatio succederet condictioni, vt magis esset actio ex stipulatione, quæ est strictior quam condictio, quæ est ex bono & æquo, *d. l. si sine, & l. vlt. §. vlt.* sicut pecunia credita interposita stipulatione, id agitur, vt sit actio ex stipulatu, non si certum petetur, *l. 6. §. vlt. de nouat.* Alioquin valde pugnaret l. 16. *hoc tit.* quæ domino ratum non habente ait, teneri procuratorem condictione indebiti, cum *d. l. si sine*, quæ hoc negat.

Ad l. 77. de reg. iur.

Actus legitimi, qui recipiunt diem vel condictionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, serui optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. nonnunquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt. Nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio exstiterit. quæ si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.

A

B

C

D

E

Residua est l. 77. ex libro 28. quæ est varia & multiplex, & multo respersa puluere ab interpretibus. *Actus legitimi* sunt, qui in iure peraguntur solemnibus verbis, & solemni ritu atque ordine iuris. melius detraxeris illa *solemnibus verbis*: Nam pleraque fiunt solemnibus verbis, quæ non sunt actus legitimi. Stipulatio fit solemnibus verbis, & tamen non est actus legitimus quamuis fiat iure. Magis igitur actus legitimus fit, qui in iure peragitur solemni ritu, & ordine iuris, & actus solemnes qui peraguntur cum obseruatione, & religione multa in iure, id est, apud magistratum vel principem. Omne scilicet genus actus legitimi sunt legis actiones, quæ in iure peraguntur, & certe idem sunt legis actiones, & actus legitimi. Sed hac appellatione quandoq; posteriores interpretes abusi sunt, vt liceat mihi per abusionem, καταχρηστικῶν, quicquid iure agitur, appellare actum legis, actum legitimum. Et ita *l. pen. C. de hæretic.* testimonij dictionem vocat actum legitimum, non quo sensu dicitur *in h. l.* sed vt eadem lex interpretatur, conuersationem legitimam, conuersationem forensem. quod si proprie accipiamus actum legitimum & precise, testimonij dictio non est actus legitimus. Si quis hoc proponeret, rem inopinabilem videretur proponere, veram tamen. Sicut autem denuntiatio testimonij, nec vlla alia denuntiatio, est actus legitimus. non denuntiatio noui operis, quæ fit ex edicto, non denuntiatio applicanti se ad ancillam meam, quæ fit ex Senatusconsulto Claudiano. Igitur in hanc l. perperam adducitur *d. l. pen. C. de hæret.* quæ actum legitimum cum dicit, non dicit legis actionem, quæ peragatur in iure, legitima obseruatione, religione modoque. Et falsum est etiam in *l. 2. §. deinde ex his legibus, de orig. iur.* definiri legis actiones hoc modo: *Quibus inter se ciues disceptant ex XII. tabul. veluti finium regund. vindicatio, furti, iniuriarum, quas certas & solemnes esse voluerunt.* Certas ad numerum pertinet, *l. quia actionum, de præscript. verb.* Solemnes pertinet ad verba. Si definit ita legis actiones: hæ igitur solæ sunt legis actiones. Atquin non definit recte, quia has actiones XII. tabul. proditas, quibus homines inter se disceptant, ait appellari legis actiones. Sed non has solas: sunt aliæ multæ legis actiones, nec minus complectitur legis actionis, quam actus legitimi nomen. Enumerantur in hac lege quinque, *mancipatio*, &c. Mancipationis verbo significatur imaginaria alienatio, & comprehendit multa, veluti mancipationem familiæ, quæ fiebat in testamentis per æs, & libram, vt ex Vlpiano constat & Theop. & mancipationem, quæ fit eodem modo per æs & libram, siue nexus dationem ex causa donationis, vel venditionis, vel noxæ deditionis, vel ex causa solutionis, vel ex alia quacumque causa transferendi dominij. Comprehendit etiam mancipationem filij, quæ fit à patre, cum dat eum in adoptionem alteri, *l. vlt. C. de adopt.* Tertul. in *Apol. adoptandos melioribus parentibus mancipato*: vel quę fit, vt omnino filius fiat sui iuris, *l. 8. § vlt. de ini. rup.* vbi Florentini recte *emancipatione*. Et hæc nominatim dicitur legis actio in *Nou 81. l. 4. de adopt.* notum est omnibus, quæ sint alia quatuor. Quid sit acceptilatio? *c'est quitter sans auoir rien receu*: quid sit etiam aditio hereditatis, quid serui optio, puta cum quis legauit mihi seruum, quem optarem ex sua familia. Ea serui optio legis actio est, id est, qui eam peragit, lege agit. Quid sit etiam tutoris datio, notum est: sed hereditatis aditionem trahi volo etiam ad cretionem, quæ tamen hodie est sublata. Et serui nomen trahi volo ad aliam quamcumque rem, cuius optio legata sit. Et tutoris dationem accipi volo de ea, quæ fit decreto magistratus ex inquisitione, solemniter accersitis amicis pupilli, & optimis viris qui sunt in ciuitate, ex quibus magistratus optat quem vult. Et tutoris datio, tutoris optatio est, quæ si fiat testamento, iure quidem fit, sed non est actus legitimus, & testamento etiam non datur tutoris optio cuilibet, nec à quolibet, sed à viro tantum mulieri (quoniam mulieres erant in perpetua tutela) vt post mortem

viri, in cuius manum conuenerat mulier, & interim sine A tutore fuerat, quia in manum conuentio mulierem soluit tutela (Terent. *amicum,tutorem patrem*) vt,inquam, post mortem viri optet sibi tutorem quem volet, vt intelligere licet ex Liuio 39. cum de Hispala scribit, quæ detexit Bacchanalia. Pupillo optio tutoris daretur inutiliter, cuius nullum iudicium est, & daretur tantum vtiliter à patre, in cuius potestate est pupillus. Igitur actiones illæ, quibus inter se ciues disceptant, sunt actus legitimi, sunt legis actiones 12. tabul. quibus inter se disceptant, disceptante ipso quoque iudice: nam disceptare, est commune verbum reorum & iudicum, *l. 3. C. de recept.* atque etiam lege agere, est commune reorum & iudicum: imo & lictorum aut viatorum, siue apparitorum: nam & lictor lege agere dicitur, dum exe- B quitur rem iudicatam ex præcepto magistratus. Qua de causa, executiones lictorum possunt etiã numerari inter actus legitimos, sed vt dixi, non hæ solæ sunt legis actiones, sed & hi quinque actus, qui recensentur in hac lege: Et adoptio omnis, cum à Theoph. definiatur, πρᾶξις νομίμη, actus legitimus & etiam legis actio dicitur, & *l. 1. C. eod. l. 3. de offic. proconf. & l. 4. de adopt. actus legitimus*, & etiam legis actio dicitur. Et manumissio quoque, quæ fit per magistratum, legis actio est, *l. 2. de offic. proconf.* non quæ fit testamento, non quæ censu vel alio modo, sed quæ fit apud magistratum, vel per magistratum: hi soli actus sunt legitimi, qui fiunt apud magistratum, vel per magistratum, id est, à magistratibus. Vt adoptio similiter, quæ fit imperio magistratus aut principis, non quæ fit testamento, quæ etiam iure non fit & indiget confirma- C tione. Et mancipatio quoque omnis siue nexi datio, fiebat in iure, id est, ad sellam prætoris vel præsidis. Et similiter hereditatis aditio sicut repudiatio, *l. suus, & l. si cut, C. de rep. hered.* Et serui optio similiter in iure, & hæc erat præcipua solemnitas vt non passim fieret, sed in iure: nam sicut ad adeundam hereditatem, ita & ad adoptandum diem decernebat prætor vel præses, *l. 6. l. si optio, de opt. leg.* Et acceptilatio in iure quia fit per nexi dationem & per æs & libram definitur nexu solutio, *l. 1. de acceptilat.* Et cessio in iure similiter, vt acceptilatio ipsa ostendit, quæ & legis actio dicitur à Caio in *Instit.* vt retulit Boëtius in Topicis. Hos solos actus ausim appellare legitimos, & legis actiones, quos inuenio ita appellari: & non ausim alios adiicere, quos nusquam inuenio D sic appellari, alioquin vnum si super adiicerem, sane paulatim adiicerem omnes, vt omnes inducunt, qui scribunt, actum legitimum esse vsurpationem, & procuratoris dationem, quam constat fieri nudis verbis, non solemnibus, & mancipationem testamenti, & stipulationem, ergo & omnem contractum, quia stipulatio est conclusio omnium contractuum, *l. si dominus, de præscri. verb.* Si omnem contractum, quem non actum igitur? quid enim non venit contractus nomine? Et eadem licentia adiiciunt iusiurandum, & vadimonium, id est, promissionem iudicio sistendi causa factam, & satisdationem omnem, & comperendinationem ex iure veteri, & addictionem in diem, quæ est pactio quædam venditionis. Si non sunt E actus legitimi, non etiam tutoris auctoritas, qua interposita pupillus contrahit aut paciscitur. Alioquin omnes actus sensim facerem legitimos, & ex his quod quædam fiant verbis solemnib. non ideo sunt actus legitimi, non quodcumque fit verbis solemnibus, non quodcumque fit testib. præsentibus est actus legitimus. Hoc habent commune actus legitimi cum aliis multis, qui non sunt legitimi, licet iure agantur, & in ipsis actibus legitimis, & legis actionibus solemnia verba hodie pro dictis habentur, *l. manumißio, de manumiss.* manumissionem valere, etiamsi lictor omiserit solemnia verba, quod non in libertate est recipiendum tantum fauore libertatis: sed generaliter in omnibus actibus legitimis, solemnium verborum omissionem, nihil nocere hodie, cum omnia extra ordinem agantur, non obseruata conceptione formularum. Ex his quoque quæ negaui esse actus legitimos, quibusdam recte adiicitur & dies & conditio. In diem recte fiunt & conditionem, vt stipulatio & addictio in diem, & alia quædam. Atqui omnis actus legitimus momento temporis perficitur, nec capit dilationem ex die, vel conditione. Et in hac l. non est legendum negatiue, quasi sint alij actus, qui recipiant, sed affirmatiue vt Florentiæ, id est, quibus aperte & nominatim dies vel conditio adiicitur. tacite recipiunt diem vel conditionem, sed non aperte, non nominatim. Imo qui recipiunt diem vel conditionem tacite, in totum vitiantur. Acceptilatio, cui adiicitur dies vel conditio, vitiatur, *l. 4. & 5. de accept.* in totum, quia scilicet nec valet vt pactum, *l. 8. eod. tit.* nec potest sustineri exceptione pacti, quasi acceptilationi inutili insit pactum de non petendo, sicut constitutio seruitutis, quæ fit ex die vel conditione, ipso iure est inutilis, sed non vitiosa in totum, quia sustinetur exceptione doli vel pacti, *l. 4. de seruit.* quæ vitiaretur in totum, si esset actus legitimus: Nam adscriptio temporis certi vel incerti in totum vitiat. Igitur acceptilatio non valet vt pactum, mancipatio similiter non valet vt traditio, quæ non est actus legitimus, & fit quocumque modo. hereditatis aditio etiam vitiatur in totum, quæ recipit conditionem, *l. eum cui §. vlt. de acquir. hered.* Ergo nec sustinetur vt agnitio, quæ fit quocumque indicio voluntatis. serui optio non valet, vt electio quælibet. Tutoris datio, quæ per magistratum fit, etiam non valet in totum, *l. muto §. 1. de tutel.* Igitur nec sustinetur vt datio curatoris, quæ fit qualitercunque, nec adeo subtilis est vel solemnis. Idem omnino dicemus in adoptione, *l. 34. de adopt.* & in manumissione, *l. pen. de manum. C.* & in cessione in iure. Et tandem ita concludamus. Qui actus legitimi aperte recipiunt diem vel conditionem, in totum vitiantur, non vitiantur, si eam recipiant tacite. Et hac ratione in *l. pen. C. pro soc.* definitur, societatem recte contrahi sub conditione, quia scilicet videtur interuenisse mancipatio & induxisse communionem bonorum, sed tacita, *l. 1. pro soc.* licet loquatur de traditione tantum. Et similiter acceptilatio recipit diem, vel conditionem tacite, vt si accepto feram, quod mihi debes sub conditione. acceptilationi tacite inest conditio, si conditio exstiterit, id est, si mihi debere cœperis, vt *l. 12. de acceptil.* Et manumissio quoque, si id agatur tacite, vt qui manumittitur apud magistratum, vtique liber non fit ante mortem domini, *l. mortis, sup. de manumiss.* Summa est, κεφάλαιον: Actus legitimi in totum vitiantur, qui recipiunt diem vel conditionem expresse, non etiam qui recipiunt tacite, vt multis aliis partibus iuris dicitur, expressa nocent, tacita non nocent, *l. expressa, h. t. l. nonnunquam, de cond. & dem. l. si ita legatum §. 1. de leg. 1. l. si quis Sempronium, de hered. instit. & l. si vnus §. illud, de pact.* Illud notandum, quod diximus legi recte Florentiæ, *qui recipiunt*, sine negatione: nam oportet ita accipere vt recipiant non quidem iure, sed facto ipso. Ergo actus legitimi sunt legis actiones, quæ in iure peragi solent, id est, ordine iuris, veluti actiones ex 12. tab. quibus aduersarij inter se litigant, & executiones lictorum, quæ fiunt imperante magistratu, & mancipationes, adoptiones, acceptilationes, & hereditatis cretio, seu aditio, & serui vel cuiusuis alterius rei optio, & tutoris datio, optioque facta à magistratu, & manumissio facta lictoris, & magistratus interuentu, & cessio in iure. Neque igitur solæ hæ sunt legis actiones, quib. inter se homines disceptant, nec ita definitur in *l. 2. §. deinde ex his legibus, de orig. iur.* sicut Caius enarrata formula cessionis in iure, subiicit, *idque legis actio vocabatur*, id est, iusta, vt Boët. refert. Sane non definit legis actionem. Quos autem commemoraui, scio legitimos actus: has legis actiones nescio. nec addo alias, quam quas inuenio eo nomine appellari, ne paulatim crescente aceruo, omnes actus, qui iure fiunt, actus legitimos faciam, seu legis actiones, quas alia mente alioque sensu & abusu possum dicere actus legitimos. legitimi actus peraguntur solemnibus verbis, & testibus

testibus præsentibus, sed hoc habent commune cum aliis plerisque non legitimis. Proprius ordo actuum legitimorum hic est, vt fiant in iure, deinde vt in totum vitientur, si aperte recipiunt diem vel conditionem, non si tacite. Qui aperte recipiunt diem vel conditionem, nec vitiantur, non sunt legitimi actus. Acceptilatio igitur in totum vitiatur, si recipiat expressam conditionem, non si tacitam. Et manumissio similiter, *l. mortis, de manumiss.* & tutoris datio facta à magistratu, §. 1. *de Attil. tut.* Et mancipatio igitur, expressa scilicet, recipit tantum tacitã conditionẽ vel diem: mãcipatio tacita recipit etiam expressam conditionem sine vitio, veluti contracta societate sub conditione, *l. pen. C. pro socio.* quia tacita mancipatio interuenisse videtur, *l. 2. pro soc.* Quod & generaliter de omnibus actibus legitimis dici potest, vt expressi vitientur expressa conditione, non tacita: taciti, vt nec vitientur expressa, nec tacita conditione, nec die. Est etiam hoc proprium actuum legitimorum, vt non iterentur, vt fiant semel tantum. vt aditio hereditatis fit semel, *l. si solus* §. *vlt. de acquir. hered.* optio serui semel, *l. 5. de leg.* 1. vt non possit retractari. Seneca controuersia 24. *Non oportet amplius tibi quam semel optare.* Et subiicit rationem, *omnis nimia potentia saluberrime breuitate constringitur.* Et ita tutoris datio fit semel, nec iteratione opus. Adoptio non iteratur, nec iusta libertas, *l. 2. C. de manumiss. vind.* Latina libertas fit quidem iteratione iusta & legitima, iusta nunquam iteratur. Dices, filium trina mancipatione, & manumissione fieri sui iuris, iuxta l. XII. tab. *si pater filium ter venum dedit*, sic legendum apud Vlpian. *filius à patre liber esto.* Et rursus filius trina mancipatione, & bina manumissione à patre alij in adoptionem datur, *l. vlt. C. de adopt.* Ergo mancipatio iteratur, manumissio iteratur, actus legitimus iteratur. Dicam hoc ideo fieri, quia filius reuertitur in potestatem patris post primam & secundam manumissionem ipso iure antiquo. si seruus, cui dedi libertatem iustam, millies reuertatur in potestatem meam, millies eum manumittam. Si non reuerteretur, vna manumissio conficeret rem. Dices rursus, actionem pro libertate, quam constat numerari inter legis actiones, & potuisse etiam intendi per alium quemlibet, vt est in titulo, *de his per quos ag. poss.* 4. *Instit.* & ita *Liuius* 3. In his, quæ in libertatem asseruntur quiuis lege agere potest. Dices hanc actionem ter quaterque iterari, *l. 1. C. de adsert. toll.* ergo legis actio iteratur. Dicam cæteras assertiones, siue actiones in libertatem, esse perfusorias, quæ fiant dicis causa. Sic Suetonius vocat in Domitiano. postremam tandem rem peragere, nec denuo idem post eam agi posse. Est etiam hoc proprium actuum legitimorum, vt eorum solemnitas non possit peragi per procuratorem. Acceptilatio non fit per procuratorem. Inuentum tamen est remedium, quo adhibito etiam per procuratorem acceptilatio fiat, non procuratorio nomine iam, sed proprio, nempe remedio nouationis. Primum procuratori mandabo delegato debitore meo, vt stipuletur sibi dari, quod is mihi debet, ac ita nouet obligationem. Deinde ipse poterit debitori acceptum facere suo nomine: vel si ego debeam, primum mandabo, vt expromittat pro me, id est, vt nouet obligationem, eamque in se suscipiat, atque ita me liberet. Deinde ipse poterit accepto liberari. ego liberabor nouatione. ille acceptilatione: sed & sine mandato hoc modo liberabor nouatione. gestor, qui vltro expromisit, acceptilatione ex sententia *leg. 13. §. tutor, de acceptilat.* secundum quam non accipienda est lex 3. *eod. tit.* vt acceptilatione liberare, aut liberari nemo possit per procuratorem sine mandato, id est, quin præcedente mandato ei sit ante permissum nouare obligationem: nam sane hoc remedio non potest per procuratorem, etiamsi speciale mandatum habeat, fieri acceptilatio, nec vlla est causa mutandorum illorum verborum, *sine mandato*, quæ retinent Basil. ἄγευ

A ἐντολῆς. Et male in hanc quæstionem, *an per procuratorem acceptilatio potest fieri* adfertur *l. penult. eiusd. titul.* quę de seruo loquitur, non de procuratore: sed per seruum accepto liberamur, *l. species, eod. tit.* non per procuratorem, non præcedente nouatione. Contra per seruum debitor noster, nec iussu nostro accepto liberatur, *d. l. pen.* quia edictum *quod iussu* pertineat ad contractus, non ad liberationes, *l. si dubitet* §. *vlt. de fideiuss.* Sed de acceptilatione hactenus. Aditio hereditatis non fit etiam per procuratorem, *l. per procuratorem, de acq. hered.* nisi sit procurator Cæsaris siue rationalis, vel catholicus, vt dixere posteriores, *l. 1. de off. proc. Cæs.* Et similiter manumissio non fit per procuratorem, *l. 3. C. de manumis. vind.* nisi sit procurator Cæsaris, *l. bonorum, de iur. fisc.* Sed hæc remediis quibusdam per procuratorem

B fient, & manumisso seruo procuratori ante mancipato per æs & libram, & aditio hereditatis procuratori ante cessa hereditate in iure, quæ ceditur recte, & antequam adeatur vt Vlp. in fragmen. fiduciaque interposita eius restituendæ. Et regulæ quoque eius legis remediis quibusdam occurrunt, puta actibus legitimis absolute perfectis & pure, & eo acto tacite, vt non sortiantur effectum ante diem vel ante impletam conditionẽ, *d. l. mortis.* Quo genere quælibet dies, siue conditio non inutiliter inseretur, aut sustinebit actuum legitimorum effectus. Actiones autem illæ, quibus inter se homines disceptant, etiam iure antiquo, (quod in desuetudinem abiit, nam litigamus per procuratores) non potuerunt intendi vel excipi per

C procuratorem. nemo potuit per procuratorem lege, aut legitimo iudicio agere, nisi pro patria, & pro libertate, vt ante notaui ex Liuio, & pro tutela: & in casu legis Hostiliæ, *d. tit. de his per quos ag. poss.* Qui locus est singularis, maxime de lege Hostilia. Et hoc est, quod ait lex *nemo, hoc tit. Nemo alieno nomine lege agere potest*: est enim regula iuris antiqua, non noua, secundum tit. qui est *de regulis iuris antiqui*, & est ea regula sic accipienda, non tantum, vt non possit aduersarius lege agere per procuratorem; sed etiam vt magistratus æque non possit lege agere per eum, cui mandauerit suam iurisdictionem, *l. 2. de off. procons. l. nec mandante, de tut. & curat. dat.* Lege agere est commune reorum vel magistratuum, & neutri lege agunt per mandatarium, sed per se. Et iure antiquo procuratores dantur ad administrandum, non ad agendum.

D Male autem quidam hac ratione quod nemo posset lege agere alieno nomine, patrem non posse filij nomine agere querela inofficiosi testamenti materni, *l. Pap. in prin. de inoff. test.* cum ea lex non dicat id fieri hac ratione iuris antiqui, sed alia ratione, *quia filij*, inquit, *iniuria est.* Ac præterea dicit inuito filio non posse, volente igitur potest. Atqui procurator ne volente quidem aut mandante domino, agere iure antiquo potest. Porro idem etiam censendum de mancipatione, vt non fiat per procuratorem per æs & libram, cum nec fiat acceptilatio, quæ æque fit per æs & libram. Idem & de optione serui, vt non fiat per procuratorem, sed per ipsum legatarium. Nam optionem serui non est dubitandum esse actum legitimum, cum & fiat pure & præcise, & semel, & prętore

E decernente diem ad optandum, sicut ad adeundum. & sicut filius non adit iniussu patris, ita nec optat, *l. 10. de leg. 1. l. 15. de liber. causa.* Et fit ea optio solemniter pręsente herede. Ac proinde non fit ante aditam hereditatem, *d. l. 10.* & publice, exhibita vniuersa familia, *l. 3. §. item si optare, ad exhib. l. si vendidero* §. *ad exhibendum, de furt.* & in iure certis, vt opinor, verbis, & testibus pręsentibus. Ergo & per se, & non per procuratorem. Et pessime quidam per procuratorem fieri posse, ex *l. pen. de opt. leg.* quod ibi fiat per matrem legatarij. Nolumus vos data opera Iurisconsulti verbo circũscribere, cum matri optio permissa sit in ea lege nominatim iudicio testatoris. Legauit filio seruum, quem vel filius vel mater eius optaret. Quęri posset, an symbola, quę interueniebant in actionib. legitimis, sint eorum propria? Sane non sunt propria, nisi

abusu quodam, quia non his solis sunt propria. Quo abusu solẽnia verba, & testes licet dicere esse propria actuum legitimorum, quod omnibus, quæ sub ea appellatione continentur, sunt propria, quæ tamen non his solis adhibentur, sed & stipulationi cuilibet, & multis aliis negotiis. in mancipationibus, & acceptilationibus fuit symbolum æs & libra. in manumissionibus fuit symbolum fidei religiose obseruatum, *l. vlt. C. de emancip. lib.* Græci ῥαπίσματα dixere: symbolum autem illud fuit alapa, & alio modo Salapittæ, in Glossis vett. & apud Arnobium. In aditionibus hereditatum pro symbolo fuere percussiones digitorum, vt Cic. est auctor in *lib. de offic.* hoc enim signo significantur se agnoscere hereditatem, se poscere bona sibi delata, quomodo etiam solebant vt ex Martiale colligere licet, poscere matellam. Petronius Arbiter: *digitos concrepuit: ad quod signum matellam spado* B *suppofuit.* Omnium verisimile est reliquorum interuenisse propria symbola.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXIX. Quæstionum Æmilij Papiniani.

C

Ad l. 6. de vsuris.

Cum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur, & vsurarum quæstio moueretur, Imperator Antoninus adeo soluendas vsuras indicauit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore præstitisset.

§. 1. *Imperator quoque noster Seuerus filiæ Flauij Athenagoræ, cuius bona fuerant publicata, de fisco ideo numerari decies centena dotis nomine iussit, quod ea patrem præstitisse dotis vsuras allegasset.*



Libro XXIX. initium dabit *l. 6. de vsur.* Cuius quæstio est in vsu sæpe. Sciendum ex contractu filij famil. vel serui, patrem vel dominum D teneri actione de in rẽ verso, id est, de eo quod filiusfamil. vel seruus patrem vel dominum locupletiorem fecit, & vere facere voluit: nam vt sit actio de in rem verso, necesse est vt voluerit negotium gerere domini, vel patris. Tenetur ergo pater de in rem verso ex contractu filij, & dominus ex contractu serui, id est, de eo quod dominum locupletiorem facere voluit & fecit. In qua actione veniunt etiam vsuræ pecuniæ versæ in patrimonium patris vel domini, si in stipulatum deductæ sint, non etiam si promissę non sint, *l. si pro patre §. sed vtrum, de in rem verso.* Et constat etiam hac actione teneri heredem patris, vel domini, ad quem ob eam rem locupletior hereditas peruenit. Et ita Papinianus notat de in rem verso agi in heredem patris vel domini. Nunc finge: Agit creditor de in rem verso cum herede patris vel domini, & E petit non tantum sortem principalem, sed & vsuras: sed vsuras sortis versæ in rem patris vel domini, non constat eas promissas fuisse, sed hoc tantum, patrem creditori præstitisse longo tempore. Quæritur, *an etiam heres patris vel domini eas præstare debeat, quoad integram sortem exsoluat?* Et sane, si non probet soluisse indebitas vsuras patrem vel dominum, exemplo patris vel domini, cui heres exstitit, deficientibus aliis probationibus, cogetur ex more descripto eius pecuniæ vsuras præstare. Et ita refert Papin. Imp. Antoninum iudicasse. Longam igitur præstationem patris argumentum esse vsurarum debitarum, etiamsi de stipulatione non constet. Solutio vsurarum argumentum est sortis. Et sicut omnia videntur solem-

A niter acta, si quis scripserit se accepisse, id est, præsumitur solemni ritu facta stipulatio, *l. sciendum, de verbor. oblig.* ita videntur omnia solemniter acta, si soluerit veluti ex promissione sua, nec probet se soluisse indebitum per errorem. Et hoc est, quod proponit priori parte. Huic obiicitur *l. creditor, C. de vsur.* quæ l. ait, vsurarum obligationem non constitui sine stipulatione, quod est certissimum in credita pecunia, neque ex pacto facto in continenti stipulationem acquiri; Porro vsurarum obligationem non constitui sine stipulatione, etiamsi aliquo tempore ex consensu, vel ex voluntate eius, qui eas præstitit, vel ex pacto præstitæ sunt. Præstatio illa sola vel diuturna non potuit obligare, cum tamen ex pacto solutæ, quia natura debentur, *l. in his §. Imperator de solution.* non condicuntur, nec in sortem imputantur, *l. 3. C. de vsur.* Sed nec in posterum petuntur à creditore, quod ei sint præstitæ in præteritum tempus, pręstatio præterita non est idonea causa gignendæ obligationis quæ nulla fuit, etiamsi pactum præcesserit: nam neque ex pacto, neque ex longa præstatione & continua annorum aliquot nascitur obligatio. Et idem est scriptum de operis libertorum in *l. operis non impositis, de oper. libert.* Si libertus patrono aliquo tempore ex sua voluntate præstitit certas operas, quas ei non imposuerat patronus, & quas ipse nunquam ei promiserat, certe non ideo perseuerare cogitur in his præstandis. Idem est scriptum de qualibet pensione, *l. si certis annis, C. de pact.* Tu certis annis ex pacto conuento mihi præstitisti pensionem aliquam, quam non poteram te cogere, vt præstares, cum ex pacto non sit actio, an igitur quod eas præstiteris ex pacto, quod pacto obtemperaueris, & sequentibus annis te compellam, vt fidem impleas pacti? Minime: quia nulla subest obligatio. ergo nulla coactio est mihi, nec ex præstatione annorum aliquot potest duci vlla obligatio atque constitui. Hi tres loci obiiciuntur huic decreto siue rescripto Antonini Imperatoris. Sed his omnibus est facile hoc modo respondere. non sunt adferendæ tres aut quatuor rationes quas Accursius attulit: sed dicendum est, longam pręstationem sortis vel vsurarum, siue fiat in solidum, siue pro parte, quotannis, vel quot mensibus, non constituere obligationem, quæ fuit initio: consuetudinem pensitationis indebitę, non constituere debitum, vt qui præstitit ante & deinceps post pręstare cogatur, quasi obligatus. Sed quamuis hunc effectum non habeat solutio, siue pręstatio, siue pensitatio longa, habet tamen alios effectus, & primum, vt inducat tacitum pactum, quod non est inducere obligationem, vt in specie *l. qui semisses, hoc tit. & l. 5. & 8. C. eod.* Tu promisisti mihi maiores vsuras, & aliquot annis mihi pręstitisti minores, nec expostulanti: tacite videtur conuenisse, ne peterentur maiores. At si post petam maiores, me repelles exceptione taciti pacti. longa igitur pręstatio tacitam pactionem inducit. Est & alius effectus, vt prębeat pręsumptionem & argumentum certissimum obligationis, si de ea dubitetur pactum præcesserit, an stipulatio. vsurarum ex longa pręstatione debitarum, ex longa pręstatione pręsumam pręcessisse stipulationem, nec debitorem fuisse adeo supinum: vt mihi diu pręstiterit indebitas, videlicet non probantem fuisse indebitas & solutas per errorem. In dubio igitur non induces obligationem, sed pręsumptionem obligationis, quæ habetur pro probatione, & sufficiat iudici, vt & Imperatori in hac specie sufficit. Et tertius effectus hic est, vt si fuerit obligatio ab initio, & hoc constet, longa pensitatio eam perpetuet, producat, vt in specie alimentorum relictorum testamento vel codicillis, *l. 1. C. de fideic.* Mihi sunt relicta alimenta testamento vel codicillis, & hoc constat, hoc probo, cui fuerint relicta. non ambigitur, an debeantur, sed queritur, vtrum in perpetuum, an ad tempus debeantur. Porro mihi fuere pręstita per multum temporis, id est, non minus quam triennio. lex ait, ex

hac præstatione triennij duci coniecturam perpetui debiti, nisi probet heres alimenta fuisse relicta tantummodo in triennium. Et obseruandum in *d. l. multum tempus* accipi pro triennio, & triennium accipi pro multo tempore. si petantur vsuræ quasi promissæ, quæ præstitæ sunt triennio, & in posterum præstentur, nisi probes non deberi; vbi præsumptio pro me facit, tibi incumbit probatio, in qua si deficis vincit præsumptio, & ita multos annos accipi conuenit in *d. l. qui semisses, & l. 5. C. de vsur.* maxime cum *l. 8. eod. tit.* in eadem specie non exigat numerum annorum, vt non male Græci velint illo loco, vel vnicam præstationem vsurarum minorum sufficere, vt quis per exceptionem pacti taciti liberetur à maioribus, quod *d. l. 8.* non exigat numerum annorum, vel vnius anni satisfactio pro pactione est. Et quod ponitur in *l. 5.* per certos annos fuisse præstitas minores vsuras, ex pacto proponitur. in præscriptione tamen fateor exigi 10. annos, vt colonus scilicet vindicet in libertatem. repelletur exceptione huiusmodi, quod longo tempore, id est, 10. annis præstiterit reditus, atque quasi colonariæ conditionis homo, quo iure vtimur hodie, *l. litibus, C. de agric. & censit. lib. 21.* Eaque ratione conficiuntur antapochæ, *vne contrequittance*, in *l. plures, C. de fide instrum.* quibus probat creditor, sibi solutam pensionem fuisse. Apocha creditor profitetur pecuniam sibi solutam fuisse. Antapocha autem colonus profitetur se soluisse. Apocha debitori datur: Antapocha domino. Sed addamus quartum effectum, præstatio vel semel facta, vel partis præstatio, obligationem, quæ fuit, corroborat, quia exstinguit exceptionem S.C. Macedoniani: qui enim vltro soluit, cum esset tutus exceptione S. C. Maced. videtur renuntiasse exceptioni, *l. 9. §. vlt. sup. ad Maced. l. 4. C. eod.* Exstinguit etiam exceptionem non numeratæ pecuniæ: nam si cœpi soluere, postea non allegabo mihi non solutam pecuniam fuisse, *l. 4. C. de non num. pec.* Facile ea exceptio perimitur: nam & coërcetur biennio. præstatio etiam exstinguit præscriptionem fori, vt si hoc loco cœpi soluere, si hoc in foro, cui non sum subiectus, eodem cogar peragere solutionem, nec potero reuocare forum posita exceptione fori, *l. si fideicommissum §. vlt. de iud.* Ac præterea exstinguit facultatem appellandi, si condemnatus feci, iudicatum in totum, vel pro parte, non est mihi integrum appellare, quia videor acquieuisse sententiæ & renuntiasse appellationi, *l. ad solutionem, C. de re iud.* In quam rem recte etiam adducit Accurs. *l. cum ex causa de appell.* Et hæc de priori parte. In posteriori similem casum Papin. adiungit, quo ex præstatione certi temporis ducitur argumentum obligationis. Prior casus est ex decreto Antonini, posterior ex decreto Seueri. Verbum enim *iussit* in posteriore parte, significat decretum, vt *l. 3. h. t. l. Imperator, ad Treb.* vt indicauimus in priori parte. Prior pars fuit de actione, de in rem verso. Posterior, vt Græci ponunt speciem, qui in eo mihi mirum in modum placent, quod coniungant duas vicinas actiones, quibus tenetur pater vel dominus, vel quilibet eorum heres ex contractu filiifam. vel serui. Posterior ergo est de actione quod iussu. Finge: filia iussu patris marito promisit decies centena millia nummorum dotis nomine, & ea fuit olim legitima dos. Martialis: *Centena decies, quæ tibi dedit dotis.* Et Iuuenal. *& ritu decies centena dabuntur, Antiquo.* Lex Papia est, quæ modum imposuit dotibus, *l. 2. C. Theodos. de inoffic. dotibus*, vt certe par est ei opponi modum, sicut donationibus & legatis, & est impositus constitutione quadam Regia. Respublica Massiliensium (fuit olim excellentissima, vt omnes auctores testantur) modum dotis constituit centum aureorum, nec produci poterat vltra 100. aureos. Strabo: quarumcumque facultatum esset, & quinque aureorum in vestem, & quinque in mundum muliebrem, εἰς χρυσοῦ κόσμον, *la dot en argent, & le vestement & ornement.* Sed redeo vnde abij: filia iussu patris marito

A promisit in dotem decies centena, obligatur pater actione, quod iussu, atque etiam directa, quia ipse videtur contraxisse, *l. vlt. quod iussu.* At proinde pater eius dotis vsuras præstitit aliquo tempore, in exhibitionem scilicet filiæ, *pour l'entretenement*, ne sumptibus mariti aleretur, sed ex vsuris suæ dotis, ne interim, dum non soluitur dos, maritus de suo vxorem exhiberet, & eius mancipia. Hac igitur ratione solet pater inferre vsuras dotis, vt exhibeatur filia à marito, *l. creditor §. si inter, mand. l. pen. de acq. hered. l. cum post, §. in domum, de iure dot. l. in insulam §. vsuras, sol.* Ex constitutione Iustiniani hodie etiam marito pater debet vsuras trientes dotis ipso iure sine stipulatione, sine pactione αὐτομάτως post biennium à die contracti matrimonij, *l. vlt. §. præterea, C. de iure dot.* Sed persequamur speciem. Filia

B promisit dotem iussu patris. pater præstitit vsuras. post confiscata sunt bona patris, fiscus quasi successor tenetur creditoribus, inter quos est gener. Is igitur cum fisco agit, & petit decies centena sibi promissa, petit etiam vsuras, in quas sibi promissas, fiscus veluti successor iuris vniuersi tenetur, *l. 5. C. de bon. proscript.* vt bona intelligantur deducto ære alieno. Sane fiscus præstabit vsuras, quas præstitit is, qui confiscatus est. Et præstatio vsurarum idoneum est argumentum debitarum vsurarum, atque ex eo fiscus obligabitur soluendæ doti & vsuris. Debentur quidem marito fateor, sed numerabuntur recte filiæ, & petentur adhibito matito, vel à marito petentur adhibita filia, quia eius est proprium matrimonium, & quasi communis res est, vxoris & mariti, vnius est iure naturali, alterius iure ciuili, *l. in rebus, C. de iure dot.*

C Quod diximus ante ex longa & multa præstatione, siue pensatione, non constitui obligationem, quę non fuit constituta ab initio, manifesto confirmatur eo quod, si pater, qui pro pupillo non obligatur, nisi de peculio & aliis actionibus prætoriis: si, inquam, pater cœperit vltro soluere debita pupilli quædam, non ideo obligatur, & reliqua debita soluere, *l. vlt. C. ne vxor pro mar.* soluet pro filio, quibus libuerit: nec si quibusdam soluerit liberaliter, ideo compelletur aliis creditoribus soluere. Item quod heres interueniente Falcidia, qui pręstitit quędam legata solida sine detractione Falcidię, non obligatur cætera pręstare solida, sed vtetur in cęteris, si volet

D Falcidia, *l. 15. §. non idcirco, ad leg. Falcid. l. 6. in fi. C. eod.* Atque ita etiam ex his apparet, pręstationem longam aut multam non obligare eum, qui obligatus non est: præstita tamen non posse repeti, quia donasse ea videtur vltro, & donati non est repetitio.

Ad l. 40. de vulg. & pupil. substitut.

Causa cognita impubes adrogatus decesserat. quemadmodū legitimis heredibus auctoritate principali prospicitur vinculo cautionis: ita, si forte substituit naturalis pater impuberi, succurrendum erit substituto: Nam & legitimis heredibus futuris non aliæ, quam vtiles actiones præstari possunt.

E Lex 40. est de adrogatione pupilli morte patris facti sui iuris. Olim pupillus adrogari non potuit, vt ex Gellio intelligere licet. Ratio fuit, quia is, qui adrogatur, eius rei esse debet auctor: pupillus autem nullius rei auctor est idoneus, & tutori quoque in pupillum non est tanta potestas, vel auctoritas, vt eum possit subiicere alienę potestati. proinde adrogari non potest, nisi iam *vesticeps*, id est, *pubes.* Pubes olim adrogari potuit sine curatoris auctoritate, hodie non potest ex constitutione Claudij, *l. 7. & 8. de adopt.* Pupillus ne tutore quidem auctore adrogari potest; hodie adrogari potest eo auctore ex constitutione Anton. *Vlp. in fragm. tit. de adopt.* Is est D. Pius, *l. 2. famil. ercisc.* Ea constitutio, siue rescriptum significatur in hac l. his verbis, *auctoritate principa-*

l. id est, constitutione D. Pij, & in *l. si adrogator, de adopt.* his verbis, *principali prouidentia.* Ex ea constitutione pupillus adrogari potest, hodie tutore auctore obseruatis his, quæ eadem constitutione præscribuntur, nō adrogatur sine obseruatione magna. Ac primum fit adrogatio causa cognita, vt initio eius *l. causa cognita impubes adrogatus est vti oportet.* Sed hoc videtur non esse proprium in pupillo: Nam & puberis adrogatio fit causa cognita, *l.* 15. §. *vlt. & seq. de adopt.* Gell. *lib.* 5. ait, *adrogationem non fieri temere, nec inexplorate: Nam & ætatem eius, qui adrogare velit, consideramus, an liberis potius gignendis idonea sit, & num bona eius, qui adrogatur, insidiose appetita sint: Nam adrogatus cum capite bona sua transfert in adrogatorem,* & considerantur innumera alia. M. Tullius pro domo sua: *causam adoptandi quæri solere. Sed fateor, in adrogatore pupilli diligentissimam inquisitionem fieri, ne sit in potestate tutoris, qui eius rei auctor est, & sine quo non valet adrogatio, ne sit in eius potestate finiri tutelam à patre naturali pupillo factam, quod est testamentum pupilli, qui per ætatem non potest sibi facere testamentum. Nam tutela finitur adrogatione, quia filiusfamilias tutorem habere non potest (qui est en puissance d'autruy, ne peut auoir de tuteur. Substitutio quoque cum sit testamētum pupilli, adrogatione irrita fit, quia adrogatio capitis deminutio est, & omni capitis deminutione testamentum irritum fit.* Et hoc ita ostenditur *l. nec ei permittitur* §. *de adopt.* Finitur etiam agnatio adrogatione, & perimitur ius legitimarum hereditatum, ius agnationis, id est, adrogatus desinit esse agnatus his, quibus fuit ante, & vicissim, qui adrogatione ante fuerint agnati, desinunt esse. Adrogatio igitur perimit agnationem, & ius legitimæ hereditatis, mutat gentem, familiam, nomen, sacra, quæ omnia tutoris auctoritas non temere abolere debet, qui fuerit auctor pupillo dandi se adrogandum. Ac præterea illud exigitur in adrogatione pupilli ex constitut. D. Pij, vt adrogator satisdato caueat mortuo pupillo ante pubertatem, restituturum se bona quæcunque fuerint illius, ad quos ea pertinerent, perinde ac si adrogatus non esset. Et ita cauet seruo publico, tabulario, actuario apud prætorem, quomodo etiam rem pupilli saluam fore tutor cauet seruo publico, *l.* 2 *rem. pup. salu. for.* Et sicut ex stipulatione hac, rem pupilli saluam fore, pupillo heredibusve eius, acquiritur vtilis actio, non directa, quia per seruum publicum, vt nec per alienum, ipso iure pupillo vel alij non potuit acquiri actio, *l.* 4. *eod. tit.* ob id non acquiritur directa, sed vtilis ex ciuili stipulatione, alij non acquiritur: ex prætoria vtilis actio acquiritur etiam per liberam personam, veluti per procuratorem, quod est proprium stipulationum prætoriarum, *l.* 5. *de prætor. stip.* quæ non reguntur iure stricto, sed æquitate prætoria. Ita ex hac stipulatione, quę interponitur ex constit. D. Pij, pupillo adrogato, per seruum publicum acquiritur vtilis actio his, quorum interest, id est, qui læduntur adgnatione pueri. Et his verbis, *ad quos ea res pertinebit,* non tantum continentur legitimi heredes pupilli, vt *l.* 2. §. *impuberem, &* §. *pen. ad Senatusc. Tertull.* sed continentur etiam heredes testamentarij, id est, si quos pater naturalis pupillo substituit secundis tabulis in hunc casum, si ante pubertatem moreretur: Nam his omnib. ex stipulatu vtilis actio datur, siue stipulatus sit seruus publicus, siue nemo sit stipulatus: Nam in hac specie inducitur tacita stipulatio, & omissa stipulatio pro expressa habetur, & competit vtilis ex stipulatu. Denique actio ex stipulatu datur substitutis, licet ipso iure substitutio irrita sit propter adrogationē: Nam si datur actio legitimis heredibus, & substitutis eā dari æquum est, quia legitimi ipso iure non veniunt, cum agnatio perempta sit adrogatione. Vtrique igitur veniūt vinculo & potestate cautionis. & hoc est quod ait Papinian. in hac *l. causa cognita futuris heredibus vtiles actiones præstari,* id est, qui futuri erant ipso iure, si adrogatio non interuenisset: Et omnino ratio Papin. ita explicanda est,

A ad quam non animaduerterunt interpretes, vt adrogatione ius substitutionis perimatur, quia vt omne testamentum perimitur capitis deminutione, ita & ius legitimarum hereditatum. Et si hoc conseruas legitimis heredibus, & illud debes conseruare substitutis: nec enim plus iuris habent legitimi, quam substituti. vtrique veniunt remedio cautionis, vel tacitæ, vel expressæ: Nam tacita, si omissa fuerit expressa, subintelligitur, *l. his verbis de adoption.* vt multis aliis casibus in iure sunt pleræque tacitæ cautiones. Et maxime hoc admittitur in prætoriis, vt quod solet fieri, videatur factum, etiam si re vera non sit factum. Et hodie cur multi non vtuntur cautionibus, non cautione iudicio sisti, de rato, iudicatum solui, non cautione legatorum, non pupilli rem sal-
B uam fore, an contemnimus ius ciuile? minime, sed solemnia, quæ erant, præsumimus semper acta, vt intelligantur interuenisse. & fideiussorum satisdationes nullæ sunt hodie, sed repromissiones. Denique cautiones, de quibus fit mentio in iure, omnes locum habent, quia tacite intelliguntur, vel sunt nudæ repromissiones. *Car s'il y auoit vn respondant, il faudroit qu'il parlast.* Ergo vt ait Papinianus, vtilis actio mortuo pupillo adrogato ante pubertatem, datur substitutis pupillo à patre naturali, cuius effectu & potestate consequentur hereditatem pupilli, & perinde ac si substitutio non fuisset irrita, conseruatur. Conseruantur igitur secundæ tabulæ, & omnia quæ sunt scripta in secundis tabulis, *d. l. his verbis.* Sed multum interest decesserit pupillus viuo adrogatore, an mortuo: Nam si eo viuo, ipse adro-
C gator vel fideiussor eius tenetur vtilibus actionibus substitutis, vel legitimis heredibus pupilli, vt restituat, quod pupillus transtulit in familiam eius ab initio, & quod postea ei acquisiuit. Sin autem post adrogatorem pupillus decesserit, heredes adrogatoris heredibus pupilli non tenentur iam ex cautione, quæ in eum casum non concipitur, nec hoc iure conciperetur recte ante Iustinianum post mortem promissoris, sed tenentur heredibus pupilli ipso iure ex constitutione Diui Pij, condictione ex eiusdem rescripto, non tantum vt restituant, quæ à pupillo ad adrogatorem peruenerunt, sed etiam bonorum adrogatoris, quæ fuerunt mortis tempore, vt præstent quartam, quæ est quarta Antonina, debita pupillo, quæ omnia & pupillo deberi cœ-
D perunt, qui superuixit adrogatori vel exheredato vel emancipato, vel instituto ex minima parte, deberi, inquam, & cœperunt statim à morte adrogatoris, & ab eo peti potuerunt ex ea constit. D. Pij, *l. vlt. si quid in fraud. patr.* §. *cum autem, Instit. de adoption. l. Papin.* §. *si quis impubes, de inoffic. test. l.* 1 §. *si impuberi, de collat bon. & d. l. si adrogator.* peti, inquam, potuerunt, ex rescripto scilicet D. Pij, atque etiam vtili iudicio famil. erciscund. instituto cum herede scripto, *l.* 2. *famil. ercisc.* Et inde quæritur in *d. l. si adrogator, de adoption.* an adrogator pupillo substituere possit? an possit ei facere substitutionem pupillarem? quod videtur, cum sit in eius potestate. Verum magna ratione placuit, vt adrogator non posset ei substituere, nisi in suis bonis,
E quæ dedit, vel alius ipsius contemplatione, & nemo dubitabat quin iis potuerit substituere. dubitabatur, an posset ei substituere in quarta, quæ debetur ex rescripto D. Pij, quasi æs alienum. Pater in eo, quod debet filio non substituit recte, quia id non ei obuenit iudicio patris, sed debetur necessitate iuris. Verum placuit permitti adrogatori, vt in ea quarta substituat pupillo vel directo, vel per fideicommissum vsque in pubertatem, puta in hunc casum si moriatur ante pubertatem, vt illa quarta Titio obueniat vel restituatur, non vltra pubertatem, nec per fideicommissum quidem, *d. l. si adrogator, & l. sed si plures,* §. *in adrogato, de vulg. substit.* In cæteris bonis quæ dedit adrogator poterit substituere etiam vltra pubertatem per

fideicommissum. Nam puberi directo non substituimus in secundum casum, id est, quo substituitur pupillis, sed vulgari modo tantum, si pubes nolit esse heres, qui est primus casus substitutionis. Secundus est, si sit heres, & moriatur intra pubertatem, non post, quia pubes ipse potest sibi facere heredem, non possum ei dare heredem, qui sibi facere potest: pupillo possum, quem in potestate habeo. Ex his oriuntur tria vel quatuor, valde noua. Primum hoc est, vt puberi non possim substituere per fideicommissum (in bonis à me profectis, veluti in quarta illa, quod est contra regulam iuris, vt non possim per fideicommissum substituere in bonis à me profectis, §. *vlt. de pupill. substit.* Et ratio hæc est, quia non iudicio meo debetur ea portio adrogato, quæ non datur mea sponte, sed ex necessitate iuris, ex prouidentia D. Pij. in eo, quod tibi debeo, de fideicommisso onerare non possum. Fideicommisso onerari possunt qui iudicio nostro ex bonis nostris aliquid perceperunt. Secundum quod valde nouum est in specie pupilli adrogati, hoc est, vt ad substitutionem pupillarem, quam fecit adrogator, non pertineant omnia bona pupilli, sed quarta illa, & bona, ab adrogatore profecta, non quæ pupillus ei acquisiuit, vel ab initio adrogationis vel postea, quod est contra regulam *l. sed si plures* §. *ad substitutos, hoc tit.* Nam heres vnicus, qui scribitur, non potest non esse heres ex asse. Et ratio nouitatis hæc est, quia cætera bona sunt obnoxia cautioni, nec possunt comprehendi substitutione. Et tertium etiam, quod nouum est, vt si forte pater naturalis ei pupillo substituerit ante adrogationem, deinde decesserit, atque etiam adoptiuus post adrogationem, fit in hac specie, vt non habeat omnia bona substitutus à patre naturali, nec omnia substitutus à patre adoptiuo, atque ita, vt duo quodammodo pupillus videatur habere patrimonia, duas hereditates, duo testamenta, quod æque est contra regulam iuris. Vnius hominis non sunt duo patrimonia, duæ hereditates, vel duo testamenta, *l. iurisperitos* §. 1. *de excusation. tut, l. si certarum, de milit. testam.* nisi militis, cuius duo possunt esse patrimonia, paganum & castrense. Et hac in re comparatur militi pupillus adrogatus, *d.* §. *ad substitutos, & seq.* Addamus etiam quartum, vt si ei pupillo substituerit adrogator, non substituerit pater naturalis, pro parte moriatur testatus, pro parte intestatus, quia substitutio pupillaris ei facta amplectitur tantum partem bonorum pupilli. & pro parte igitur testatus videtur. Nec dubitemus, quin exemplum militis, ad hanc partem trahere liceat. Addamus vltimum, licet addubitet Accursius *in d. l. si adrogator*, vt plus tribuatur adoptiuo filio, quam naturali & legitimo: nam naturalis iure exheredatus excluditur omnibus bonis paternis, vt ne teruncium quidem habere possit ex bonis patris: Adoptiuus exheredatus semper saluam habet quartam. Sed hoc obtinet in pupillo tantum adoptiuo in suprad. Constitut. non impubere, non etiam in pupillo, qui pubuerit apud adrogatorem. Cautio finitur pubertate, *l. his verbis, & seq. de adopt.* Constitutio D. Pij finitur pubertate, qua ratione etiam nihil attinet caueri substitutis pupillo à patre naturali post pubertatem, quia substitutio pupilli finitur pubertate, *l. in pupillari, hoc tit.* Nihil attinet etiam caueri legitimis post pubertatem. Nota, *pour les legitimations de France, que les parens du pere legitiment & naturel, ne peuuent pretendre interest, & n'ont besoin d'estre appellez*: cum certo non sint futuri heredes post pubertatem: possint etiam facere testamentum, & excludere legitimos. Possis quærere de quarta hac Antoniana, quæ debetur pupillo adrogato, qui superuixit adrogatori, pupillo, inquam, exheredato ab adrogatore, quæ exheredatio excludit illum bonis omnibus, vel etiam emancipato sine causa, quæ emancipatio omnimodo perimit ius filij adoptiui: emancipato filio naturali remanet cognatio, emancipato adoptiuo nihil remanet, nec post emancipationem est agnatus, nec cognatus. debetur etiam hæc quarta non quidem instituto ex asse, vel iusta parte, sed ex minima, velut ex vncia debetur vnciario heredi: nam hunc comparo exheredato, *l. 2. quod cum eo.* Quæres quid si sint plures pupilli adrogati, vtrum singulis debentur quartæ in bonis adrogati, an omnibus vna quarta? Dicam, vix permitti adrogationem plurium pupillorum, quæ fit ægre, & non nisi causa explorate cognita; sed si permittatur, dico omnibus pupillis adrogatis his casibus deberi quartam bonorum omnium adrogatoris: singulis autem quartam legitimæ partis, id est, quartam eius partis, quam haberent ab intestato, quæ coadunatæ conficiunt omnibus simul quadrantem omnium bonorum, exemplo naturalium & legitimorum, quibus & eo modo satisfit, non exheredatis. Ac postremo si adrogatori supersint filij naturales & legitimi, dicam: vix habenti iustos & naturales permittitur adrogatio pupilli, *l. nec ei* §. *pen. de adoption.* vel si permittatur, aut post adrogationem susceperit naturales, quos non habuerat ante, pupillo, aut pupillis adrogatis, & exheredatis, & emancipatis sine causa, vel institutis ex modica parte, similiter sua quarta seruanda omnibus bonorum omnium adrogatoris, cætera relinquenda ab intestato liberis naturalibus.

Ad leg. 11. ad leg. Falcid.

In ratione legis Falcidiæ retentiones omnis temporis heredi in quadrantem imputantur.

Adeo laborem multum in explicanda *l. 10. ad l. Falcid.* cuius singulis versibus singula sententia controuersa significatur. Primo versu quid significatur? In ratione *l. Falcid.* quædam sunt causæ, ex quibus retentionem habemus, petitionem non habemus, *l. ex quibus, de condict. indeb*, vt quartæ hereditatis, quæ propter l. Falcidiam apud heredes remanere debet, retentio est, non petitio, nisi ex constitutione Iustiniani, *l. 14.* §. 1. *& seq. & l. 93. hoc tit.* Et dotis ob liberos est retentio, non petitio, *tit. de dotibus*, apud Vlpian. debiti naturalis est retentio, non petitio, *l. Sticum* §. *aditio, de solut.* Quod euenit & in aliis multis causis. Ex his causis retentiones factæ à testatore, vel ab herede, post aditam hereditatem, cum conueniretur, id est, retentiones omnis temporis heredi imputantur in Falcidiam, quia factæ retentiones à testatore, perueniunt ad heredem iure hereditario, & fiunt ab herede similiter iure hereditario. Et certum est, in Falcidiam venire, aut imputari ea omnia, quæ heres habet iure hereditario pro modo quadrantis, & ea quidem sola, non quæ alio iure, vel ex alia causa habet, *l. 5. l. si à me, l. quod autem, & l. in quartam, hoc tit.* Falcidiam capit iure hereditario, *leg. pater filium, hoc tit.* vel quod idem est, *iure testamenti*, id est, iure institutionis, *l. qui duos, de vulg. subst.* Habet autem heres iure hereditario non tantum corpora, quæ testatoris fuerunt mortis tempore, sed etiam actiones, petitiones, persecutiones. & non tantum actiones, sed etiam retentiones, deductiones, reputationes, computationes, compensationes, & quocunque tempore hæ etiam ei imputantur in Falcidiam. Et hanc puto esse sententiam huius versus: neque enim eum accipi volo de retentionibus, siue prælegationibus, cum retentis quibusdam heres rogatur restituere hereditatem; quanquam & hæc videatur heres sumere ex hereditate ipsa, & consequenter debeat etiam hæc imputare in Falcidiam, *d. l. in quartam.* Nam si de his retentionibus sensisset, non adiecisset *omnis temporis*: nec enim hæ recipiunt varia tempora. Nolo etiam hunc versum accipi de legatis inutilibus, quæ remanent apud heredem, quanquam & hæc constet imputari in

Falcidiam & augere cætera legita, *l.* 50. 51. & *§.* 1. *hoc tit.* *Instit.* Nam si de his sensisset, non fuisset ei graue scribere: (*retentionibus legatorum*:) Ac rursus non adiecisset, *omnis temporis*, quibus verbis complectitur & tempus mortis testatoris, quod in hoc tractatu legis Falcidiæ potissimum spectatur, & tempus, quodcumque fuit post mortem eius: vt omni tempore, quod quandoque bonis accessit per retentionem, opposita exceptione doli mali, id pleniorem hereditatem faciat, & heredi imputetur in Falcidiam, veluti, si heres post mortem testatoris per retentionem seruarit id, quod aliquis defuncto debuit naturaliter, vt in *l.* *cum quis* §. *quid ergo si idem*, *hoc tit.* quia etsi retentio illa contingat post mortem testatoris, tamen ipsa naturalis obligatio fuit mortis tempore. Qui sensus etiam congruit, aut est proximus valde, §. 1. *huius leg.* in quo etiam ponitur alius casus, quo aliquid imputatur in hereditatem & in Falcidiam, ex eo, quod contigit post mortem testatoris, quorum vtrumque videtur esse contra regulam iuris, vt in ponenda ratione legis Falcidiæ, inspiciatur tempus mortis testatoris, id est, vt inspiciatur, quanti eo tempore fuerit hereditas, quid eo tempore fuerit in bonis, & quod postea perit, vt pereat heredi: quod postea accedit, vt lucro cedat heredis, *l. in quantitate*, *l. cum quo*, *l. in ratione* 2. *hoc tit.*

Ad § si seruus.

Si seruus sub conditione libertate data, vita decessit, si quidem impleta conditio quandoque fuerit, heredi non videbitur periisse, quod si defecerit, in contrarium ratio trahit, sed quanti statuliber, moriens fuisse videbitur.

AGit hic §. de statulibero, & pro his verbis, *si seruus sub conditione*, breuius licet reponere, *si statuliber.* Statuliber est seruus manumissus sub conditione in testamento. De seruo manumisso proprie agitur in §. *si seruus.* Quo paulo inferius coniuncto cum hoc §. 1. intelligimus in eadem quæstione, quantum intersit inter seruum sub conditione manumissum, id est, statuliberum, & seruum pure manumissum. Sed vt de statulibero prius agamus; quæritur, *si post mortem testatoris moriatur statuliber pendente conditione libertatis, vtrum pereat heredi, an non*? Si perit heredi, heres eius pretium sibi imputat in Falcidiam, Si non perit, non imputat. Et eleganter Papinian. docet, hoc ex euentu dignosci oportere. Distinguit hoc modo: aut post mortem statuliberi extitit conditio libertatis, aut defecit libertatis conditio. Si extitit conditio libertatis, pretium eius bonis deducitur, hereditati deducitur, perinde ac si viuus peruenisset ad libertatem existente conditione, quia constat in ponenda ratione legis Falcidiæ, pretia manumissorum detrahi bonis, *ils ne sont point en compte*, vt æs alienum, *lequel n'est point du compte des biens*, *l. sed si non seruus* §. 1. *l. æris alieni*, *hoc tit.* §. *vlt. Instit. eod. tit.* Quod fit etiam in ponenda ratione legitimæ debitæ liberis, aut parentibus, *l. Papin.* §. *quarta*, *de inoffic. test.* Igitur eo casu pretium eius hereditati peribit, id est, non intelligetur in hereditate fuisse: non peribit heredi, id est, heres non id imputabit sibi in Falcidiam. Sic igitur, si post mortem statuliberi extiterit conditio libertatis, pretium eius peribit hereditati, quia non intelligetur in hereditate fuisse, non peribit heredi, quia heres pretium eius sibi non imputabit in Falcidiam. male dixeram ante sine negatione: quia nec si viueret, vllum pretium, vlla æstimatio eius iniri posset: esset enim liber, & liberi hominis nulla est æstimatio. Absurdum autem est mortuum æstimare, qui viuus non æstimaretur. Obseruandum est multum interesse vtrum qui dicat, *pretium hereditati perire*, an, *heredi*: nam quod heredi perit, imputatur heredi in Falcidiam, & non perit hereditati, quia intelligitur in hereditate fuisse. Contra, quod hereditati perit, non intelligitur in hereditate fuisse, & non perit heredi, quia non imputatur ei in Falcidiam. Ex hac obseruatione facile quis apprehendet cætera omnia. Et hoc quidem, si post mortem statuliberi extiterit conditio libertatis. Nunc sumamus alterum membrum. Quid si defecerit conditio? Et hoc casu hereditati non perit, is homo, cum intelligatur in hereditate fuisse. heredi perit, quia pretium eius sibi imputat in Falcidiam: nam etsi viueret, quia defecit libertas siue conditio libertatis, ipse vel pretium eius bonis computaretur. Et hoc est quod ait in §. 1. Sed notandum est, multum interesse tamen vnâ in re, vtrum is homo viuat, an mortuus sit, cum defecit conditio libertatis: Nam si viueret, tanti æstimaretur, quanti fuit tempore mortis testatoris. si moriatur pendente conditione, vt dixi, quæ postea deficiat, tanti æstimabitur, quanti fuerit mortis suæ tempore, non testatoris, id est, æstimabitur vt statuliber: nam & mortuus est statuliber, non æstimabitur vt seruus, eaque sola æstimatio heredi imputatur in Falcidiam. Minor igitur æstimatio, quam si seruus mortuus esset, quia minoris semper æstimatur statuliber, quam seruus propter implicitam statulibero causam, & statum libertatis. Et id est quod ait in *vlt. vers.* §. 1. *sed quanti statuliber moriens videtur fuisse.* Hæc verba sunt de æstimatione mortui statuliberi. Superiora sunt de peculio, an heredi perierit statuliber necne. Et hæc de statulibero. Nunc videamus quid sit dicendum in seruo pure manumisso testamento domini, de quo est §. *si seruus* 4.

Ad §. si seruus 4.

Si seruus testamento manumissus ante aditam hereditatem decedat, heredi quidem periisse intelligitur, sed cuius pretij erit, qui si viueret, non æstimaretur? Nam & eos, qui moriente domino ea valetudine affecti fuerant, vt eos non posse viuere certum esset, tamen, si postea moriantur, hereditati periisse responsum est. Nec aliud in his, qui sub eodem tecto fuerunt, cum dominus à familia necaretur.

FInge, seruo pure datam libertatem in testamento, & post mortem testatoris eum seruum mori ante aditam hereditatem, id est, antequam cederet dies libertatis. Nec enim libertas cedit antequam sit hereditas, *l. Iulianus*, *de cond. & demonstr. l. qui putat* §. *vlt. de acqu. hæred. l. vn.* §. *in nouissimo*, *C. de cad. tol.* Et ideò regula Catoniana non pertinet ad libertates, quoniam est de his tantum, quæ cedunt à morte, non ex alio tempore. Hic igitur seruus, vt posuimus speciem, cui erat relicta libertas pure, decessit ante aditam hereditatem, cui periit. Et periit quidem heredi reuera, non hereditati, quia certe in hereditate fuit tempore mortis testatoris, & fuisse euentus docuit confirmauitque, cum dies libertatis inutiliter cesserit illo iam ante defuncto. Sed tamen vt concludit Papin. magis est, vt dicamus illum hominem perire hereditati, non heredi, propterea quod pretium eius heres in Falcidiam imputare non potest, quia nec si viueret ipse vllum reciperet pretium, quoniam esset liber. non possum æstimare mortuum, quem non æstimarem viuum: si non possit æstimari, non possit igitur imputari in Falcidiam. Atque ita euenit, vt qui fuit in bonis mortis testatoris tempore, non videatur fuisse, imo pro eo habeatur in ratione legis Falcidiæ, ac si non fuisset. Quod non videtur nouum Papin. cum in §. *si seruus* ponit alios duos casus, quibus seruus, qui reuera fuit in nobis mortis testatoris tempore, nõ videtur fuisse, & mortuus hereditati perit, non heredi. Primus hic est, si seruus, qui ægrotabat mortis testatoris tempore, eo tempore deploratus fuerit, & certissimæ morti proximus: Nam & hic, licet superfuerit testatori,

licet decesserit post mortem testatoris, mortis tempore conclamatus, heredi potius videtur periisse, quam hereditati, id est, non videtur in hereditate fuisse, licet fuerit vtique. Et alter casus hic est, si seruus sub eodem tecto fuerit, vel, vt veteres loquebantur, *si suffuerit*, cum dominus à familia necaretur, & is postea vltimo supplicio affectus sit ex Senatusconsulto Syllaniano, quo cauetur, vt serui, qui sub eodem tecto fuerunt cum dominus necaretur, quæstione de his habita, post supplicio afficiantur. hic seruus fuit reuera in bonis mortis tempore, cum decesserit post mortem testatoris, sed tamen pro eo est, ac si non fuisset, quia heredi non imputatur in Falcidiam, *l. æris alieni, hoc tit.* Atque ita his tribus casibus euenit, vt in ratione leg. Falcidiæ, in qua spectatur quid fuerit in bonis tempore mortis testatoris, subducantur bonis quædam, quæ fuerunt in bonis tempore mortis testatoris, & videatur non fuisse in bonis, quod ad rationem legis Falcidiæ attinet. Et his casibus, vt mortuus seruus effectu videatur periisse hereditati, non heredi. Græci in summam illum §. redigunt, coniunctis illis tribus casibus, quorum primum male quidam distinguunt à duobus consequentibus. Summa Græcorum est. *Seruus libertate honoratus & ante aditionem mortuus, & is, de cuius incolumitate viuente testatore, desperabatur,* qui deploratus & conclamatus erat *& is, qui sub eodem tecto erat, cum testator occisus est, hereditati perit.* Hæc est summa Græcorum, id est, vnus, & alter, & tertius homo non videtur in hereditate fuisse mortis testatoris tempore, licet post mortem obierit. Ergo his verbis, *sed quanti*, concludit hereditati magis periisse, quam heredi, vt apparet in consequent. casib. quod diligenter retineatis velim.

Ad §. Imperator. 2. & §. cum quidam. 3.

Imperator Marcus Antoninus decreuit heredes, quibus pars bonorum ablata est, non in ampliorem partem, quam pro ea, quæ relicta est, legatorum nomine teneri. § 3. ¶ *Cum quidam, parte dimidia bonorum adempta fuisset relegatus, idemque prouocatione interposita, testamento postea facto obisset, atque post mortem eius non iuste appellatum, esset pronuntiatum: quæsitum est, vtrum æris alieni loco pars dimidia abscederet, & residua sola videretur fuisse in bonis, an vero succurri heredi necessarium esse videbitur. sed videtur, succurri debere, cum animus litigantis, & obtinendi votum, hanc opinionem admittit.*

SEquitur vt exponamus quæ proponuntur in §. *Imperator*, simul & speciem §. *cum quidam*, quæ ad decretum D. Marci accommodari possit, hoc autem efficit decretum, vt heres non teneatur legatariis legatorum aut fideicommissorum nomine vsque ad dodrantem, vt solet plerumque, sed vsque ad trientem tantum, & semivnciam, & Falcidiæ nomine heres retineat, non quadrantē, sed sesquivnciam totius assis, videlicet si heredi ablata sit dimidia pars bonorum, in hoc vid. casu, & ait, *Imperator*, &c. Quomodo autem ablata est pars dimidia bonorum hereditati, vel quo iure? veluti per bonorum possessionem contra tabulas datam filio præterito, cuius frater est heres scriptus: Nam heres scriptus exoneratur in partem, quæ ei aufertur legati nomine, & pro ea parte legatum penitus intercedit, quod non fuit relictum à præterito, *l. & si contra §. vlt. de vulg. & pup. subst.* Vel etiam per bonorum possess. contra tabul. datam patrono præterito aduersus extraneum heredem scriptum testamento liberti: nam bonorum possess. contra tabulas ei competit in semissem tantum, & pro eo semisse, qui quidem aufertur scripto, scriptus releuatur onere legatorū, quod est ex edicto prætoris de bonis libertorum, *l. Plautius, de condit. & demonstr. l. 20. §. libertus, de bon. libert.* Idem erit, si per bonorum possess. *vnde cognati*, vel, *vnde legitimi*, pars auferatur heredi legitimo, ad quem solum

A defunctus bona sua peruentura existimabat nesciens, se habere cognatum vel agnatum eiusdem gradus, & à quo solo fideicommissa reliquerat: Nam & hunc, cum partem tantum dimidiam ferat ex bonis etiam legatorum onere leuari æquum est, ne in ampliorem partem teneatur quam pro ea, quæ apud eum remansit. *l. cum pater §. cum existimaret, de leg. 1.* Quod ibi Papinianus ait, congruere rationibus æquitatis, & exemplo edicti perpetui: nec possit intelligere aliud, quam illud de bonis libertorum. Sed licet addere, id etiam congruere decreto Marci quod proponitur ab eodem Papiniano. Neque §. *cum existimaret* obloquitur *l. post emancipationem, in pr. de legat 3. & l. pen. de iur. cod.* quæ heredem, cui pars aufertur, fideicommissis obstringunt in solidum, cum vt ostendi 19. Papinianus ad *l. 11. & 13. de iure

B codic. & 2. ad African. ad leg. 15. eod. tit* Scæuola in *d. l. post emancipationem*, & Marcellus in *d. l. pen.* spectant ius summum, quo heres in solidum obstringitur legatis, cum in solidum heres exstiterit, etiamsi postea contigerit ei auferri partem. Papinianus autem spectat, vt ait, rationem æquitatis, & exemplum edicti perpetui, &, vt licet addere, decretum M. Antonini. cui decreto etiam locus erit, si per querelam inofficiosi testamenti filius exheredatus heredi scripto abstulerit partem dimidiam, *l. cum duobus, C. de inoffic. testam. l. cum filius, in princ. de leg. 2.* His omnibus casibus pro parte, quæ heredi aufertur, legata intercidunt, nec præstantur vel ab eo, à quo sunt relicta, vel ab eo, qui partem aufert. Ergo penitus intercidunt pro ea parte. Et rursus, his casibus ipso iure pars hereditatis heredi non aufertur, sed

C per bonorum possessionem, vel per querelam inofficiosi testamenti: & ipso iure non liberatur heres, cui pars aufertur, à præstatione solidi legati, sed per exceptionem doli mali, quod ei pars bonorum ablata sit, quod non sit æquum solidum præstare eum, cui pars ablata sit bonorum. conueniri potest ipso iure in solidum, cum heres exstiterit in solidum ab initio, sed succurritur ei per exceptionem beneficio & æquitate decreti. Et rursus euenit his omnibus casibus, vt damnum, quod contigit post mortem testatoris, damnum scilicet ablatæ partis, non pertineat ad heredem, ita vt nihilominus cogatur præstare solidum legatum: quia sc. eius damni causa est vetustior morte testatoris. præteritio vel exheredatio filij, aut patroni coniuncta est morti testatoris. Regulariter damnum, quod accidit post mortem testatoris pertinet ad heredem, nec nocet legatariis, si culpa careat, vel si corpora ipsa legata deperdita vel deminuta non sint,

D *l. in ratione 30. in princ. & §. rursus diligenter, hoc tit* His casibus, vt iam dixi, pars hereditatis aufertur heredi, non ipso iure, sed per bonorum possessionem, aut petitionem hereditatis. Possit quidem hereditas quæ relicta est, ipso iure minui pro parte, veluti legibus Iulia & Papia, quod heres semissem tantum capere possit ex testamento, puta ratione orbitatis. Et hoc casu ipso iure tutus est heres, nec tenetur vltra partem, ex qua extitit heres: non extitit autem heres, nisi ex semisse. Alter

E semis ipso iure cedit legitimo heredi, quæ est sententia legis 1. §. *qui minorem, vt leg. nom.* Sunt quidam capaces semissis tantum, *l. cum ei qui partem, de leg. 2.* veluti iure veteri orbi, id est, mariti steriles. Ac eo etiam casu legata intercidunt pro parte, quæ non capitur. nec etiam legatis oneratur heres legitimus, cui obuenit pars, quam heres scriptus capere non potest. Possit etiam heredi auferri pars hereditatis per fideicommissi persecutionem, puta, quod rogatus sit partem hereditatis Titio restituere. Et hoc casu solo legatarij non læduntur: nam eis heres & fideicommissarius obligantur pro rata, *d. §. qui minorem, l. 1. §. pen. ad Trebel. l. 2. C. eod. tit.* Nec ad hunc casum quicquam pertinet decretum D. Marci, quia legatariis nihil perit. Nec pertinet etiam ad illum casum, quo ipso iure minuitur hereditas pro parte, quia eo casu heredi necessaria non est exceptio, cum ipso iure

non fit heres nisi ex parte, vel non fiat, nisi per aditionem, nec indiget auxilio huius decreti. sed ad decretum istud omnino pertinet casus, qui data opera subijcitur §. *seq.* qui est huiusmodi. Quidam relegatus est adempta parte bonorum: nec enim relegato possunt adimi omnia bona, quia relegatus manet liber, manet ciuis. Relegatio non est capits deminutio. si relegato licet auferre, & adimere omnia bona, licet libero, & ciui auferre id omne, quo vitam toleret suam, quo nihil est indignius. invenies relegato ademptam partem bonorū, assem nunquam. Et ita igitur pono speciem: Quendam fuisse relegatum adempta parte bonorum, & eum appellasse à sententia. Appellatio extinguit condemnationem. deinde pendente appellatione mortuus est facto testamen- B to. Post mortem eius pronuntiatum est, non recte appellatum esse. Et ita Papin. proponit pronuntiatum esse in causa appellationis. Et notanda est formula pronuntiandi, *non recte appellatum videri.* vel contra, *recte appellatum videri*, aut *iustam prouocationem videri*, aut, *iniustam.* Ita semper concipiuntur hæ sententiæ, *l. qui Romæ* §. *Seia, de verb. oblig. l. Offidius, de leg.* 3. *l.* 2. *quando appell. sit, l. Imperatores* §. 1. *l. negotiorum, de appell. l. intra, de minorib. & l.* 1. *C. de appell. l. maritus, de quæstion. l. chirographis* §. *ab eo, de admin. tut.* Et sicubi legas, ita pronuntiatum apud interpretem aliquem, vel me ipsum, ita pronuntiatum, *iustam sententiam videri.* Id sic emenda, *iniustam appellationem videri.* Nec enim confirmari sententia, sed & *conseruari* dicitur, in *l. vlt. quod cum eo.* vt Florentinæ, non *confirmari.* non confirmatur, non rata esse pronuntiatur, alioquin vis sententiæ retrotrahetur, quod est falsum, *l. furti* §. 1. *de his qui not. infam.* C Ergo, vt redeam ad speciem, relegatus adempta parte bonorum appellauit, & post mortem eius pronuntiatum est, *non recte appellasse.* Ac ita pars bonorum adempta est heredi eius. Nam constat pœnam ademptionis bonorum, post litem contestatam, post condemnationem transire in heredem, *l. ex iudiciorum, de accusat.* veluti si pendente appellatione nondum peracta causa appellationis mortuus fuerit, *l.* 3. *C. eod.* Heres eo casu ipso iure tenetur legatariis vsque ad drodantem, quia heres extitit in assem, & ea pars, quæ adempta est, fuit in bonis mortis testatoris tempore, & partis damnum, quod accidit post mortem, pertinet ad heredem, nec potest videri non fuisse in bonis mortis testatoris tempore, & deduci debere bonis, veluti æris alieni loco: quia, vt subtiliter Papinianus animaduertit, si spectas D animum morientis, & votum obtinendi, vtique suis bonis noluit detrahi eam partem. Adnumerabitur ergo eius bonis, & quod ademptum est postea, id damno cedet heredis, non legatariorum, & ipso iure: sed æquum est heredi subueniri ex decreto Marci, cum in ampliorem partem, quam pro ea, quæ apud eum remansit legatorum nomine conueniatur, quia & causa adimendæ partis bonorum originem sumpsit ante mortem testatoris. Et obseruandum est quod ait §. *cum quidam, succurri debere heredi*, quia ea pars ipso iure non potest deduci bonis. hoc vetat animus morientis, & votum obtinendi in causa appellationis. denique ipso iure ea pars fuit in bonis mortis testatoris tempore, & quod postea amittitur, hoc damnum pertinere debet ad heredem: ideoque succuri ei non debet: non debet niti heres vt roboretur ipso iure, sed ex æquitate: si agat iure ipso, E vincetur. Sed obseruemus longe aliam esse rationem seruorum, qui in §. *si seruus huius l.* etiam si fuerint in viuis tempore mortis, tamen bonis detrahuntur veluti æris alieni loco, nec pertinent ad damnum heredis, quia nec eos animus fuit defuncto adnumerandi suis bonis. non eum, cui pure libertatem adscripserat, non eum de cuius salute nulla spes erat, quem moriente testatore certum erat non victurum diu. Et hunc sane moriens non habuit in suis bonis: non etiam eum, qui necis suæ auctor, vel conscius fuit, & de quo vltimum supplicium

A sumendum esset, *d.* §. *si seruus.* sed neque statuliberum, si existeret conditio libertatis, vt in §. 1. *huius l.* Quæcumque hactenus proposuit Papinianus sunt noua, & contra regulas iuris singularia recepta: vt post mortem testatoris retentiones, quibus vtitur heres in hereditate, in Falcidiam heredi imputentur, *in princip. huius leg.* cum alias cedant lucro heredis, nec imputentur heredi in Falcidiam, aut bonis hereditariis. Item, vt damna, quæ acciderunt post mortem testatoris, alia ipso iure non pertineant ad heredem, & quæ fuerunt in bonis tempore mortis testatoris, non fuisse intelligantur, vel propter difficultatem æstimationis, vt in § *si seruus*, vel propter tacitam voluntatem testatoris. Alia vero damna, vt ipso iure pertineant ad heredem, sed ei succurratur ex decreto D. Marci Ant. Adijciuntur etiam valde noua in §. *quod vulgo*, vt scilicet tempus mortis pupilli non spectetur in pupillari testamento, id est, in substitutione pupillari, nec exquiratur, quanti eo tempore sit hereditas pupilli, contra *l. in quantitate, huius tit.* & multas alias, & vt heres nihil retineat ex legatis, vt Falcidiam: & tertium, vt aliquando heres plus habeat quarta, quæ per legem Falcidiam apud eum remanere debet, & hoc intelligetur fusius ex interpretatione §. *quod vulgo.*

Ad § quod vulgo. 5.

Quod vulgo dicitur, in tabulis patris & filij vnam Falcidiam seruari, quam potestatem habeat, videndum est. Quamuis enim substitutus, quæ à pupillo relicta sunt, cum filius heres extitit, vt æs alienum quodlibet debeat, tamen propter ea, quæ data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quæ poterit euenire, ne substitutus quicquam retineat, vel vt longe plus habeat quarta paternæ hereditatis. Quid ergo si non sufficiat pupilli hereditas legatis, cum patris suffecisset? de suo quadrante nimirum dabit substitutus: quoniam pater legauit de suo. nec ad rem pertinet, quod ex illo testamento præstatur vltra vires patrimonij, cum hac in parte iuris legata, quæ tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur.

AIt Papin. *quod vulgo dicitur*, seu quod regulariter dicitur, *in tabulis patris & filij*, id est, in testamento patris & filij impuberis, *vnam Falcidiam seruari*, id est, vnicam Falcidiam retineri, non duas, *quam potestatem habeat videndum est*, id est, quem sensum, quæ sit vis & potestas huius regulæ, siue, quæ sit mens regulæ: nam vis & potestas regulæ consistit in mente regulæ: *quamuis enim substitutus*, pupilli scilicet, id est, licet substitutus, *quæ à pupillo relicta sunt*, in tabulis pupilli scilicet, legata scilicet quæ in tabulis secundis pater scripsit, *cum filius heres extitit*, id est, postquam pupillus heres exstitit, id est, post mortem patris, quia existit statim à morte, cum sit suus heres. postquam ergo heres exstitit, & decessit vita, *vt æs alienum quodlibet debeat*, quasi si id substitutus deberet, veluti æs alienum debitum à pupillo, quia pupillus ea scilicet debebat, cui successit, *tamen propterea*, ratio diuersitatis, nihilominus tamen *contributioni locus est*, id est, confundenda sunt legata paterna cum pupillaribus, confunduntur & contribuuntur legata relicta primis tabulis & relicta secundis, id est, legata vtriusque tabulis relicta confundenda sunt, *secundum quæ poterit euenire, ne substitutus quicquam retineat*, ex bonis paternis scilicet, nullam Falcidiam retineat: non dat exemplum, id est, vt nihil ex bonis paternis remaneat apud heredem, nullam Falcidiam, ne quadrantem quidem retineat. *vel vt longe plus habeat*, id est, ex bonis & hereditate patris, neque dat exemplum, *quid ergo si non sufficiat*, id est, si hereditas pupillaris sit minor legatis ab eo relictis, cum paterna sit idonea? De suo quadrante,

quadrante, quem retinuit ex bonis paternis, *dabit substitutus*, dabit legatariis scilicet, quoniam pater legauit de suo, non de re pupilli. *nec ad rem pertinet, &c. vltra vires patrimonij*, vltra dodrantem. *cum in hac parte iuris*, in hac specie. *legata quæ tabulis secundis*, à pupillo scilicet relinquuntur. secundæ tabulæ sunt filij, id est, substitutio pupillaris. *quasi*, id est, quodammodo *primis*. tabulæ patris sunt primæ & principales tabulæ. *sub conditione relicta intelliguntur*, id est, finguntur relicta primis sub conditione, si casus substitutionis extiterit. Quæstio ergo §. *quod vulgo*, est de contributione legatorum relictorum in testamento patris, & in testamento pupilli, nullius non trita commentationibus. Et proponit quidem initio Papinianus vulgarem regulam, *in tabulis patris & filij vnam Falcidiam seruari*. In tabulis scilicet filij impuberis factis à patre: Nam puberi pater non facit tabulas, §. *vlt. Institut. de pupill. substitut. & vnam Falcidiam seruari*, id est, vnam retineri non duas, & semel legem Falcidiam admitti, non iterum. Et quærit Papinianus, quæ sit vis & potestas huius regulæ. Vis & potestas consistit in mente regulæ. Hoc igitur quærit, quæ sit mens regulæ. Et hanc esse ait, vt in vnum contribuantur & confundantur legata relicta primis tabulis, & legata relicta secundis, & ex vniuersis ita compositis vna seruetur heredi Falcidia, *que l'on en fasse vne masse, & de la masse sera delaißée vne Falcidienne sur les biens du pere*; si vtraque quantitas oneret, vel exhauriat hereditatem paternam quod nobis latius explicandum. Hoc enim est fundamentum totius materiæ, quæ nos occupauit fere per tres aut quatuor dies. Tabulæ patris sunt primæ & principales tabulæ, filij sunt secundæ: & secundæ tabulæ nihil aliud, quam substitutio pupillaris, quæ filio impuberi fit heredi instituto à patre, qui eum habet in potestate, in hunc casum, *si heres extiterit, & ante pubertatem decesserit*. Potest etiam fieri impuberi exheredato in hunc casum, *si ante pubertatem decesserit*. Sed in hoc paragrapho agitur tantum de ea substitutione pupillari, quæ fit heredi instituto. Duæ igitur sunt tabulæ, duo quodammodo testamenta: alterum patris, alterum filij, tanquam si ipse filius sibi testamentum fecisset, & vtrumque tamen fecit pater. duplex est testamentum, *l. in duplicibus, hoc tit. l. 1. §. 1. tit. seq.* Sed in ratione legis Falcidiæ & legatorum, & fere etiam, quod ad alia omnia attinet, duplex testamentum pro vno habetur: Nam & legata relicta tabulis, intelliguntur quodammodo sub conditione esse relicta, si substitutio locum habeat, *si la substitution a lieu*, primis tabulis, Et perinde atque si legata relicta secundis tabulis essent relicta primis tabulis, confunduntur & commiscẽtur his, quæ sunt legata primis, & ex vniuersa summa, *de toute la masse*, vna Falcidia detrahitur, quæ est mens & potestas superioris regulæ. Denique legata secundarum tabularum comparantur legatis primarum, & finguntur relicta primis, non secundis tabulis, vt ait in hoc §. *& in d. l. in duplicib.* Atque ita substitutus in secundis tabulis comparatur instituto in primis, & mortuo pupillo intelligitur esse institutus, vt ait in § *seq. & l. qui fundum* §. *vlt. hoc tit.* Heres scilicet scriptus in secundis, videtur scriptus in primis sub conditione, *si casus substitutionis extiterit, l. coheredi* §. *coheredes, de vulg. substitut.* Ac proinde, qui primis tabulis scriptus, esset necessarius heres volens nolens, veluti filiusfamilias testatoris, vel seruus, si sit scriptus secundis, erit etiam necessarius heres pupillo, quasi scriptus primis, qui tamen voluntarius esset heres, non necessarius, si ipse filius sibi testamentum fecisset, vel si secundæ tabulæ haberentur pro altero testamento, non pro parte paterni testamenti. Et eadem ratione fit, vt qui potest institui in testamento patris, veluti postumus suus, possit etiam substitui in testamento pupillari, quamuis pupillo is sit postumus alienus, non suus, & iure ciuili valeat institutio postumi sui, non postumi alieni, quæ omnia ostenduntur in *l.* 2. §. *prius, & l. sed si plures* §. 1. *de vulg. subst.* Ex quo planum fit, scripta secundis tabulis videri scripta primis, & valere quasi scripta primis. & vt aliis quoque argumentis comprobemus, duplex testamentum pro vno haberi: In duplici testamento iure ciuili septem testes sufficiunt, & iure prætorio septem signa. Constat signa esse ex iure prætorio: numerum testium ex iure ciuili. Ergo duplex testamentum in vtroque iure pro vno habetur: Nam & septem signa sufficiunt, quibus scilicet signatæ sint tabulæ patris, nec exigitur, vt signatæ etiam sint tabulæ filij totidem testium signis, *l. patris, de vulg subst. l. vt bono. de bonor. poss. secund. tab.* Si essent duo testamenta, vnum non sufficeret esse signatum. Ac præterea in tabulis patris & filij ordo scripturæ seruatur, qui solebat in vno testamento obseruari diligentissime, ita scilicet, vt semper testamentum inciperet à capite & fundamento, id est, ab institutione heredis, nec eam præiret quicquam, vt in §. *ante heredis, Instit. de leg.* Hic ordo seruatur in tabulis patris & filij, vt scilicet præcedant paternæ, sequantur pupillares, *d.* §. *prius.* qui non obseruaretur, si essent duo testamenta duorum, & constaret vnum absque altero. Atqui pupillare non consistit sine paterno. Non sunt igitur duo testamenta, aut non censentur esse in iure, sed vnum, quod est paternum testamentum: & pupillare, pars & sequela est paterni testamenti, *l. penultima, quemadmodum test. aper.* §. *liberis, de pupill. substitut.* Si est pars, vnum igitur testamentum est, quod constat parte principali, & parte secundaria. Si est sequela, sequitur ergo pupillare, præcedit paternum, quasi caput, seruato ordine legitimo atque solemni. Proculiani duo faciebant testamenta: Sabiniani vnum, *l. paterfamilias, de bon. auctor. iud. possid.* Et horum opinio præualuit, receptaque est omnium iurisperitorum consensu. Vnum est igitur testamentum, licet duæ sint hereditates, & retro duæ sunt hereditates, licet vnum sit testamentum, nec quot sunt hereditates, tot testamenta sunt, quod mirum videtur, *d.* §. *prius, &* §. *igitur, Inst. de pupill. substit.* Quod euenit etiam in milite, qui vno facto testamento alium facit heredem castrensium, alium paganorum. Nam & hic duæ sunt hereditates separatæ, *l. si certarum, de milit. test.* Et in proposito, duas esse hereditates, licet vnum sit testamentum, ex eo apparet, quod in venditione separantur, nec vendita hereditate patris, videtur vendita hereditas pupilli, *l. 2.* §. *illud, de hered. vend.* Et separantur etiam in bonorum possess. secundum tabulas quæ separatim datur bonorum patris, separatim bonorum pupilli, *l. si ita scriptum* §. *vltimo, de bonorum possess. secund. tabulas.* Idem etiam ex eo apparet, quod vtraque hereditas non commiscetur in ratione legis Falcidiæ, sed paterna hereditas secernitur à pupillari, & sola paterna hereditas spectatur & æstimatur, id est, bona, quæ habuit pater mortis tempore: non quæ post mortem patris filius acquisiuit vel deminuit, non bona, quæ pupillus habuit mortis suæ tempore, *d. l. in duplicibus.* Igitur quantitas hereditatis paternæ spectatur, quæ fuit moriente patre, non quantitas hereditatis pupillaris, quæ fuit moriente pupillo. Atque ita omnis æstimatio reuocatur ad ipsam hereditatem paternam, quod aperte ostenditur in *d. l. in duplicibus.* Non potest haberi ratio vtriusque hereditatis, non potest spectari vtraque, ne eadem bis in rationem deducatur, aut alia, quam quæ onerata est legatis. Cum igitur ratio habeatur alterutrius tantum, paternæ potius habenda est ratio, quæ est principalis, & quæ sola est onerata legatis, tam his, quæ à filio, quam his, quæ à substituto relicta sunt. Et hæc quidem de ratione hereditatis, vtra potius spectetur. ex quibus apparet aliam distingui ab alia. Denique vnum esse testamentum, aliam atque aliam hereditatem.

Nunc tractemus de ratione legatorum & legata non

distinguimus alia à baliis: namque constat simul omnium legatorum rationem haberi, tam eorum, quæ relicta sunt à filio, quam eorum, quæ relicta sunt à substituto in secundis tabulis, perinde ac si relicta à substituto essent relicta à filio sub alia conditione, quam substitutionis, *d. l. in duplic. & l. non solum autem §. vlt. de liber. leg.* Sic igitur quæso obseruemus in illis principiis, quæ si bene teneamus facile assequemur cætera nullo negotio, distingui hereditates inter se, quod sola paterna spectetur, id est, quantitas hereditatis paternæ, non pupillaris. & rursus legata tamen non distingui ab aliis, & quod omisimus, spectari solam hereditatem paternam, etiam probat *l. si filius, qui patri, de vulg. substit.* in illo loco, *vt alias solet*, scilicet inspici hereditas paterna, quanquam in specie eius legis, *si filius*, ratio tantum habetur bonorum pupilli, non patris, qui vnus filius fuit institutus à patre, idemque substitutus fratri impuberi exheredato, non coheredi, & filius abstinuit se bonis patris, miscuit se bonis fratris mortui ante pubertatem. Igitur habet tantum bona fraterna, quæ spectare possit quia spreuit paterna. Hoc igitur casu, in legatis secundarum tabularum Falcidiam exercebit, pro modo facultatum pupilli, non pro modo facultatum patris, quibus se abstinuit; alioquin mortuo pupillo ante pubertatem, quem testamento heredem instituerat, si substitutus veniat ratio habetur facultatum paternarum, non pupillarium, duæ hereditates constituuntur, & legata omnia commiscentur, quibuscunque tabulis sint relicta. Nam & relicta secundis, videntur relicta primis à pupillo sub alia conditione quam substitutionis. Itaque filius ipse, si soluat legata à se relicta in primis tabulis, interponit cautionem prætoriam, & stipulatur hoc modo: *Quod amplius soluerit, quam debuerit per legem Falcidiam, aut quam debuisset postea compertum fuerit existente casu substitutionis, in qua relicta erant alia legata à substituto.* filius hanc interponit cautionem, si soluat legata à se relicta, vt ait in *§. seq. & l. 1. §. interdum, l. is cui, & l. si is qui quadringenta, hoc tit.* Et stipulatio proficit committiturque substituto eius, si is moriatur ante pubertatem, quia existente casu substitutionis, simul habita ratione legatorum omnium, id est, in vnum facta contributione omnium legatorum, fieri potest, vt omnia excedant dodrantem, & legi Falcidiæ locus sit. Falcidiam inducit contributio, quæ non induceretur, si separarentur legata. Falcidiam inducit confusio illa legatorum, *communis calculus*, vt dictum in *§. quæsitum, infra.* aut communis ratio, seu communiter habita ratio legatorum vtriusque tabulis relictorum. Quid est *contributio*, de qua agimus? communiter habita ratio legatorum, vtriusque tabulis relictorum, & collata cum quantitate hereditatis paternæ, quæ fuit tempore mortis patris. Hæc est definitio contributionis, de qua tractamus, quæ in Basil. dicitur ἀπόδοσις, cum hac adnotatione, vt rectius dicatur ἐπίδοσις, quia legatis primarum tabularum accumulat legata secundarum. Sed & ἀπόδοσις sustineri potest, sine μείωσις, quo etiam verbo significant contributionem, quia contributio inducit Falcidiam, id est, deminutionem legatorum, quæ non induceretur, si separarentur. Et hanc separationem neque heres, neque legatarius inducere possit, contra sententiam defuncti, quæ cum ea omnia his vel illis tabulis ex suis bonis erogauerit, sane in vnum contribui voluit mortuo pupillo ante pubertatem, quo tempore demum legata in secundis tabulis relicta peti possunt; licet dies eorum iam ante cesserit viuo pupillo, *l. 1. quand. dies leg.* Et quod dicitur, in duplicibus tabul. vnam Falcidiam seruari, hunc sensum habet, vt contributio & confusio, siue consummatio fiat legatorum omnium, & ex summa ipsa summarum, vt loquitur Plautus & Seneca, si excedant dodrantem, vna Falcidia detrahatur vel suppleatur. Posset quis tentare contributionem non esse admittendam hoc argumento, quod

A etiam attingit Papinianus hoc loco, quia mortuo filio impubere, qui patri heres extitit, nec dum soluit legata à se relicta, ea substitutus eius debet vt æs alienum ex persona pupilli, non vt legata, quia pupillus ea debere cœpit antequam moreretur, *l. 1. C. de bon. auct. iud.* Et non debet æs alienum confundi cum legatis, quis hoc nescit? Ergo substitutus ea soluere debet vt legata, quæ à se relicta sunt in secundis tabulis. Et consequenter ex eis solis deducenda est Falcidia, ex ære alieno non deducitur Falcidia. Intelligimus ex omni interpretatione huius §. tres esse differentias inter legata, & æs alienum. prima quod lex Falcidia minuat legata, non æs alienum, (*en matiere de debtes il faut tout payer*) Item quod obligatio æris alieni incipiat à defuncto, obligatio legatorum ab herede. Et postremo, quod æs

B alienum heres præstet vltra vires hereditatis, quando agnouit hereditatem, *l. si de bonis 10. C. de iure deliber.* Quia soluendo videtur esse hereditas omnis, quæ inuenit heredem, (*il faut qu'il paye du sien*) *l. libertus 36. de bon. libert.* Legata tamen non debentur vltra vires hereditatis, quod ostenditur etiam in hoc §. Verum ad rem: secundum id quod ostendi, legata primarum tabularũ substitutus debet vt æs alienum pupilli, legata secundarum, & hæc vero sola, vt legata. Ergo hæc sola patiuntur Falcidiam, si sint immensa, & contributioni locus non est. Respondet Papinian. hoc modo; si nulla legata sint relicta à substituto, verissimum esse, substitutum legata à pupillo relicta in primis tabulis debere vt

C quodlibet æs alienum, sed si vt proposuimus, tam à substituto, quam à pupillo relicta sint legata, propter legata à substituto relicta, quæ confundi necesse est cum legatis relictis à pupillo, perinde ac si relicta essent ab ipso pupillo sub conditione, vt diximus ante, ea ratione legata primarum tabularum adnumerantur legatis, non æri alieno, quia nec ea pupillus liquido debuit ante contributionem, ante communem calculum omnium legatorum. Idque cautio quam exposuimus ante, satis demonstrat, quæ præstatur heredi, cum soluit legata à se relicta, quo casu & soluta legata postea constat subiici Falcidiæ, locum habente substitutione, commistione facta aut confusione omnium legatorum, ex vniuersa summa vnam Falcidiam seruari. Itaque regulæ initio propositæ mens

D hæc non est, vt vna Falcidia seruetur tantum ex legatis secundarum tabularum, & legata primarum integra præstentur, quasi æs alienum. Sed eius mens hæc est, vt vtriusque legatis compositis, & communi calculo subiectis, si sint vltra dodrantem, pro rata ex omnibus decedat & portio, quæ per legem Falcidiam efficiatur ex æstimatione bonorum, quæ pater habuit mortis suæ tempore. Et hoc est, quod his verbis significat Papinianus, *In tabulis patris & filij, &c.*

Intelleximus ex principio §. *quod vulgo*, illius regulæ vulgo confirmatæ, *in tabulis patris, & filij vnam Falcidiam seruari*, hanc esse sententiam, hanc mentem seu potestatem, contributionem & permixtionem fieri legatorum vtrisque tabul. relictorum, mortuo pupillo ante

E pubertatem, & pro modo eorum ex omnibus vnius Falcidiæ rationem habere substitutum, ad æstimationem bonorum, quæ tempore mortis reliquit pater. Et ita in §. *seq.* de eadem regula, aliud responderi, quam quod vulgo probatum est, id est, responderi contributionem non fieri legatorum. Vulgo etiam probatur contributionem fieri. Et hæc est mens regulæ vulgo comprobatæ, vt contributis omnibus legatis, Falcidia bonorum, quæ pater reliquerit, remaneat apud substitutum, resideat apud substitutum: secundum quod euenit plerumque, vt substitutus qui ex sua persona suo nomine, quasi institutus sine contributione non posset retinere Falcidiam, verbi gratia, si is qui quadringenta habuit in bonis, ab eo substituto legauit tantum ducenta, vt eam tamen Falcidiam retineat tanquam substitutus

nomine pupilli, facta contributione legatorum à se, & à A pupillo relictorum: vt puta, si pupillus ducenta, ipse totidem, id est, ducenta dare iussus est. Contributa enim & commista legata exhauriunt hereditatem paternam. Potest autem euenire quemadmodum subiicit Papinianus in hoc §. vt is substitutus nihil retineat Falcidiæ nomine, veluti, si minor sit hereditas pupilli, quam fuerit paterna; & contra potest euenire, vt ex hereditate pupilli substitutus longe plus habeat, quam efficiat Falcidia hereditatis paternæ, si forte amplior & vberior fuerit hereditas pupilli. Et tractemus primum de eo casu, quo euenit, vt substitutus nihil retineat. Finge: pater, qui habuit quadringenta in bonis, à pupillo herede instituto legauit ducenta, à substituto eius centum. hereditas patris sufficit legatis, quia salui & illibati remanent centum aurei pro Falcidia, id est, pro quadrante hereditatis paternæ. At B post mortem patris pupillus deminuit hereditatem paternam in centum, vel quo alio casu deminuta ea est in centum, atque ita in hereditate pupilli inuenta sunt trecenta tantum, cum ex hereditate patris perierint centum. Substitutus præstabit legata vtrisque tabulis relicta pro modo hereditatis paternæ, non pro modo hereditatis pupillaris. Præstabit igitur integra trecenta, sine deductione Falcidiæ, quia patris hereditas sufficiebat legatis tempore mortis, quam solam intuemur semper, *l. qui fundum § qui filium, hoc tit.* Si intueremur hereditatem pupilli, quæ minor est, ex trecentis retineret Falcidiam, puta septuaginta quinque, sed intuemur hereditatem patris non pupilli, & pro modo hereditatis paternæ rationem ponimus legatorum & Falcidiæ, perinde ac si nullæ extarent secundæ tab. nulla bona pupillaria, nulla alia C quam paterna, & relicta secundis tabulis, essent relicta in primis. Est qui scripserit legata relicta secundis tab. solui de hereditate pupilli, quod nunquam admittendum est. Id manifesto pugnat cum hoc §. cum ait, *de suo nimirum quadrante dabit substitutus legata*, scilicet relicta secundis tabulis, non sufficiente hereditate pupilli. Et subiicit; *quoniam pater legauit de suo*, sic est scriptum Florentiæ, ac etiam Basil. ὁ γὰρ πατὴρ ἐκ τῶν ἰδίων ἔδοξε ληγατεύειν: *quoniam de suis bonis videtur pater legare*. si legauit de suo, & solui ea voluit de suo. Præstabuntur igitur & soluentur de bonis paternis, non de bonis pupilli. Et quod ait, de suo quadrante dabit substitutus, hoc est legata relicta secundis tabulis, substitutus implebit de quadrante bonorum, quem saluum habebat tempore mortis patris, quo scilicet tempore, in bonis erant quadrin- D genta, in legatis trecenta. Ac ita lege non excedebant modum legis Falcidiæ, sed post mortem patris perierunt centum. Ea substituto perierunt, non legatariis: Reliqua trecenta præstabit legatariis nihilo retento. Et ita euenit, vt substitutus perdat quadrantem, quem saluum habuit tempore mortis testatoris. nec ea res damnosa est substituto, cum liberum ei fuerit non adire hereditatem pupilli, vt ait *l. in quantitate, hoc titulo*, quod congruit cum illa regula, *quod quis ex sua culpa damnum sentit, &c.* Ad quam commode possis applicare verba illa *dict. l. in quantitate*, cur temere adiit hereditatem pupilli infructuosam propter legata, ac forte detrimentosam propter onus æris alieni? Et hæc est sententia Papin. hoc §. E euidentissima. Cui tamen obiicitur, legata non præstari vltra vires hereditatis, ex nullo testamento præstari vltra vires patrimonij, id est, ne ex testamento quidem militis, ex quo tamen præstantur legata vltra dodrantem, quia l. Falci. cessat in militari testamento, sed non præstantur vltra assem, *l. 1. §. denique, ad Trebell.* Sane ita est, ex nullo testamento plus legatorum nomine præstari, quam quantitas est hereditatis, neque ex testamento militis, in quo tamen cessat Falcidia, neque ex testamento pagani, in quo Falcidia locum habet, & vires hereditatis, pro quibus legata præstari oportet, æstimantur deducta Falcidia. in testamento militis vires hereditatis finiuntur asse. in pagani testamen

to dodrante assis. Et ita perspicue §. seq. *vltra vires portionis*, id est, vltra dodrantem. Atqui in proposito casu, vt diximus, heres præstat legata de suo quadrante, cum eum non retineat. Ergo ea præstatio vltra vires hereditatis, vltra dodrantem est. Hæc igitur videntur inter se pugnare. Verum huic argumento respondeo hoc modo: ex sententia Papiniani aliud esse heredem præstare legata de suis bonis, aliud de suo quadrante. De suo quadrante præstat sæpe, vt in multis casibus, quibus Falcidia locum non habet, si militare testamentum sit, vt dixi, si coactus adierit, *l. quia poterat, ad Trebell.* quo casu restituitur integrum fideicommissum, nec vtitur beneficio Falcidiæ: vel si id egerit, vt legata aut fideicommissa intercciderent, vel si incapaci rogatus est restituere, & precibus fidem tacitam accommodauerit, *l. beneficio, h. t.* & hodie ex Nou. 1. Iustiniani si testator prohibuerit Falcidiam. Heres igitur de suo quadrante præstat sæpe legatum vel fideicommissum: de suis bonis, nunquam, quod sciam, nisi ex constit. Iustiniani vno casu, si omiserit inuentarium, quo casu & de suo quadrante, & eo amplius, de suis bonis explet legata, *l. vlt. C. de iure delib. & Nou. 1.* In proposito igitur, si in bonis paternis fuerint quadringenta, in legatis, trecenta, & perierint centum post mortem testatoris sine culpa heredis aut substituti, substitutus nihil retinebit quadrantis nomine, & præstabit legatariis trecenta integra. qui non retinet Falcidiam, qui non retinet quadrantem, dat de suo quadrante. Sed si perierint centum quinquaginta, non præstabit legatariis nisi ducenta quinquaginta. si perierint ducenta, non nisi ducenta reliqua. si omnis hereditas patris perierit, nihil præstabit. Nam eo quod acceperit amplius, æquum non est heredem præstare legata, *l. 1. §. Marcellus, tit. seq.* Et ita in *l. in quantitate, h. t.* cum dicitur damnum quod contingit post mortem testatoris pertinere ad heredem: vt puta si reliquerit testator centum mortis tempore, & legauerit septuaginta quinque, ita vt supersit heredi salua Falcidia, & post mortem eius in tantum decreuerit hereditas, vt supersint tantum septuaginta quinque: solida septuaginta quinque præstabit legatariis, imo etsi in tantum decreuit hereditas, vt relinquantur minus quam septuaginta quinque, solida legata præstabit, id est, sine deductione vlla Falcidiæ, sicut in h. tit. sæpissime dicuntur, *plena, integra, solida præstari legata*, quibus nihil decedit nomine Falcidiæ. Ergo dum ait, eum solida legata præstare illo casu, quo relinquitur minus, quam septuaginta quinque, id sic est accipiendum, vt rectissime notat Accurs. vt præstet de suo quadrãte, non etiam de suo proprio patrimonio: vt præstet solida, quantum quadrans facere poterit, qui apud eum remansisset, si non decreuisset hereditas post mortem testatoris. Atque ideo Pap. recte, *de suo quadrante* dixit, non *de suo*, simpliciter, sed adiecit *quadrante*. Et faciunt imprudenter, qui mouent verbum *quadrante*, quod retinuerunt etiam Basil. Latine dicitur, *de suo triente*. Nam in Oriente, vbi valebant Basil. in quibus ita est ex τοῦ οἰκείου τούτου, Falcidia quę erat olim quadrãs, versa fuerat in trientem producta Nou. Iust. *de triente & semisse*, etiam ad extraneos heredes. Locus igitur hic elegans est, vt heres vel primus vel secundus obligetur legatariis, & præstet legata sæpe de suo quadrante, non etiã de suo, ne amplius præstet, quam reliquerit testator mortis tempore. Verum enimuero & cum heres, vt in proposito casu, præstat legata de suo quadrante, si quis argumentetur, vt supra, & dicat, debet igitur præstare vltra vires hereditatis paternæ. hoc negabo, quia hereditas patris mortis tẽpore sufficiebat legatis. pupilli quidẽ hereditas moriente pupillo non sufficiebat, sed solam hereditatem patris spectamus, ex qua etiã legata vtrisque tabulis relicta erogari oportet. Nam & legata relicta in secũdis tabulis, quodammodo videntur relicta in primis sub conditione, quia moram eis iniicit substitutionis casus, *l. in duplic. h. tit.* Et perinde res est, ac si à pupillo ipso sub conditione legasset centum, quæ ab eius substituto legauit. Quo sa-

ne casu, damno incidente post mortem patris in centum, pupillus existente conditione præstaret trecenta, non deducta Falcidia. Nec recte diceretur præstare vltra vires hereditatis paternæ, cum tempore mortis legatis præstandis idonea fuerit hereditas, ac proinde deminutio illa aut damnum illud, deminutio est vel potius consumptio Falcidiæ, non deminutio legatorum. nemo est, qui non intelligat hunc priorem casum, quo euenit, vt substitutus non retineat quadrantem, vt damnum faciat quadrantis. Alter casus, quo euenit, vt longe plus habeat quarta paternæ hereditatis, hic est. Finge: pater qui quadringenta habuit in bonis, legauit à pupillo ducenta, & à substituto totidem ducenta; hereditas patris non sufficit legatis salua Falcidia. post mortem patris pupillus centum adquisiuit, adeo vt moriente pupillo fuerint in bonis pupilli quingenta: substitutus mortuo pupillo, non tantum retinebit quartam bonorum paternorum, puta centum, sed etiam alia centum, quæ pupillus post mortem patris adquisiuit, vel etiam mille, si adquisierit pupillus: atque ita longe plus habebit quarta paternæ hereditatis. Nam & augmentum, quod accessit, præter eam quartam habebit. Vnde notandum est, non eandem esse omnino rationem damni & lucri. Damnum heres facit quadrantis tantum, deminuta hereditate patris post mortem eius. Lucrum autem facit supra quadrantem etiam immensum ex bonis post mortem patris, à pupillo aliunde adquisitis, vt *l. 10. h. t. & l. 14. §. vlt. & l. qui duos impuberes, de vulg. substit.* Prior ille casus, quo heres nihil retinet, exponitur à Papiniano in illo loco; *Quid ergo si non sufficiat hereditas, &c.* hic posterior casus non exponitur à Papin. quia potest facile intelligi ex contrario.

Ad §. si filio.

Si filio suo duos substituerit, & alterius portionem onerauerit, tractari solet, an ex persona sua Falcidiam possit inducere substitutus, quam pupillus non haberet, vel vnus pupilli substitutus. Et facile quis dixerit consequenter prioribus, quæ de patrimonij ratione dicta sunt, non esse Falcidiæ locum, & vltra vires portionis conueniendum alterum substitutum. Sed verior est diuersa sententia, perinde huic quartam relinquendam existimantium, atque ita si patri heres extitisset. Vt enim opes patris & contributio legatorum inde capiunt & formam & originem: ita plures substituti subducta persona pupilli, reuocandi sunt ad intellectum institutionis. Quid tamen dicemus de altero substituto, qui non est oneratus si forte nondum legata pupillus à se relicta soluit, & aliquid vltra dodrantem fit: in omnibus & ipsum Falcidiam habiturum? Atquin quartam habet, neque idem patiatur instituti comparatio. Rursus si negemus, aliud aperte quam quod vulgo probatum est, respondetur. itaque varietas existet, vt is quidem qui proprio nomine oneratus est, velut institutus desideret quartam: alter autem qui non est oneratus, vt substitutus, licet portio largiatur eius non in solidum conueniatur propter calculi confusionem. Huic consequens est, vt si pupillo de Falcidia cautum fuit, duobus committatur stipulatio: videlicet in eam quantitatem quam vnusquisque sibi retinere potuisset.

TRactauimus de vno substituto pupilli, qui etsi tanquam institutus suo nomine Falcidiam inducere non posset, quod ab eo legata non sint relicta vltra dodrantem, tamen propter contributionem legatorum à pupillo relictorum, nomine pupilli tanquam substitutus Falcidiam inducit: puta si coniuncta simul legata vtrisque tabulis relicta dodrantem excedant & quandoque nullo modo inducit Falcidiam, quandoque plus Falcidia consequitur. Hoc intelleximus ex §. *quod vulgo*, nunc in *hoc §. si filio*, tractabimus de duobus substitutis pupilli, quorum alter Falcidiam inducit suo nomine sine contributione tanquam institutus, alter ex contributione nomine pupilli tanquam substitutus. Et species hæc

A est: Pater qui quadringenta reliquit in bonis, filium impuberem ex asse heredem instituit, & ei duos substitutos dedit, Primum & Secundum, à filio legauit centum, à Primo ducenta, à Secundo centum quinquaginta. pupillo mortuo ante pubertatem, atque ita locum habente substitutione, ex hereditate pupilli ad singulos substitutos peruenient ducenta. Primi portio onerata est, quia quot aureos capit ex hereditate pupilli, capit autem ducentos, tot dare iussus est legatariis. Exhausta igitur est Primi portio potius quam onerata, sed & quæ exhausta est, onerata est, non contra. Possit esse onerata, & non exhausta. *Exhauritur hereditas*, si legata assem absumant: *oneratur*, si legata excedant dodrantem, nec assem consumant: *delibatur*, si non excedant dodrantem, & lege Falcidia hereditatis delibari potest, B non exhauriri, non onerari legatis. Et definitio illa legati; *legatum est delibatio hereditatis*, est secundum legem Falcidiam; delibatio non exhaustio. Primi igitur portio exhausta est. Secundi autem portio onerata non est, cum saluam habeat quartam portionis suæ, nempe quinquaginta, quia centum quinquaginta dare iussus est, & ad eum pertinent ducenta ex hereditate pupilli. Quæritur primum in hoc §. an Primus, qui oneratus est ex sua persona, proprio nomine Falcidia vti possit, quod portio eius sit exhausta. non posset pupillus ipse, si essent ab eo legata ducenta, quia legato sufficeret hereditas. non posset etiam Primus ipse, si solus substitutus esset, eadem ratione, quia legatis sufficeret hereditas paterna, cum etsi Primo adiectus sit alius substitutus, habita ratione totius assis, inspecto vniuerso patrimonio testatoris, cuius diximus semper habendam esse rationem, legata, quæ Primus C debet, non excedunt dodrantem. Ergo Falcidia vti non potest, & conuenietur vltra vires portionis suæ, id est, præstabit integra ducenta, quæ ex hereditate pupilli ad eum peruenerunt. Et ita videtur prima specie. Sed non probat hanc sententiam Pap. nam verius esse ait, vt Primus Falcidia vtatur, qui oneratus est hereditate, habita ratione portionis suæ, non totius assis, quia duo substituti, subducta persona pupilli, id est, pupillo remoto, è medio sublato, non extante, licet pupillo heredes existant, *reuocantur*, inquit, *ad intellectum institutionis*, id est, intelliguntur esse instituti primis tabulis (id est, perinde est ac si instituti, non substituti essent.) Quod & de vno substituto dicitur, qui oneratus est legatis ex sua persona, *l. coheredi §. coheres, de vulg. subst. l. qui fundum §. vlt. h. t.* Illi igitur duo substituti intelliguntur esse instituti primis tabul. mortuo pupillo, & cum sint duo instituti, constat in singulis institutis poni rationem leg. Falcidiæ separatim, *l. in singulis, ἰδιαζόντως, h. t. §. & cum quæsitum, Inst. eod.* Et hoc est quod dicitur, *legatorum rationem esse separandam*, *§. quæsitum seq.* Quod videtur pugnare cum §. *quod vulgo*, in quo dicitur, *legatorum rationem esse confundendam.* Sed facile est rem dirimere. Confunditur ratio legatorum, si vnus sit institutus vel substitutus, & totius assis habetur ratio. Separatur, si duo vel plures sint instituti vel substituti, quia & portiones hereditariæ separantur quasi duo E asses. Duo igitur instituti secundis tab. comparantur duob. institutis in primis, & sicut instituti separatim detrahunt Falcidiam singuli suæ portionis, ita & substituti singuli. Et sic etiam, inquit Pap. in *hoc* §. elegantissime, si intelligatur, *opes patris, & contributio legatorum, inde capiunt, &c.* Inde, id est, ex primis tabulis, vt duo substituti videantur instituti primis tabulis. Sic etiam opes patris, & contributio legatorum ex primis tabulis capiunt & formam & originem, omnib. reuocatis ad primas tabulas. *Opes patris*, id est, facultates paternæ, bona patris formam capiunt ex primis tabulis, formam, quæ aduenit bonis statim atque existunt. Omnis enim forma materiæ aduenit in ipsa generatione statim, vt Philosophi aiunt. Forma, inquam, quæ aduenit bonis, statim ac existunt, nihil aliud est, quam pretium & æstimatio bonorum. Hæc enim sola id agit, vt bona sint aliquid, quæ vis est formæ,

& bona paterna ex ea tantum forma censentur, quæ hæret bonis eo tempore, quo primæ tabulæ valere incipiunt, id est, tempore mortis patris, vt intelleximus ex tractatu §. *quod vulgo.* & est fusum per hunc titulum omne ius paternæ hereditatis. & contributio legatorum. Nunc de bonis patris vtrisque tabulis relictis, originem & causam capit ex primis tabulis: Nam quæ relicta in secundis tabulis, intelliguntur esse relicta in primis, & omnibus contributis atque permistis pro modo eorum, ex omnibus l. Falcid. habetur ratio. Et hac denique comparatione Papinian. vtitur: sicut legata relicta secundis tabulis ideo contribuuntur, quod videantur relicta etiam ipsa in primis tabulis: & sicut patrimonium id duntaxat spectatur, quod versatur in primis tabulis: videntur etiam ita substituti secūdis tabul. instituti in primis sublato pupillo. Igitur in proposita specie, Primus qui oneratus est suo nomine, vt institutus Falcidiam inducet, & cum ex hereditate pupilli ad eum pertineant ducenta, & legatorum nomine totidem debeat, quæ dare iussus est, & debeat etiam quinquaginta ex centum, quæ à pupillo sunt relicta; primum detrahentur quinquaginta, quæ sunt extra quantitatem bonorum paternorum, extra quantitatem portionis Primi, vt dicitur in §. *vlt. Inst. eod. tit. l.* 1. §. *Marcellus, tit. seq.* deinde vt institutus suo nomine, quartam retinebit ex ducentis. Plerisque videbantur hæc verba Papiniani, *vt etiam opes, &c.* non verba esse, sed θαύματα siue portenta, sed sunt facilia, si adhibueris hanc interpretationem, quā vtique ferunt verba, nec vlla est causa mutandi aut traiiciendi ea. Et hæc quidem de Primo, qui oneratus fuit, & ait, *si filio, &c.* Nunc videamus quid sit dicendum de Secundo, qui oneratus non est, an vtetur Falcidia? Et cum ad eum, à quo erant tantum legata centum quinquaginta, ex hereditate pupilli pertineant ducenta, & centum quinquaginta dare iussus sit, quia saluam Falcidiam habet suæ portionis, nempe quinquaginta: sane ex sua persona Secundus, vt institutus Falcidiam inducere non potest, sicut heres ex semisse institutus primis tabulis à quo essent legata centum quinquaginta, Falcidiam non induceret. Igitur instituti comparatio non patitur, vt Secundus Falcidiā inducat, quia nec institutus eam induceret, in simili casu. Et hoc est quod ait, *atquin quartam habet, &c.* vt scilicet inducat Falcidiam eique imputet, qui habet Falcidiam. Sed si nondum solutis legatis pupillus decesserit, quia ex persona pupilli Secundus debet quinquaginta, cum à pupillo legata essent centum, ex sua autem persona, centum quinquaginta, facta contributione legatorum, cui locum esse negare non possumus, quia vetat regula § *quod vulgo,* & vt ait, *si negemus,* Secundum scilicet Falcidiam habiturum, *negemus aperte, quod vulgo probatum est,* negemus contributionem fieri. Placet igitur Secundum facta contributione omnium legatorum, in omnibus posse habere rationem legis Falcidiæ, non vt institutum iam, cum eius portio sufficiat legatis, sed vt substitutum. Ergo nō semper substitutus comparatur instituto, non vtique hoc casu vbi ex sua persona suo nomine substitutus oneratus non est, sed ex persona pupilli tantum propter contributionem legatorum. vbi suo nomine oneratus est, etiamsi fiat contributio, instituto comparatur, *d.* §. *coheres, & d. l. qui fundum* §. *vlt.* Atque ita specie proposita, vt eleganter concludit, varietas existit & differentia magna inter Primum & Secundum. Nam Primus, qui suo nomine oneratus est, non pupilli, vt institutus detrahit Falcidiam suæ portionis. Secundus autem, qui nomine pupilli oneratus est, ex persona pupilli, non ex sua, detrahit Falcidiam vt substitutus, *propter confusionem calculi*, propter contributionem legatorum vtrisque tabulis relictorum. Denique in Secundo Falcidiam inducit contributio. In Primo Falcidiam separata propriaque ratio. Et hinc fieri subiicit, vt si legata à se relicta pupillus soluerit vti oportet exacta cautione, quod amplius soluerit reddi: existente casu substitutionis stipulatio committatur vtrique substituto, quia vtrique substituto competit beneficium le-

A gis Falcidiæ, alteri sine contributione, alteri ex contributione, *l.* 1. §. 1. *tit. seq.* Hanc stipulationem interpositam à pupillo posse committi heredi pupilli. si heredi, & heredibus quoque, quicunque possunt inducere Falcidiam. Et hoc est quod deinde ait, *quid tamen dicemus de altero substituto, &c.* In omnibus legatis, addito (contributis) *licet portio largiatur eius,* id est, non si onerata, sed sufficiat. Sed quia dicit in vltima parte, stipulationem interpositam à pupillo in proposita specie, posse committi vtrique substituto, quod vterque vti possit Falcidia. alter tanquā institutus, alter tanquam substitutus, non tamen vterque eodem modo, quod confirmaui etiam ex *l.* 1. §. 1. *tit. seq.* vt & eius *l.* 1. §. *Marcellus*, exponamus quod in hac materia afferri solet. Obseruandum est ex eo §. hanc stipulationem, *quod amplius soluerit reddi,* nonnunquam interponi ab heredibus pupilli, veluti substitutis, non ab ipso pupillo. Et quod mirum est, ab his etiam substitutis, à quibus nihil legatum est, vt in hac specie: Pater qui quadringenta habet in bonis, pupillum heredem instituit, & ei substituit Primum & Secundum: à pupillo, & à Secundo nihil legauit, à Primo legauit trecenta, ad quem tamen non sunt peruentura nisi ducenta ex hereditate pupilli, deminuta scilicet hereditate paterna. Ergo à Primo tantum legauit & quidem trecenta, & forte dubium est, an interueniat Falcidia, id est, an solida debeantur legata, quia ratio æris alieni, quod pater contraxisse dicitur, nondum est certa. Et in ponenda ratione legis Falcidiæ vtique semper ante omnia deducitur æs alienum, & id tantum quod superest intelligitur esse in bonis, aut fuisse mortis tempore. Et ita etiam nominatim fuit expressum l. Falc. & Senatuscons. Pegasiano, *l. successores, C. ad l. Falc.* Et interim causa bonorum & æris alieni nondum explorata atque cognita, Primus cogitur soluere ducenta, non trecenta, quia centum sunt extra quantitatem bonorum, extra quantitatem portionis suæ, & nemo plus portione sua legatariis cogitur præstare, vt est in *d.* §. *Marcellus.* Interim igitur Primus cogetur soluere non trecenta, quæ ab eo legata sunt, quia centum sunt extra quantitatem bonorum, extra quantitatem portionis suæ, sed ducenta integra, interposita, scilic. cautione, *quod amplius soluerit reddi,* quam interponi etiam Secundo, licet ab eo nihil legatum sit, oportet: quia cum & Secundus æri alieno defuncti obligetur, fieri potest, vt ducenta, quæ soluit Primus ante causæ cognitionem, causa cognita postea, & emergente ære alieno, non debeantur legatariis, aut appareat non fuisse debita legatariis: & ideo ab vtroque substituto repeti debeant, æris alieni soluendi gratia, cui vterque est obstrictus pro portione hereditaria. atque ita euenit, vt cautio interponatur etiam ei, qui nihil præstat legati nomine, & à quo nihil legatum est. Et hoc tantum proponitur in *d.* §. *Marcellus.*

Ad §. quæsitum 7.

Quæsitum est, si quis pupillo coheredem substituisset: quemadmodum legis Falcidiæ ratio inquiri debeat; & quale est, quod vulgo diceretur, legatorum rationem separandam. dixi, quantum ad legata, quæ pater à filio, item à substituto reliquit, nullam fieri posse separationem: cum communi calculo subiiciantur, & inuicem inducant contributionem. Sed legata quæ ab instituto extero data sunt permisceri cæteris non oportere, ideoque quartam pupillo datæ portionis habere substitutum, quamuis suam portionem habeat, vt institutus. Et aliam causam esse eius, qui ex variis portionibus heres scriberetur: ibi enim legatorum confundi rationem, non minus quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quæ conficeretur ex pluribus: neque referre pure sæpe, an sub diuersis conditionibus sit heres institutus.

IN §. *quod vulgo,* & in §. *si filio*, tractatum est, de legatis relictis à pupillo, & à substituto, vel eius substitutis. In

§. *quæſitum* tractatur de legatis relictis à pupillo, & à coheredibus eius, extraneo eodemque ſubſtituto. Incipiam à regula, quam habuimus anteriori §. in ſingulis heredibus inſtitutis vel ſubſtitutis ſeparatim poni rationem legis Falcidiæ, ſeparari rationes, ſeparari legata, ſecundum quæ euenit, vt ſi duo ſint coheredes, Primus & Secundus, & Primi portio onerata ſit, Primus ex ſua perſona Falcidiam inducat, & detrahat quadrantem portionis ſuæ, tametſi habeat Secundus coheres eius integrum quadrantem totius aſſis, vel etiam amplius. Nec quicquam intereſt, vterque ſit inſtitutus pure, an ſub conditione, an alter pure, alter ſub conditione: quoniam ſemper inter coheredes fiet ſeparatio partium in ponenda ratione legis Falc. & ſeparatio legatorum à ſingulis nominatim relictorum, §. *& cum quæſitum eſſet, Inſtit. de lege Falcidia.* Nec legata quæ relinquuntur generaliter, veluti, *quiſquis mihi heres erit, Titio centum dato*, vtrumque heredem tenent, nec in cauſam ſeparationis veniunt, *l. ab omnibus, de leg.* 1. *l.* 1. §. *id quod ex ſubſt. hoc tit.* Coheredes autem ſunt non tantum hi, qui ſunt ſcripti iiſdem tabulis, ſed hi, quorum alter ſcriptus eſt primis tabulis vt inſtitutus, alter ſecundis vt ſubſtitutus. Inſtitutus & ſubſtitutus coheredes ſunt ſane, licet ſint ſcripti diuerſis tabulis, alter in primis, alter in ſecundis, ſicut collegatarij ſunt, quorum vni res legatur in primis tabul. & alteri eadem in ſecundis, *l. plane* §. *ſi coniunctim, de leg.* 1. Et ita coheres pupilli & alius ſubſtitutus pupilli coheredes ſunt, quaſi vnus ſit ſcriptus pure, alter ſub conditione. Coheres pupilli tam ſubſtituto pupilli coheres eſt, quam ipſi pupillo, ſi exiſtat ſubſtitutioni locus. Ideoque in legatis à ſe, & à pupillo relictis, quæ confundi conſtat, ſubſtitutus recte inducit Falcidiam, etiamſi coheres pupillo datus obtineat quadrantem integrum hereditatis paternæ. Et hæc eſt ſententia legis *coheredi* §. *coheredes, de vulg. ſubſtit.* In poſteriori parte, quæ incipit ab his verbis, *non idem ſeruabitur.* prior infra explicabitur. Aliquando igitur ratio legatorum ſeparatur, aliquando confunditur. Et vtraque regula vera eſt ſuis caſibus, legatorum rationem ſeparari, legatorum rationem confundi. Prior vera eſt in duobus coheredibus; poſterior in vno coherede. vt ſi quis inſtituatur ex duabus vel pluribus partibus, hic confundit partes, & legata earum partium, etiamſi altera pars ei ſit adſcripta pure, altera ſub conditione: quia perinde eſt, ac ſi ſemel heres inſtitutus fuiſſet ex ea portione, quæ conficeretur ex pluribus, *l. quidam, C. de iure delib.* Et in vltima parte huius §. cum ait, *& aliam cauſam, &c.* Finge, Titium heredem inſtitutum ex ſextante pure, ex triente ſub conditione, & ab vnaquaque portione iuſſum dare aliquid. hic pro eo habetur, ac ſi ſemel inſtitutus fuiſſet ex ſemiſſe, nec ſcindere eum ſemiſſem poteſt, & ſeparare ſextantem à triente, nec ſeparare legata à ſe relicta ex ſextante, & ea etiam legata à ſe relicta ex triente, ſed ſimul in omnibus rationem legis Falcidiæ componere debet. Eo quoque fit, vt ſi idem ſit coheres & ſubſtitutus, coheredi componat & contribuat legata à ſe relicta in inſtitutione, & legata à ſe relicta in ſubſtitutione, ſi pars coheredis integra non onerata ad eum reciderit ex ſubſtitutione vulgari vel pupillari. nec refert, quia, & hic coheres idemque ſubſtitutus coheredis, videtur inſtitutus eſſe ex parte pure, ex parte ſub conditione. Ergo ex aſſe. Confundere igitur debet partes partiumque legata. Et hoc ita eſſe in ſubſtitutione vulgari, & in pupillari probat lex *qui fundum* §. *qui filium, h. t.* & in ſubſtitutione pupillari, *l. coheredi* §. *coheres*, in priori parte. Atque ita tenemus totum eum §. Idemque in ſubſtitutione vulgari eſſe probat lex 1. §. *id quod ex ſubſtit. h. tit.* Igitur ſi ex parte integra, quæ ad eum recidit ex ſubſtitutione, quadrantem hereditatis ſibi ſeruare poſſit, non vtitur beneficio l. Falcidiæ in parte ei adſcripta pure, tametſi onerata ſit vel exhauſta. Pars integra, quæ accedit oneratæ, replet partem oneratam, & ceſſat Falcidia, ſi pars, quæ accedit Falcidiæ, ſufficiat, quamuis ea pars, cui accedit, non ſuffe-

A cerit Falcidiæ. Verum notandum eſt, non idem eſſe è contrario, ſi pars coheredis onerata, ex ſubſtitutione vulgari vel pupillari perueniat ad coheredem, qui oneratus non eſt, cuius pars eſt integra: hoc enim caſu partium & legatorum ſeparatim habetur ratio. Atque ita fit vt etiam in vno herede, quaſi ſuſtineat vicem duorum, prior regula ſeruetur, & ex parte onerata, quæ accedit, detrahatur Falcidia, perinde atque ſi pertineret ad eum coheredem; à quo ex ſubſtitutione ea pars obuenit alteri, licet coheres, cui obuenit ex ſua inſtitutione, ſaluum quadrantem hereditatis obtineat. Quod ita de ſubſtitutione pupillari eſt ſcriptum in *d. l. qui fundum* §. *qui filium.* atque etiam in hoc §. *quæſitum.* Nam vt eius ſententiam exponamus breuiter: ſi pupillo extraneus quidam datus ſit coheres & ſubſtitutus, is coheres & ſubſtitutus confundit quidem legata à ſe
B in ſubſtitutione relicta, & legata à pupillo relicta. At retro è contrario, hæc legata ita confuſa non confundit cum legatis à ſe in inſtitutione relictis, & ex his, quæ ſunt à pupillo, & à ſe relicta in ſubſtitutione, Falcidiam detrahit, etiamſi ex ſua inſtitutione habeat quadrantem integrum hereditatis paternæ. Atque ita fit, vt portione onerata accedente portioni integræ, non fiat confuſio vel contributio, ſed ponatur Falcidia ſeparatim. Et hoc eſt quod ait in hoc §. *legatorum rationem* &c. id eſt, in ſingulis heredib. ponendam ab inſtituto qui eſt extraneus. Hoc in ſubſtitutione pupillari. Et idem etiam de vulgari ſubſtitutione eſt ſcriptum in *l.* 1. §. *id quod ex ſubſtit. hoc tit.* in poſteriori parte. Priorem partem eius §. iam expoſui ante. Poſterioris hæc eſt ſententia: Si ab eo coherede, inquit, cui eſt facta ſubſtitutio vulgaris, legata ſint relicta quæ exhau-
C riant eius partem, ac proinde omiſerit partem ſuam, eaque peruenerit ad coheredem iure ſubſtitutionis vulgaris, cuius quidem portio eſt, integra legata ab eo relicta qui omiſit partem ſuam, non augentur, id eſt, in eis inducitur Falcidia, ſeu minuuntur Falcidiæ interuentu. Atque ita pars onerata vel exhauſta, quæ iure ſubſtitutionis accedit parti integræ, non repletur per partem integram, cui accedit. Et ex his, quæ diſputaui & demonſtraui, orta eſt hæc definitio Doctorum: *ſi pars non grauata, quam appello integram, accedat grauatæ, contributioni locus eſt. ſi pars grauata accedat non grauatæ, contributioni locus non eſt.* quæ definitio veriſſima eſt, non tantum ſi iure ſubſtitutionis accedat, vel vulgaris vel pupillaris, ſed etſi accedat iure accreſcendi, *l. quod ſi alterutro, h. t.* In qua lege maxime ve-
D lim obſeruare vos, Iuriſconſultum à rebus ſingulis ad res vniuerſas, à legatis ad portiones hereditarias progredi & argumentari hoc modo: *ſi legata integra ſingularum rerũ, quæ deficiunt & remanent apud heredem, replent portionem heredis oneratam,* quod eſt certum, *l. id autem, l.* 51. 52. *hoc tit.* & portio hereditatis integra, quæ deficit & adcreſcit coheredi, auget portionem coheredis, quæ non eſt integra. contra vero portio onerata quæ deficit & accreſcit integræ, non repletur per integram, non augetur per integram. Idemque licet confirmare ex *l. ſi Titio & Mæuio, de leg.* 2. ac etiam ex *l.* 1 §. *ſi coheredis, hoc tit* In quo obſeruandum eſt, fuiſſe hac in re diſſidium inter veteres iuris auctores: Nam Caſſiani, parte coheredis onerata adcreſcente integræ, exiſtimabant confundendas eſſe partes: Proculianis aliud iudicium erat: Namque aiebant, ſeparandas
E eſſe partes, quæ eſt verior opinio. Et Iulianus ipſe in hac ſpecie, quamuis fuerit Caſſianus, aſſenſit Proculianis: quo magis probatur Proculianorum opinio eſſe verior quæ confirmatur ab ipſo aduerſario. Et Paulus quoque in *d.* §. *ſi coheredis*, ſequitur hanc Proculianorum opinionem: atque Iulianus, qui ea in re diſcedit à ſua familia, ait, ſibi videri probabiliorem: licet, vt idem Paulus refert, Imperator Antoninus, dicatur aliquando iudicaſſe pro Caſſianis. Sed Paulus ſæpe improbat decreta Principum, *l. Æmylius, de minor.* nec decreta Principum ius faciunt, niſi quæ inualuerunt: nam quod cognoſcens decernit Princeps, ſcio eſſe legem, ſed cum hoc modo, ſi inualuerit. Et ita poſſis te expedire illo §. *ſi coheredis.* Si tibi nimia

religio est addendæ negationis (qua de re obseruatio IV. c. XXXV.) potes & concludere hoc modo; veram esse definitionem Doctorum indistincte, vt accedens integra portio oneratæ repleat oneratam: accedens autem onerata integræ, non repleatur, siue iure substitutionis accedat, siue iure accrescendi. Et ratio differentiæ hæc est: quia non potest eadem portio locum principalis, & locum accessionis obtinere. quæ accedit portio, accessio est. ea cui accedit, portio est principalis: pars deficiens accedit parti agnitæ, id est, non omissæ, non agnita, deficienti, & accessionis est replere principalem, non principalis replere accessionem. accessionis est augere, non augeri. Igitur non probo eorum opinionem, qui hac in re differentiam faciunt inter ius substitutionis, & ius accrescendi: & in iure accrescendi, veram esse existimant definitionem illam iuris, quam Doctores tradiderunt, non vsquequaque veram esse, in iure substitutionis. Subruitur etiam hæc differentia posteriori parte §. *id quod ex substitutione*, quam exposui ante. Vtraque enim pars huius §. est de substitutione. Sed vt effugiant illam posteriorem partem, quæ hanc differentiam impugnat, non ex animi sententia, vt puto, eam interpretantur de iure accrescendi, ac ita efficiunt, vt de iure accrescendi quidem mox repetatur exposita sententia Cass. & Procul. §. *si coheredis*, qui sequitur. §. *id quod*, de eodem iure accrescendi accipiunt, & superfluum reddunt §. *si coheredis*. Hanc vero mentem eorum falsam esse prodit rerum ordo, quæ tractantur in *d.* §. *id quod*, & §. *si coheredis*, qui sequitur, & §. *coheredem*, qui & mox subsequitur. Primum enim in §. *id quod*, agitur de iure substitutionis, & ostenditur, si eo iure portio integra accesserit oneratæ, confundi partes, contra si onerata accesserit integræ, separari partes. Mox in §. *si coheredis*, agitur de iure accrescendi, idemque iuris esse constituitur in iure accrescendi, vt distinguamus, accrescat portio integra oneratæ, an onerata integræ. Et licet etiam idem constituere in iure hereditatis, vel dominicæ, vel paternæ, vt *l. si pupillus* §. *si ego*, & *l. maritum*, *in prin. hoc t.* Ac post eadem serie, & quasi filo eodem in §. *si coheredem*, statim agitur de iure adrogationis, quoties pars coheredis meæ parti accedit per adrogationem, quod eum adrogem in locum filij: nam adrogatio coheredis omnia bona coheredis meæ subiicit potestati. Agitur & in eodem §. de iure legitimæ aut prætoriæ hereditatis coheredis. Et ostendit, duobus heredibus scriptis, si vterque adierit hereditatem, quod est extra omnem dubitationem, separari partes, cum quisque suam adquisierit, nec iam esse disputandum de confusione, & separari partes, etiam si pars vnius accesserit alteri iure adrogationis, vel iure intestatæ successionis, vel iure testamenti facti à coherede. Vnus tantum est locus, quo propugnatur opinio illorum, qui hac in re differentiam putant esse constituendam inter ius substitutionis, & ius accrescendi in *l. qui fundum* §. *qui filium*, *hoc tit.* Locus est, in quo aperte Iulianus scribit, substitutum eundemque coheredem, qui integram partem suam habet, id est, non grauatam, & cui iure substitutionis vulgaris accedit pars coheredis onerata: atque ita parte onerata accedente integræ ex substitutione vulgari, ait Iulianus, eius partis solida legata deberi. Ergo non posse in ea parte separatim inueniri Falcidiam, quod sufficiat pars integra, cui ea accedit. Et aliud esse statuit in substitutione pupillari. Et hoc vult in summa totus ille §. *qui filium*, si pars onerata accedat integræ ex substitutione pupillari, separari legata: si ex substitutione vulgari, confundi legata. contra si pars integra accedat oneratæ ex substitutione vulgari, vel pupillari, vel reciproca, nihil refert, confundi partes, confundi legata, non tamen semper. Ante diximus, nullam esse constituendam differentiam inter substitutionem vulgarem & pupillarem. Memini me huic §. *si filium*. respondisse obseru. *d. cap. 35.* & id, quod respondi, etiam sine opera mea erit cuilibet facile statim atque legerit, apprehendere, cum sit ve-

A rum. Sumitur enim responsio ex iure quodam, quod obtinuit Iuliani tempore. Reliqua sunt ξωμετὰ μόνοις τοῖς ἐξαρτῶσι. Et illud si cui sit cura repetere intelliget. Velim vos animaduertere, esse *in cap. 2.* transpositionem manifestam: nam ibi in illis locis, *adeuntis vel superstitis portio*, reponendum est loco *adeuntis, deficientis*, & loco *deficientis, adeuntis*. In cap. 3. velim hæc verba deleri, *vel ex primis*. Loci duo restant qui pertinent ad hanc materiam. in §. *vlt.* huius legis, vnus. alter in *l. qui fundum* §. *vlt. h. tit.* qui faciles erunt. Intelleximus ex supradicta recitatione, in ponenda ratione legis Falcidiæ, portionem integram accedentem oneratæ, replere oneratam per calculi confusionem, id est, côtributionem portionis legatorumque. portionem autem oneratam accedentem integræ, non re-

B pleri; accessionis esse replere, non repleri, augere, non augeri. Et hoc naturam ipsam satis dare. Et nihil refert, portio portioni accedat iure accrescendi, an iure substitutionis, vbique locum esse superiori definitioni. Nihil etiam referre, portio accedat ex substitutione vulgari, an ex pupillari. & ad *l. qui fundum* §. *qui filium, hoc tit.* in quo portio quidem onerata accedens integræ ex substitutione pupillari non repletur, sed accedens ex substitutione vulgari, repletur. Ad eum, inquam, §. ita respondere volebam, d Iulianum scribere in eo §. cuius ætate nondum legata relicta ab instituto nominatim, debebatur à substituto vulgari. Hoc enim primum increbuit ex constitutione Seueri, *l. licet, de leg. 1. l. si Titio & Mæuio* §. 1. *de leg. 2. l. 4. C. ad Trebell.* Igitur legata relicta ab instituto, ante constitutionem Seueri non debebantur à substituto vulgari, nisi ab

C eo substituto repetita fuissent hoc modo sc. *quæ ab herede meo legaui, quæque eum dare iussi si heres esset, & si heres non erit, à substituto eius præstari volo.* Necessaria erat repetitio, alioquin substitutus vulgaris non præstabat legata nominatim relicta primo gradu institutionis ab herede instituto primo gradu. Cum igitur Iulianus ponat in *d.* §. *qui filium*, ea deberi à substituto vulgari, & illud tacito intellectu ponit, quod etiam olim vulgo adscribi solebat in testamentis, ab eo substituto vulgari fuisse repetita legata. Vnde consequens est, confundi debere tam ea, quæ à se relicta sunt, quam ea, quæ relicta sunt à coherede, cuius portio ad eum peruenit ex substitutione vulgari, quia scilicet ab eo sunt relicta omnia. Sicut & si testator legata non reliquisset nominatim ab herede instituto sed generaliter

D hoc modo: *quisquis mihi heres erit dato.* hic coheres idemque substitutus confunderet omnia legata, & in eis ita côfusis inquireret rationem legis Falcidiæ, *l. 1.* §. *id quod ex substitutione, h. tit.* Et ita est respondendum ad eum §. *qui filium.* Cætera omnia congruunt bellissime, vt à me exposita fuerunt. Nunc videamus quid iuris sit, si portio onerata accedat oneratæ, si exhausta exhaustæ. Qua de re videtur esse, §. *vlt. d. l. qui fundum.* quo quidem explicato, absoluti sumus ista materia. Si integra portio accedit integræ, hic casus non pertinet ad hanc materiam côntributionis, quia locus Falcidiæ non est. vbi in totum Falcidia cessat, inanis est disputatio de contributione legatorum. Tota enim hæc disputatio vertitur circa legem Falcidiam. Itaque pertinet tantum ad testamenta paganorũ,

E non ad testamenta militum, ad quæ non pertinet lex Falcidia. Quid si onerata portio accedat oneratæ in totum: quo casu interuenit Falcidia? Et distinguo ita: aut plus onerata est vna quam altera, aut æque onerata est vna quam altera. Si plus onerata sit vna quam altera, consequenter superiori definitioni dicemus, contributionem fieri, si portio plus onerata accedat minus oneratæ. Quod omnino est superiori definitioni consentaneum, vt idem iuris sit in toto, quod in parte, aut idem in parte, quod in toto, iuxta *l. in ratione* §. *rursus, h. t.* Quid si vtraque pariter sit onerata, vtraque exhausta? Sane nihil refert. Et hoc statim cuilibet probatur, si separatim in singulis portionibus ponatur ratio legis Fal. aut confuse. Et si forte coheres in sua portione separatim posuerit Falcidiam antequam ei obueniret portio coheredis, deinde obuenerit ei

portio coheredis ex substitutione vulgari vel pupillari, nihil refert, vel ex iure accrescendi, vt quartam habeat omnium bonorum, quid aliud restat, quam vt & in portione coheredis, quæ ei accedit, similiter ponat Falcidiam? Et tamen in *d. l. qui fundum* §. *vlt.* vult Iurisc. de integro inquiri rationem legis Falcidiæ in vniuerso asse contributis & confusis legatis vtriusque portionis. Cur hoc vult? vt, inquit, coheres idemque substitutus habeat quadrantem omnium bonorum. Denique coheres, qui ante posuerat Falcidiam in sua portione, obueniente ei portione coheredis, retractat rationem Falcidiæ, confuso & permisto patrimonio, vt Falcidiam habeat integram. Et eius §. summa breuis hæc est: si portio exhausta accedat exhaustæ ex substitutione vulgari vel pupillari, nec enim interesse ait, contributionem legatorum fieri. imo videtur esse superuacua contributio, & non necessaria. Fateor contributionem fieri oportere, siue computationem legatorum, & communem calculum, vt quod pro parte sua plus, aut minus coheres præstitit, antequam ei obueniret portio pupilli vel alterius coheredis, id repetat, vel soluat pro rata legatorum. Quod exemplo demonstrari necesse est. Si testator reliquerit quadringenta in bonis, & duos coheredes, Primum & Secundum, à Primo legauerit trecenta, à Secundo ducenta, & Primus pro sua parte præstiterit legata habita ratione legis Falcidiæ, puta initio detractis centum, quæ sunt extra quantitatem portionis suæ, vti oportet, §. *vlt. Inst. de lege Falcid.* deinde detracta quarta ex ducentis, id est, detractis quinquaginta, atque ita præstiterit centum quinquaginta tantum; deinde ei obuenerit portio coheredis, à quo erant legata ducenta, & qui similiter induxisset Falcidiam, præstitisset centum quinquaginta, retinuisset quinquaginta, ex integro ponenda est ratio legis Falcidiæ, vt facta contributione omnium legatorum, quæ contributa efficiunt quingenta, & detractis centum, quæ sunt extra quantitatem bonorum, coheres idemque substitutus repleat sibi Falcidiam, detractis aliis quinquaginta, qui iam detraxit quinquaginta, & præstet legatariis trecenta pro rata, id est, seruata proportione eadem, quæ ab ipso testatore constituta, ratio sescupla, cum his reliquerit trecenta, illis ducenta. Ergo seruata eadem ratione ex trecentis, quæ supersunt deducta Falcidia, his quibus erant relicta trecenta, præstari debent centum octoginta, his autem quibus relicta erant ducenta, præstari debent centum viginti. Nam eadem est ratio trecentorum ad ducentos, & ducentorum ad centum, nempe sescupla: Ideoque illis, quibus à se relicta erant trecenta, minus præstitit coheres, qui præstitit centum quinquaginta tantum, initio separatim posita Falcidia in sua portione, & quod minus præstiterit actione ex testamento, ab eo legatarij petere possunt, retractata ratione simul omnium legatorum, *l. etiam, de solut.* vt è conuerso, si ab eo proponantur relicta ducenta à coherede, cuius portio ei accedit, trecenta, & suis legatariis præstet centum quinquaginta, plus præstitit, & quod plus præstiterit, denuo habita ratione legis Falcidiæ nempe quingentorum, ab eis repetet condictione indebiti, vel actione ex stipulatu, si stipulatione Falcidiæ sibi prospexerit, *l.* 18. *hoc tit.* Fateor igitur computationem fieri omnium legatorum, quoties totus as accedit ad coheredem eundemque substitutum, & fieri computationem, vt pro rata seruetur legatariis, quod quibusque contingit. Nego autem, eam computationem fieri oportere, vt quartam habeat heres, id est, centum, quod tamen ait ille §. id est, centum, cum & centum habiturus sit, discrete & separatim habita ratione legis Falcidiæ. Quod æque posset consequi discreta ratione, quid opus est persequi & inducere confusa? Et tamen in *d.* §. *vlt.* ait confundi rationem in hoc, vt quartam habeat heres: & ne id omittamus quod adiicit Accurs. in *d.* §. *vlt.* falsum hoc esse, si pupillus non extiterit heres, atque ita portio pupilli obuenerit coheredi ex tacita vulgari, quæ inest semper pupillari, *l. iam hoc iure, de vulg.*

A *subst.* Verum tamen esse, si pupillus heres extiterit, & eo mortuo ante pubertatem, portio eius coheredi obuenerit ex substitutione pupillari. Hæc, inquam, distinctio Accurs. refellitur eod. §. *vlt.* quo dicitur, nihil referre, ex qua substitutione portio coheredis ad coheredem peruenerit, ex vulgari an pupillari, sicut & supra ostendimus, vbi portio onerata accedit integræ, vel integra oneratæ, nihil referre, ex qua substitutione accedat. Igitur quicquid scribit Accurs. in eo §. *vlt.* non eum nobis perspicuum reddit. Videamus an alij aliquid adinuenerint subtilius. Sunt quidam, qui vt ostendant in specie *d.* §. *vlt.* necessario contributionem induci, vt heres quartam obtineat omnium bonorum, quæ testator reliquit, hoc vtuntur siue commento, siue prætextu, vt si non facta contributione coheres, qui iam posuit Falcidiam in sua parte,
B separatim eam ponat in parte pupilli coheredis, nec inducat confusionem, non sit habiturus quadrantem omnium bonorum, videlicet, si pupillus ex sua portione aliquid deminuerit: quod fateor euenire, si pupillus deminuerit, & non iniuria euenire contendo, vt minus habeat quadrante. Exempli gratia: Si quis cum haberet 400. in bonis filium impuberem, & extraneum instituerit ex æquis partibus, & extraneum pupillo substituerit, à singulis legauerit ducenta, deminuerit pupillus centum, & coheres extraneus iure Falcidiæ retinuerit 50. pro sua portione, postea si pupillo mortuo ei heres extiterit ex substitutione pupillari, reliquerit scilic. tantum centum, quod deminuerit semissem suæ portionis pupillus, detrahet tantum ex hereditate pupilli 25. & summatim ex omnibus bonis 75. non detrahet igitur integrum quadran-
C tem, id est, centum. Nec hoc iniquum est, quia patris hereditas spectatur, non pupilli, & patris hereditas fuit idonea exsoluendis legatis vsque ad dodrantem, *d. l. qui fundum* §. *qui filium.* Et deminutio facta à pupillo est deminutio Falcidiæ, non legatorum, vt in §. *quod vulgo.* nec quicquam interest, substitutus quis sit tantum pupillo, non coheres datus pupillo. Nam vt coheres & substitutus pro eo habetur, ac si in primis tabulis ex parte pure, ex parte sub conditione heres scriptus fuisset, *l. coheredi*, §. *coheres, de vulg. substit.* ita & is, qui tantum substitutus est, videtur primis tabul. scriptus sub conditione, videtur heres esse patris, non pupilli, *d.* § *coheres*, *&* §. *si filio*, *h. l.* Et quemadmodum quarta huius, qui tantum substitutus est, minuitur vel consumitur ob deminutionem,
D quæ contingit post mortem patris: ita & quartam illius, qui & coheres & substitutus est pupilli, minui æquum est, & consumi eadem ratione, vt & quandoque nil retineat pro Falcidia, sed de suo quadrante soluat legata, vt dictum est supra ex §. *quod vulgo.* Ex his omnibus efficitur, nullo modo posse defendi sententiam *d.* §. *vlt.* vt scilicet si portio exhausta accedat exhaustæ, coheres, qui iam pro sua parte separatim Falcidiam induxit, postea existente casu substitutionis, ex integro Falcidiam inducere debeat, non separatim in portione pupilli, sed confusim contributis omnibus legatis, vt saluum quadrantem habeat. quæ finis eiusmodi est, vt à nobis concipi non possit, cum & saluum sit quadrantem habiturus etiā sine contributione, si vt in sua portione, ita etiam in portione coheredis, quæ nouiter accessit, separatim Falci-
E diam inducat. Quare existimaui iam olim, & placet etiam hodie in *d.* §. *vlt.* esse legendum, *nec semis pupilli exhaustus esset,* non, *& semis.* Et consequenter ita debere poni speciem, vt integra portio pupilli accesserit portioni coheredis, eiusdem pupillo substituti, exhaustæ. Quo casu certum est, confusionem fieri legatorum, vt coheres, idemque substitutus quadrantem habeat perinde atque si esset ex ea parte, quæ accessit primis tabulis, sub conditione heres scriptus: nam etsi pupillo heres existit, non patri, tamen comparatur instituto, id est, ei quem pater sibi heredem fecit, comparatur substituto vulgari, *d.* §. *si filio*, *& d.* §. *coheres.* quo colore sustinetur substitutio pupillaris facta à patre hoc modo: *si filius heres extiterit, & ante pubertatem*

pubertatem decesserit, ille mihi heres esto. atque existet heres pupillo, non mihi. sed qui pupillo existit, circa legem Falc. pro eo habetur, ac si mihi extitisset heres, vt non male dicam substituendo pupillo, ille mihi heres esto, *l.* 1. *l. coheredi* §. *vlt. de vulg. substit. l. si ita scriptum* §. *qui filio, de bon. poss. secund. tab.* Et apud Tullium 2. *de Inuen.* Verum hac comparatione vtimur, si onerata pupilli portio accesserit integræ portioni coheredis, eiusdemque substituti: Neque enim hoc casu substitutus comparatur instituto, sed Falcidiam inducit in portione pupilli, etiamsi in sua portione quadrantem bonorum habeat integrum, vt ex §. *si filio, &* §. *quæsitum, & d. l. coheredi* §. *coheres, & l.* 1. §. *id quod ex substitutione, hoc tit.* intelligi potest, ac etiam ex *d. l. qui fundum* §. *qui filium.*

Disquisiui heri multa, & disputaui nō sine molestia circa §. *vlt. legis qui fundum*, quo loco nullus est obscurior in hac materia contributionum, nec dū mihi satisfeci: sed, vt spero, faciam, vt & mihi & vobis hodie, & simul huic materiæ extremam manum imponam. Lumen quod affero ad hunc §. *vlt. l. qui fundum*, videbitur clarissimum. Velim primum vos semper in mente habere eam speciē, quam heri posui, instituta explicatione *d.* §. *vlt.* Eum qui habebat 400. in bonis, duos heredes fecisse ex æquis partibus, singulos ex semisse, & ab vno legasse trecenta, ab altero ducenta. Velim etiam, vos meminisse duarum interpretationum, quas retuli, maxime prioris, quæ propius vero accedit, & quam patefaciemus cunctis hodie. Posterior ineptissima est. Eis vero reiectis interpretationibus tentaui ad extremum idem, quod olim in *d.* §. *vlt.* vexatissimo sc. loco horum verborum *& semis*, reponere, *nec semis*, ex quo efficitur, contributionem fieri legatorum, si integra portio exhaustæ accedat ex substitutione pupillari aut vulgari, & fieri eam contributionem, vt quarta bonorum apud coheredem eundemque substitutum remaneat. Quæ verba ita debui euidenter interpretari, vt contributis legatis omnibus, ab vtroque herede relictis, quarta apud eum remaneat, beneficio portionis, quæ accedit & cōmiscetur suæ portioni. Atque ita si ea portio, quæ accrescit, Falcidiæ sufficiat, vt Falcidiā, quam præsumpsit aut occupauit detrahere ex sua portione, reddat legatariis quasi indebite præsumptā, hoc ex inferioribus intelligetur melius. Et si ita legendo & intelligēdo dixeris, idem fuisse traditum in §. *qui filium, eadem l.* nec esse verisimile, vt paulo post fuerit repetitū in §. *vlt.* dicam, aliter poni speciem in §. *vlt.* nempe coheredē in sua portione iam posuisse rationem legis Falcidiæ, antequam ei coheredis portio obueniret iure substitutionis: & post eueniente & existente casu substitutionis, retractari rationē omnem legis Falcidiæ confusis semissibus, perinde ac si ab initio ex asse heres scriptus aut nuncupatus esset, & confusis legatis tam à se, quam à coherede relictis, qui casus non ponitur in §. *qui filium.* Retractatione rationis id est, retractata ratione legis Falcidiæ quod notandum, retractatione calculi, hæc propria res est de qua agitur in §. *vlt* Et sane ita posita specie retractationem rationis legis Falcidiæ fieri opportere: sed nihil mutemus. Namque animaduerti receptam scripturam, *& semis*, explicari posse satis dilucide hoc modo: vt si portio exhausta iure substitutionis accedat exhaustæ in ponenda ratione legis Falcidiæ, fiat contributio legatorum omnium, etiāsi iam, antequam locus esset sustitutioni, separatim in sua portione coheres idemque substitutus posuerit rationem legis Falcid. vt scil. quartam bonorum sumat ex confusione legatorum, non separatim ex his, quæ à se separatim, & his, quæ à coherede relicta sunt, ne occurrat iniquitas, quæ occurreret, si plus aut minus præstet his vel illis legatariis, quam opporteat: nam separatim habita ratione legis Falcidiæ, his quibus à se relicta sunt trecenta, initio detraheret centum, quæ sunt extra quantitatem portionis suæ, deinde iure Falcidiæ detraheret 50. ex ducentis, & præstaret 150. Quibus confusa ac simul habita ratione legatorum, essent præstanda ducenta pro rata portione, & his quibus à coherede relicta sunt ducenta, si separatim habuerit rationem Falcidiæ similiter retentis 50. præstaret 150. quibus tamen confusa ratione legatorum, essent præstanda centum duntaxat. Igitur ne fiat iniuria legatariis, nec vlla inæqualitas existat, melius erit eam quartam deducere ex confusis non ex separatis legatariis, hoc modo, vt confusa efficiant 500. deinde detrahantur 100. quæ sunt extra quantitatem bonorum, vt in *tit. de lege Falcid. Instit.* sub finem, post detrahantur alia centum, quæ per legem Falcidiam habere debet, & ex residuis trecentis, his quibus à se relicta sunt trecenta, præstat pro rata portione, id est, ἀναλόγως nempe ducenta. His autem quibus à coherede relicta sunt ducenta, præstet centum duntaxat, legata enim à se relicta augentur, si ex substitutione alteram quoque partem hereditatis acceperit. Igitur si cœperit in sua portione habere rationē Legis Falcid. antequam existeret casus substitutionis, hæc ratio erit pro non habita, quia nec iure habita est, cū minus debito eum præstitisse legatariis suis appareat ex postfacto, existente casu substitutionis. Et ideo existente eo casu, atque ita obueniente altera portione hereditatis, denuo inducitur Falcidia in omnibus legatis. Et breuis ac elegans summa *d.* §. hæc est. Si exhausta portio exhaustæ accedat ex substitutione vulgari aut pupillari, contributionē portionū & legatorum fieri, & si qua fuerit habita ratio legis Falcidiæ separatim, eam corrigi, & retractari, & eam fieri confusim, & ita cuique legatario seruari ratam portionem. Quod mihi nunc videtur esse euidentissimum, nec in eo §. quisquam debet accedere ad Accurs. In §. *vlt. huius l.* nullus erit labor.

Ad §. vltimum.

Si quis exheredato filio substituit heredem institutum, & ab eo tabulis quoque secundis legauerit: necessario ratio confundetur: cum ideo legata valere dixerit Iulianus à substituto relicta, quod idem patri heres extiterit.

CErtum est, à substituto filii impuberis exheredati, non posse relinqui legata, quia nec ab exheredato possunt relinqui, etiamsi ei data sint ampla legata, *l. miles ita* §. *si miles, de milit. test.* quia à legatario legari non potest, & testatori non debet plus licere in substitutum, quā in eum, cui substituit. si ab eo, cui substituit, non potest legare, nec à substituto eius igitur, *l. qui fundū* §. *qui filio, h. t. l. vlt. de leg.* 3. Vnus inter alios est casus, qui exponitur in *h.* §. *vlt.* quo à substituto exheredati recte legatur, puta si testator substitutum exheredatum in secund. tab. heredē instituerit in primis. Hoc enim casu valere legata ab eo relicta tam primis quā secundis tabulis *l. plane si filium in princ. de leg.* 1. *l. si filius qui patri, de vulg. subst.* & vt ait in hoc §. *vlt.* in ponenda ratione *Falcidiæ* legis heres institutus primis tabulis atque substitutus secundis, dicitur confundere & contribuere legata à se relicta vtrisque tabu. Quod confirmat sæpe iactata ratio, *duplex testamentum pro vno haberi*: heredem filii heredem patris esse videri, substitutum secundis tab. videri primis scriptū, bona filii esse patris, vt Græci aiunt, τῆ πατρὸς οὐσία, καὶ ἡ τοῦ ἀνδρὸς εἶναι in *h.* §. Verū ne dixeris cōfundi bona paterna & pupillaria. confunduntur legata ab eo relicta vtrisque tab. sed bonorū paternorum & pupillarium as non confunditur, imo substitutus exheredato bona pupillaria habet supra quadrantem bonorum paternorum, *l.* 10 *sup.* & in §. *quod vulgo.* Nunquā hereditas paterna confunditur cum hereditate pupilli: licet enim vnum sit testamentum, tamen duæ sunt causæ, duę hereditates. Confunduntur quidem partes hereditatis paternæ, confunduntur semisses, assis paterni vt *l.* 1. §. *id quod ex subst. & l. qui fundū* §. *qui filiū, h. t.* hereditas paterna & pupillaris nō cōfunditur, sed separatim earū habetur ratio. Et in ponenda ratione l. Falc. semis paternæ, quod memini me latius exponere in *d. l.* 10

 Eee

lib.20. Et erraui supra in ponenda ratione sescupla: Nam 300. & 200. quæ legauerat is, qui 400. habuit in bonis comparare debui non cum 200. & 100. sed cum 180. & 120. quæ ex 300. quæ supersunt deducta Falcidia legatariis præstare debet iis quibus à se relicta sunt 300. & 180. Iis autem, quibus à coherede relicta sunt 200. 120. & ita moneo vos corrigere aduersaria vestra. Superest vnum, quod in tractanda materia contributionis omisi, non parui ponderis, quod omissum possit scrupulum iniicere multis. Cum dixi ex *l.* 1. §. *si coheredi, & l. quod si ab alterutro*, separationem fieri portionum & legatorum, si portio onerata accesserit integræ iure accrescendi, ex Proculi & Iuliani sententia contra Cassium, hoc scil. omisi dicere, portionem oneratam accrescere, vel quod repudiata sit à coherede. Et hanc hodie quidem accrescere cum onere legatorum ex constitutione Seueri. olim accreuisse sine onere legatorum, *l. 29. in fine, l. si Titio & Manio, in fi. de leg. 2.* Nec de ea quicquam sensisse Proculum aut Cassium aut Iulianum, cum nondum prodiisset constitutio Seueri, vel portionem oneratam accrescere, quod defecerit mortuo coherede, post testamẽtum viuo testatore, vel post mortem testatoris, ante apertas tabul. & hanc portionem deficientem omni iure accreuisse, cum onere præstandorum legatorum etiam ætate Cassii & Iuliani & Proculi, sicut legata, quæ deficiebant similiter, cum onere remanebant apud heredem, *d. l. 29. in prin.* Et hac in re recte fit comparatio legatorum cum portione hereditatis, *d. l. quod si alterutro.* Et iure etiã nouo, id est, per legem Iuliã & Papiam, etiam portionem accreuisse coheredi excluso fisco, cum onere legatorum. Coniunctio excludit caducum, sicut substitutio. Coniunctio est tacita substitutio. Et hæc genera accessionum significantur in *d.* § *si coheredis* verbo *vindicauero*, si portionem oneratam vindicauero, quod scil. defecerit viuo testatore, vel ante apertas tabulas. Hãc enim vindicauero cum onere, & ideo separatim in ea posuero rationem legis Falcidiæ, quamuis pars mea sit integra & quadrãti par. Et hoc idem etiam demonstrat verbum *vindicare, l. 5. in fine, de vulg. substit.* cum ait, *se per legem*, scil. Iuliam Papiam. Igitur non est verum, quod quidam scribit, in *d.* § *si coheredis*, nihil referre, qua ratione portio onerata accedat integræ. Imo vero refert maxime, secundum ius, quod obtinuit ante constitutionem Seueri. Et de eo Cassius & Proculus disputare tantum potuerunt in portione deficiente, non in repudiata, vel omissa. Quod valde notandum est.

Ad l. 7. si tabulæ testamenti nullæ exstabunt vnde liberi.

Scripto herede deliberante filius exheredatus mortem obiit atque ita scriptus heres omisit hereditatem: nepos ex illo filio susceptus, auo suo heres extitit. neque pater videbitur obstitisse, cuius post mortem legitima defertur hereditas. nec dici potest: heredem, sed non suum nepotem fore, quod proximum gradum nunquam tenuerit: cum & ipse fuerit in potestate, neque pater eũ in hac successione præuenerit. Et alioquin si non suus heres est, quo iure heres erit, qui sine dubio non est agnatus? Cæterum & si non sit exheredatus nepos, adiri poterit ex testamento hereditas à scripto herede, filio mortuo. Quare, qui non obstat iure intestati, iure testati videbitur obstitisse.

PErtinet hæc lex ad ius legitimarum hereditatum. In legitimis hereditatibus prima ex causa suorũ heredũ, §. 1. *de hered. quæ ab intest.* Suorũ appellatio est ex 12. tab. *l. liberorum. de verb. sig.* ex iure ciuili, *l. cum ratio, de bon. dãnat.* vt in illo loco 12. tab. *Si intestatus moritur, cui suus heres non extabit.* Et ratio appellationis hæc est, *quia liberi viuo parente quodammodo domini existimantur, atque adeo parente mortuo continuatione dominium potius, quam hereditatem adipisci, suam quodãmodo hereditatem adipisci, suaq; bona & suos sibi heredes esse.* Et ita de eadem cõtinuatione dominii Paulus in *l. 11. de lib. & postum. & 4.* Senten. In

A *suis heredibus à morte testatoris rerum hereditariarum dominium continuari.* Si igitur viuo parente quodammodo videntur esse domini, & sui ipsius videntur heredes esse mortuo parente. & quidem alii legitimi heredes veluti agnati, qui ex transuerso sunt siue ex latere, licet dicantur quasi venire ad bona propria, *l. 1. §. largius, de success. edic.* tamen sui heredes non dicuntur, quia vt est in *d. l. 11.* continuatio dominii euidentius apparet in liberis, qui heredes sunt, quam in agnatis, & ardentiore voto optamus liberos nobis heredes esse, quam agnatos, faciliusque viui liberis nomen domini cedimus, vt ait *Lact. 4. Inst.* quam agnatis, atque ideo liberos suos heredes appellamus. Cæteros appellamus alienos, extraneos, licet sint agnati. Sui autem aut sunt naturales, aut non naturales. Non naturales, vt adoptiui, & iure veteri vxor, quæ conuenit in manum viri matrimonii causa, vxor, quæ in manu est viri, B sua heres est viro iure veteri, quia filiæ loco est, vir loco patris, & viri filius suæ matri siue nouercæ, est loco fratris, & illa loco sororis. Item nurus, quæ est in manu filii iure veteri sua heres est, quia neptis loco est ex iure veteri. Et similiter pronurus, quæ est in manu nepotis, sua heres est, quia proneptis loco est. Sed hoc ius in desuetudinem abiit. Naturales autem sui heredes sunt liberi ex iustis nuptiis progenerati, vel etiam ex iniustis, si per errorem contractæ sint, & erroris causa probata fuerit ex l. Ælia Sentia, vt intelligitur ex fragm. Vlp. Caij & Pauli. Namque hæc erat vetus ratio nondum nobis patefacta quondam faciẽdi filii legitimi, & faciendi quoque patris legitimi. Nec enim vlla ratione fit filius legitimus, quin & pater fiat legitimus pater. Inter ciuem Romanum, aut C peregrinum aut Latinum, vel è contrario, non erant iustæ nuptiæ, sed si contractæ essent per errorem, & erroris causa probata esset concilio, ex *l. Ælia Sentia* confirmabatur status liberorum & parentum, id est, filii fiebant legitimi, & patres legitimi, ac donabantur ciuitate. Qua ratione etiam videmus hodie, & ob erroris causam etiam, incestos filios fieri legitimos, confirmari eorũ statum, cõfirmari statũ parentum, confirmari nuptias, & plerunque non dissolui, nec puniri incestũ si accrissimus error fuit, *vt in l. qui in prouincia, §. vlt. de ritu nupt. l. si adulterium, §. incestũ, de adul. l. 4. C. de incest. nupt.* veniam dari errori accrissimo, non affectato insimulatoque. Nam omnes libri veteres habent in d. l. 4. accrissimo, vt apud Priscianum, *canis malus celerissimus aduolat Hector,* & apud Charisiũ, *equitum celerissimus.* Sui heredes igitur sunt liberi ex iustis nuptiis progenerati, vel sui sunt liberi legitime concepti, vel qui facti sunt legitimi, & ciuitate donati causa proba- D ta ex lege Ælia Sentia, vel hodie, qui alia quacunque ratione facti sunt legitimi. nam ius nouum protulit varias rationes faciẽdi legitimi filii patrisque, vel etiam filii adoptiui, qui sunt sui, nõ naturales, quos sc. in potestate habemus. Sed nondũ est satis ad constituendam definitionẽ suorũ heredum. Nam si filium, nepotem, &c. habeam in potestate, & sint omnes legitimi, omnes mihi nõ sunt sui heredes. Quare in definitione addendũ est, *& quos nemo gradu præcedit*, id est, qui proximum gradum in linea liberorum obtinent, *l. 4. §. 1. de bon. poss. contra tabul.* Et addi E etiam oportet, *hereditatis nostræ deferendæ tẽpore.* Et perfecta hæc erit definitio. Sui heredes sunt liberi legitimi, qui sunt in potestate morientis & primum gradum obtinent tempore delatæ hereditatis. quæ definitio eruitur omnino ex hac l. 1. Nam si moriente patre intestato, in eius potestate fuerit filius, & nepos ex eodem filio, filius suus heres erit, quia nepotem gradu præcedit, & nepoti obstat, iuxta id quod Paulus ait 4. Sent. parentes liberis, cum quibus in potestate fuerunt, ipso ordine successionis obsistere. Sed quæ est species huius *leg. 7.* si filius exheredatus sit, nepos silentio præteritus, extraneus scriptus in testamento, & post mortem patris etiam moriatur filius deliberãte herede scripto, deinde heres scriptus repudiauerit hereditatẽ, nepos hoc casu auo intelligitur suus heres esse ab intestato, cum desertum sit testamentum, & te-

A pudiatum ab herede scripto, quia etsi mortis aui tempore, cum præcesserit filius, tamen tempore delatæ hereditatis, id est, eo tempore, quo scriptus repudiauit, eum filius non præcessit, qui iam mortem obierat. Et id etiam ostēdit *l. 9. §. si filium, de lib. & post. l. 1. §. sciendum, de suis & legitim. l. si quis filio, de iniust. rupt. test. l. vlt. in fin. de condit. inst.* vt ibi exposui: est enim Papin. lib. 13. quæst. & §. *cum autem, Inst. de hered. quæ ab intest.* Nec enim spectamus hoc casu, quis fuerit proximo gradu tempore mortis testatoris, sed quis tum fuerit proximo gradu, cum certum esse cœpit neminem ex testamento heredem fore, veluti repudiato & destituto testamento, vel rupto, vel defecta conditione institutionis. Et verba XII. tabul. *si intestatus moritur* referimus non tam ad tempus mortis, quam repudiatæ hereditatis testamētariæ, quia primum defertur hereditas legitima ab intestato, & in ea inuenitur proximior nepos. Ergo suus heres est, nec ei obstitit filius, B quamuis eum præcesserit. At è contrario, in eadem specie, si post mortem testatoris, ac etiam filii scriptus heres adierit hereditatem, an dicemus testamentum rumpi, aut ruptum esse propter præteritionem nepotis? an, inquam, quasi præteritio nepotis ruperit testamentum, dicemus inanem esse aditionem, & nepotem admitti ab intestato? Quod negat Papin. quia nepos sui heredis locum tēpore mortis aui non tenuit præcedente filio, nec nepoti satisfieri oportuit in testamento eo instituto, vel exheredato, sed filio tantū: & filio satisfactum est per exheredationē, quæ effectum habuit adita hereditate patris. Scripti igitur, qui adiit potior est causa, quam nepotis, & præteritio nepotis non rumpit testamentum. Hodie tamen ex constitutione *l. si quis filium, C. de inoffic. test.* ex persona filii, patris scil. sui potest agere querela inofficiosi testamenti, quasi patre suo immerito exheredato, in qua forsan vincet. C Secundū quod euenit, vt in iure, vel causa intestati, id est, repudiante herede scripto, filius nepoti non obstet, quin intelligatur nepos esse suus: iure testati, id est, adeunte scripto, filius obstet. Priore casu ex die repudiationis defertur hereditas intestati, & eo die proximior inuenitur nepos. Ergo intelligitur esse suus. Posteriore autem casu ex die mortis testatoris defertur hereditas, quo tēpore nepos non obtinuit primum gradum, sed filius, & potuit nepos impune præteriri.

Repetam summatim, quod circa speciem legis nostræ septimæ dixi definiri: Repudiante herede scripto, nepotē auo suum heredem esse iure intestati, quod nemo ex testa- D mento heres existat: adeunte autē herede scripto obtinere testamentū, nec rumpi testamentū præteritione nepotis, qui sui heredis locum non tenuit, filio præcedente tempore mortis aui, atque ita filium obstare nepoti iure testati, id est, si ex testamento adita hereditas fuerit. non obstare iure intestati, si repudiata fuerit, quia repudiationis tempore filius non præcedebat, qui iam erat sublatus è viuis. Et nunc videamus, quemamodum Papin. refellat opinionem eorum, qui in hac specie repudiante herede scripto dicebant, nepotem non esse quidem suum heredem auo, quod eum filius præcesserit, sed esse legitimū heredem, vt agnatum. Qui in ea opinione erant, non sibi constabant: quod enim statuebant, nequibat consistere, quandoquidem is, qui dicit nepotem non esse suum he- E redem, & hoc dicit, legitimū non esse. legitimi sunt agnati, legitima successio est agnatio. Ergo, qui dicit, nepotem suum non esse, & hoc dicit, nepotem agnatum non esse. Itaque parum sibi constabant illi, qui dicebāt suum non esse, & agnatum esse, non venire iure suitatis, venire iure agnitionis. Verū obiicies, quod multis non paruum exhibuit negotium, à quo abest species, non continuo abesse genus. Suitatem esse speciem agnationis. Agnationis species hæ sunt; Suitas, consanguinitas, & reliqua cognatio legitima. Suitas est igitur species agnationis, *l. filius, de suis & legit. l. Iurisconsul. §. 1. de grad. & affi. l. de bonis §. 1. de Carb. edic. l. 2. vnde leg. l. 1. §. sed videndum, de success. ed.* Si quis non sit suus, non ideo sequitur non esse agnatū. Potest quis non esse suus, & agnatus, vt frater non est suus, & est tamen agnatus, si sit frater consanguineus. si vterinus, est cognatus, non agnatus. Item nepos, si filius præcedat, non est suus, sed est agnatus: à quo abest species, necesse non est & genus abesse. Et hoc ita si obiicias, contra obiiciam, hoc esse falsum in indiuiduis, id est, in singulis rebus. vt si negas L. Titium esse hominem, & hoc negas L. Titium esse animal, quia non potest L. Titius esse animal, quin sit homo. Aut enim non est animal, aut si est animal, homo est. & ita hunc nepotem, quem nemo præcedit tempore delatæ hereditatis legitimæ, tempore repudiati testamenti, si negas esse suum heredem, & eundē negas esse agnatuū, quia non potest esse agnatus, quin sit suus heres, hic nepos scili. de quo ago. Aut enim non est agnatus hic nepos, aut si est agnatus, suus est: atquin suus non est, ergo nec agnatus. Agnatus vel est in transuersa linea, vel in directa. certe nepos non est in transuersa, non est eis agnatus in directa, cum non sit suus, vt iure agnationis venire ad hereditatem possit, qui nō potest venire suitatis iure. falsum est igitur, quod illi statuebant, eum venire vt agnatū, non vt suum: Hæc enim separari in eo non possunt, & verius est, eum esse suū heredem, quia etsi pater eum præcesserit tempore mortis aui, ac ita eo tempore nepos non tenuerit proximum gradum, tamen fuit in potestate morientis aui, & in ea hereditate pater eum non præuenit, qui iam mortuus erat, antequam locus esset legitimæ hereditati, per repudiationē testamenti. Cæterum adeunte herede scripto, nepos auo suus heres non est, & scriptus obtinebit hereditatem. quā adiit, quia tempore delatæ hereditatis ex testamēto, quod obtinuit, cum adierit heres, id est, tempore mortis testatoris, filius præcedebat nepotem, nec aliud tempus existit, quo delata sit hereditas. Denique eo tempore, quo fuit delata, filius præcedebat, filius obstabat nepoti, in cuius locum nepos potuisset quidem succedere viuo auo, sed mortuo auo, mortuo testatore non fit successio in locum sui heredis, puta. si filius moriatur, vel si exheredatus sit, vt in hac specie, quæ exheredatio effectum habuisset, si vixisset, cum adita est hereditas ex testamento, & exheredatione amisisset ius sui. exheredatio perimit suitatē, *l. 9. si filium, de lib. & post. l. 1. §. post suos, de suis & leg. l. filium §. videamus, de bon. poss. cont. tab.* Et hoc est quod ait Pap. l. 7. & est elegans conclusio: filius qui non obstat iure testati, obstat iure intestati.

Quod sequitur in §. vlt.

Non sic parentibus liberorum, vt liberis parentum debetur hereditas. Parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittit: liberos natura simul & parentum commune votum.

ID eo pertinet, vt intelligatur, suos heredes præferri parētibus defuncti, qui legitimi sunt siue agnati, nec prætor eis dat bonorum possessionem ex prima parte edicti, quæ tantū pertinet ad suos heredes, sed ex sequenti parte, vnde legitimi vocātur vel agnati. Igitur liberi defuncti excludunt parentes defuncti, vt nec simul admitti possint, etiamsi defunctus fuerit in potestate parentis. Quod obtinet hodie ex Nou. 117. in his scilicet quæ patri non adquiruntur, de his, quæ patri acquiruntur, dicemus in *l. pen. de suis & legit. ex eod. lib.* Ratio autem, quod liberi defuncti excludant parentes defuncti, hæc est, quia hereditas magis debetur liberis nostris, quam parentibus, quandoquidem plures rationes inuitant liberos, quam parentes. Parentes inuitat sola ratio miserationis, vt ad quos summus mœror peruenit morte liberorum, ad eos hereditas perueniat, quæ ob id ipsum dicitur luctuosa & tristis, *l. vlt. C. de inst. & subst. l. vlt. C. com. de success.* Liberos autem vocant plures rationes: ordo naturæ, naturalis erga filios caritas ac propensio, naturæ ipsius ratio, lex tacita, & parentum omnium

commune votum, communis optatio. Quod idem retulit ante Papinian. lib. 19. in *l. nam si pariter, de inoffic. testament.* Et ex hoc §. vltimo, veluti coniuncta scriptura, vt res exigit transeamus ad l. *pen. de suis. & legit. hered.*

Ad l. si pater. pen. de suis & leg. hered.

Si pater apud hostes moriatur, defunctum iam in ciuitate filium, credimus patremf. decessisse, quamuis patria potestate, quandiu vixerit, non fuerit in plenum liberatus: itaque heredem habiturus est iste non reuerso patre. Sed si postliminio redierit pater iam defuncto filio, quicquid medio tempore per eum quæsitum est, habebit: & non est mirum, si peculium quoque defuncti pridem filij defertur patri: cum ex eo natus potestatis ipsius fiat per suspensi iuris constitutionem.

NOtandum est, in his bonis, quæ patri adquiruntur, filiumfam. neque ex testamento, neque ex intestato heredem habere posse, sed patrem superstitem omnia occupare iure peculii. Inde quæritur in hac l. quid sit dicendum, si filiusf. decesserit patre capto ab hostibus & viuente adhuc, an heredem legitimum habiturus sit filiusf. qui in incerto statu decessit propter captiuitatem patris: nam si redeat pater, filiusfam. intelligitur decessisse filiusfam. propter fictionem postliminii, neque heredem habet. sed si ibi moriatur pater, etiamsi moriatur post filium, filius intelligitur paterf. id est. sui iuris decessisse, & heredem habet legitimum, quia lege Cornelia pater præmortuus fingitur, id est, ea ipsa hora qua captus est, *l. in omnibus, de captiu. & postlim.* Et hora captiuitatis iungitur horæ mortis, & retro, *l. iusto, in fin. de vsucap. & vsurp.* Interim igitur, quandiu pater viuit apud hostes, si filius moriatur, filii bonorum possessio ab intestato peti non potest, quia nondum apparet eum patremfa. decessisse. Et hoc ita est proditum in *l. 2. §. si quis decesserit, vnde legit. & l. 1. §. 1. tit. seq. l. in bello §. si quis capiatur, & l. bona §. quod si filius, de capt. & postl.* Sed si ibi moriatur pater, fictio legis Corneliæ facit, vt filius defunctus pridē in ciuitate intelligatur paterfam. decessisse, & heredem habeat proximum agnatum, quasi præmortuo patre, tametsi, quandiu vixerit pater, in plenum liberatus non fuerit patria potestate, quia pependit ius filii patrisque propter spem postliminii. Paterfam. est, qui liberatus est potestate patria, viuente patre apud hostes, nondum apparet an liberatus sit patria potestate. nondum est igitur in plenum ea liberatus, & tamen si ibi moriatur pater, fingetur filius superuixisse patri, & quasi morte patris sui iuris effectus fuisse, ac ita habiturus est heredem legitimum. Et ait Papinianus, *credendum est eum patrem decessisse.* propter fictionem scil. legis Corneliæ. ait, *credendum est*, in re ficta, vt *l. retro, & in l. in bello §. si quis, de capt. & postlim. l. Titio centum, in princip. de condit. & demonst.* Quia plerumque falsum aut fictum est, quod credimus. Et ideo in comediis dicenti, *gaudeo*, respōderi solet, *credo*, quia multi gaudere se significant cum debeant gratulari. cum maxime doleant non respondetur, *scio*, sed *credo*, Sic igitur in fictionibus iuris sæpissime vsurpatur verbum *credo*, quod scil. pater postliminio redeat, mortuo iam filio, filius intelligitur filiusfamil. decessisse, & bona quæ medio tempore acquisiuit stipulatione vel traditione, vel legato, (nam hereditate non potuit, quandiu pater vixit apud hostes, *d. §. si quis capt.*) non potest adire hereditatem, qui est incerti status. Igitur bona, quæ alia ratione acquisiuit interim, ea omnia pater occupat iure peculii, & nepos quoque ex eo filio natus medio tempore, fit in potestate patris reuersi ab hostibus propter fictionem postliminii, quia retro fingitur in ciuitate mansisse, nec venisse vnquā in manus hostium. Hæ duæ fictiones sunt frequentissimæ in iure nostro, fictio l. Corneliæ, & fictio postliminij, quæ efficiunt, vt credamus multa, quæ sunt falsa. Et obseruandum est in hac *l. pen.* Papinian. *postliminium* appellare, & quasi definirē suspensi iuris constitutionem, quia species postliminii suspendit ius filii, patrisque, si vel hic, vel ille sit captiuus. suspendit ius omne captiui, eorumque ius, qui in eius familia sunt, non abrumpit, *l. illa institutio §. 1. de hered. instit.* Et euentus, id est, reditio omnia iura restituit in integrum. Et hoc est quod ait in hac *l. pen.*

Ad l. pater instituto 10. & 11. ff. de capt. & postl. reuers.

Pater instituto impuberi filio substituerat, & ab hostibus captus decessit, postea defuncto impubere legitimum admitti quibusdam videbatur: neque tabulas secundas in eius persona locum habere, qui viuo patre sui iuris effectus fuisset. Verum huic sententiæ refragatur iuris ratio: quoniam si pater, qui non rediit, iam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est: substitutio suas vires necessario tenet.

§. 1. ¶ *Si mortuo patre capiatur impubes institutus vel exheredatus, in promptu est dicere, l. Corneliam de tabulis secundis nihil locutam, eius duntaxat personam demonstrasse qui testamenti factionem habuisset. Plane captiui etiam impuberis legitimam hereditatem per legem Corneliam deferri: quoniam verum est, ne impuberem quidem factionem testamenti habuisse. Et ideo non esse alienum, prætorem subsequi non minus patris, quam legis voluntatem, & vtiles actiones in hereditatem substituto dare.*

Lex 11. *Quod si filius ante moriatur in ciuitate, nihil est, quod de secundis tabulis tractari possit: siue quoniam viuo patre filiusfam. mori intelligitur: siue quoniam non reuerso eo, exinde sui iuris videtur fuiße, ex quo pater hostium potius est. Sed si ambo apud hostes, & prior pater decedat: sufficiat lex Cornelia substituto, non alias, quam si apud hostes patre defuncto, postea filius in captiuitate decesisset.*

QVæstionem tractemus *l. 10. de capt. & postl. reu.* quam postrema recitatione dixi esse coniungendā cum his, quæ tractauimus in *l. 7. §. vlt. si tab. testam. nul. & l. pen. de suis & legit.* Et coniungi debet hoc modo: in bonis, quæ patri non adquiruntur, patri præferri liberos filiifam. quamuis in eiusdem parentis potestate sint, eiq; filiof. liberos ab intestato legitimos heredes esse in eius bonis: his autem bonis, quæ patri adquiruntur, patrem præferri omnibus, vt viuo, ita mortuo filiofamil. & eum, qui filiusfam. moritur viuo patre, neque ab intestato, neque ex testamento heredem habere posse, sed quod is acquisierit patrem tenere quasi peculium, non quasi hereditatem: denique in eis eum, qui filiusf. moritur, neque ab intestato, neque ex testamento habere posse, quia in causa testati, & in causa intestati lex XII. tabul. qua obueniunt hereditates cum legitimæ, tum testamentariæ, loquitur de patref. non de filiof. In causa testati his verbis: *paterf. vti legaßit, &c.* In causa intestati: *paterf. si intestato moritur, cui suus heres nec extabit*, &c. Si filiusfamil. ex testamento heredem habere non potest, ergo nec ex substitutione pupillari, quia testamentū est filii impuberis, quod valet, si morte patris factus sit paterfam. & postea decesserit impubes. irritum fit. si filiusfam. decesserit viuo patre. Ex his principiis constat ratio legis 10. & 11. Sed repetendum est etiam breuiter, quod dicemus ex *l. pen. de suis & legit.* Si viuo patre captiuo filius moriatur, postea reuerso patre, filius intelligitur decessisse filiusf. & heredē nullū habet, nec ab intestato, nec ex testamēto, vel principali, quod ipse fecit interim, vel pupillari quod ei fecerit pater ante captiuitatem. Mortuo autem patre apud hostes, filius, qui ante decesserat, intelligitur paterfamilias decessisse, factus sc. sui iuris morte patris, quē lex Cornelia fingit prædecessisse, atque ideo hic filius habiturus est heredem, vel ex suo testamento, si pubes fuerit, & testamentū fecerit: vel ex pupillari substitutione, si impubes fuerit, & impubes decesserit, eiq; pater ante captiuitatem substituerit: vel nullo facto testamēto, habiturus est legitimum heredem, & quod medio tempore adqui-

fierit, post captiuitatem patris pertinebit ad heredem legitimum filij, non ad heredem patris. Quæ est sententia, *d.l.pen. & l.proponebatur §.ult.de pecul. castr.* Cui obstat vehementer, quod omiseram, lex *bona §.quod si filius,h.t.* quæ ait, filium captiui, quod interim acquisiuit, patre mortuo apud hostes, sibi acquisiisse videri. Et sequitur perperam in ea lege, quæ pugnat cum superioribus, *Et si filius viuo patre decesserit,* post pater decesserit apud hostes, quod filius quæsierit medio tempore, pertinere ad heredem filij, quod est absurdum, vt quod filio quæsitum est, non pertineat ad heredem fil.j. Et vt etiam Accurs. ipse præsentit, in *d.* §. est legendum, *nec si viuo patre decesserit, ad heredem patris pertinebit*: quandoque pater decesserit apud hostes, non pertinebit scilicet ad heredem patris defuncti apud hostes, quod interim filius adquisierit. Nunc proponamus speciem *l.*10. & explicemus quæstionem totam facillime, quæ plerisque videtur difficillima. Ego aliquando desperaui, me posse venire ad intelligentiam eius *l.*10. & 11. præcipue. Finge: pater filio impuberi instituto vel exheredato substituit in secũdum casum, substituit pupillariter. deinde captus est ab hostibus, & decessit apud hostes: post mortem patris filius decessit in ciuitate impubes: nam pubertate finitur substitutio pupillaris; an valet substitutio pupillaris? Sane valet, quia fictione l. Corneliæ iam tunc filius intelligitur morte patris sui iuris effectus, ex quo captus est pater. substitutio pupillaris valet in eo, qui morte patris sui iuris efficitur, fit sui iuris, & post moritur impubes. Et ita definit Papinian initio huius legis, & Iulianus in *l. lex Cornelia* §. 1. *de vulg. subst.* Quidam dicebant, non valere subst. pupillarem isto casu, & habiturum filium heredem legitimum, non substitutum. Et vtebantur hac ratione, quia viuo patre sui iuris effectus est, & substitutio pupillaris in eius tantum persona consistit, qui fuit in potestate morientis patris, *l. coheredi §. cum filiæ, de vulg. subst.* Sed refellitur hæc ratio alia ratione, quia viuo patre non in plenũ sui iuris effectus est, vt dixit Papin. *d.l.pen.* Imo morte patris sui iuris videtur factus ex l. Corn. quæ fingit, mortuũ patrem eo ipso momento, quo captus est, quæ fingit, mortuum esse, qui vixit eo momento, ac etiam sat diu post, viuus habetur pro mortuo. Igitur valet substitutio pupillaris, quia non viuo patre, sed morte patris videtur filius paterf. factus, qui post decessit impubes. Et hoc est quod ait in 1. parte l. 10 *iam tunc,* &c. si reuersus fuisset pater, non in captiuitate decessisset, postea mortuo filio viuo patre, certissimum esset, non valere substitutionem pupillarem, quia viuo patre filiusf. decessit sine vllis bonis: cuius nulla sunt bona, eius nulla hereditas est, & cuius nulla hereditas, nullus est heres. Et hoc si, vt posuimus, præmoriatur apud hostes, deinde filius in ciuitate ante pubertatem. Quæro quid sit dicendum, si filius viuente patre adhuc apud hostes decesserit in ciuitate impubes, si premortuus fuerit filius: Et ex *l.*11. quæ sequitur, in priori parte, quæ est coaptanda priori parti *l.*10 & est eiusdẽ Pap. ex lib. 31. ostendit, idem iuris esse etiam hoc casu, & hoc maxime casu, id constare inter omnes, vt scil. reuerso patre non valeat substitutio pupillaris, quia filius intelligitur decessisse filiusf. viuo patre propter fictionẽ postliminij. mortuo autẽ patre apud hostes, vt valeat substitutio pupillaris, quia paterf. fuisse intelligitur, etiamsi prior decesserit, morte patris, quæ fingitur anterior, sui iuris effectus, quia mors patris, licet sit posterior, fingitur fuisse prior lege Cornelia. Et fictio legum veritate potentior est. Nihil igitur refert, filius decesserit post, an ante mortem patris: & vt priore casu præmortuo patre Papin. reiicit in *l.*10. eorum sententiam, qui admittebant legitimum, non substitutum: ita posteriore casu, id est, præmortuo filio reiicienda est sententia Accursij in *l.*11. & in *d.l.pen.* admittentis legitimum, non substitutum: substitutus enim præfertur legitimo, quia substitutio suas vires tenet. Et quod ait *l.*11. præmortuo filio nihil esse, quod de secundis tabulis tractari possit, non hoc est, irritas esse secũdas ta-

A bul. sed rem esse certam, vt reuerso patre non valeant secundæ tabulæ, mortuo ibidem patre valeant, tractationẽ esse rei difficilis & controuersæ, non rei certæ atque cõfessę. Et est quod ait *l.*11. *quod si filius, &c.* id est, constat inter omnes non valere reuerso patre, valere non reuerso. *hostium potitus* est per ὑπαλλαγὴν, vt Lucret. 4. *mortis lethiq; potitus.* Et ita, vt nunc tractare incipiamus de filio capto ab hostibus, quandoquidem hactenus satis est dictum de patre capto, si mortuo patre filius captus sit ab hostibus, ibique decesserit impubes, cui pater substituerat, similiter posset dici, legitimum admitti non substitutum, hoc colore siue prætextu, quod lex Cornelia videatur eorum testamenta confirmare, qui testamenti factionem habuerunt, quam impubes non habuit. Id reiicit Papinian. in §. B *seq. l.* 10. hac ratione contraria atque fortiori, quia si lex Cornelia impuberis legitimam hereditatem confirmat, nulla facta substitutione, & habet pro intestato impuberem, qui tamen testamenti factionẽ non habuit, *l.*1. §. 1. *de suis & leg. l. bona, in pr. h.t* & pro intestato quoque impuberem cum habet, si ei testamentum fecerit pater. Igitur ex mente leg. Corn. & voluntate patris, qui substitutum venire voluit, æquum est, hoc etiam casu prætorem dare substituto vtilem petitionẽ hereditatis, quod idem ostẽditur in *l. lex Cornel.* §. *sed si potest, de vulg. subst.* Vbi est manifestissimum illo loco: *Quare etsi pubes,* legẽdum esse (*impubes*) non *pubes*, quod & sic initio §. *seq. l.* 10. ait, *mortuo patre capiatur impubes, &c.* Hoc proponitur in cõtrarium quasi verum, quod posset tẽtari quasi verum, sed refellitur statim his verbis, *quanquam,* non *quoniã,* vt alias C demonstraui. his verbis igitur *plane,* vbi etiam plusquam manifestum facit superior interpretatio esse legendum, *quanquam,* non *quoniam,* hoc loco ait, non esse alienum, *& d.l. lex Corn.* non incommode dicit, quod omnino cõgruit cum hoc loco, lege Cornel. dari vtiles actiones, nõ directas: quia iure ciuili, id est. ex XII. tab. eius, qui apud hostes decessit, nulla est hereditas, & captiuitate filij impuberis irritæ factę sunt secundæ tab. sed l. Cornel. cõfirmantur, contra l. 12. tab. Notandum etiam ex hoc §. vlt. prætorem subsequi voluntatem testatoris, custodem esse, non euersorem testamentorum, *l. factum* §. *si sub condit. ad Trebell.* esse absurdum, prætorem plus tribuere fideicommissario, quam voluerit testator: item prętorem subsequi voluntatẽ legis Cornelię, subsequi ius ciuile, vt ait *l. scio,* D *de testib.* & custodem igitur esse prętorem testamentorũ, custodẽ legum. Et §. quidem hic vlt. loquitur de filio impubere capto mortuo patre. Vnde quæro quid sit dicendum, si captus sit viuo patre. Et sane hoc casu substitutio pupillaris non valet, quia filiusf. intelligitur decessisse viuo patre, nullis bonis in ciuitate relictis, nec ad hũc casum porrigi potest lex Cornelia: nec enim potest lex Cornelia efficere, vt cuius nulla est hereditas, id est, cuius nulla bona fuerunt in ciuitate, eius sit heres aliquis. Lex Cornelia & hereditatem & heredem facit, vt ait *l. filiusfamilias, ad l. Falcid.* Vtrumq; scil. simul: Nam heredem certe non facit absque hereditate. Nulla autem sunt bona filiifamilias viuo patre mortui, aut quem credimus esse mortuum viuo patre. captus est viuo patre, ergo mortuus si E non redeat: captiuitas mors est. Itaque patris hereditas pertinet ad heredem patris, ad proximũ agnatum ex XII. tab. non ad filij substitutum ex l. Cornel. quæ deficit hoc casu. Et ita definitur in *d.l. lex Cornelia,* illo loco, quo dixi apertissime liquere, esse legendum, *quare etsi impubes.* Exposui duos casus, quorũ altero solus pater captus est, altero solus filius. Restat tantum tertius, si vterq; captus sit, pater & filius, & si quidẽ etiam vterq, ibi decesserit, nec redierit aut redire possit, licet pater prior decesserit substitutio pupillaris non valet, quia is filius nulla vnquam bona habuit in ciuitate: sed si patre mortuo apud hostes filius reuersus postliminio in ciuitate decesserit impubes, substitutio pupillaris valet perinde, ac si ambo decessissẽt in ciuitate ex l. Cornelia, atq; ita primæ tab. sustinentur l. Cornel. ergo & secundę. Nam si non valerent primæ,

nec consisterent secundæ. Et hoc est quod ait in posteriori parte legis vndecimæ: *Si ambo apud hostes sint*, id est, si pater & filius capti sint ab hostibus, & prior pater ibidē decedat, *non alias sufficere legē Corneliam substituto*, *οὐκ ἄλλως τὸν νόμον προσφέρειν*, id est, non aliter legem Corneliam pertinere ad pupillarem substitutionem (*Sufficere* dicitur, quæ non deficit) quam si post mortem patris reuersus filius in ciuitate decesserit, hoc etiam casu substitutio pupillaris filio decedente impubere valet. Alioquin si vterque decesserit captiuus, substitutio pupillaris non valet. Nihil habentis substitutio non valet: quod proponitur in *l. si pater captus, de vulg. subst.*

Ad l. 27. de donat.

Aquilius Regulus iuuenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: Quoniam & cum patre meo semper fuisti, & me eloquentia & diligentia tua meliorem reddidisti, dono & permitto tibi habitare in illo cœnaculo, eoque vti. Defuncto Regulo, controuersiam habitationis patiebatur Nicostratus, & cum de ea re mecum contulisset, dixi, posse defendi, non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum. Ideoque non videri donationem sequentis temporis initam esse. Quod si expulsus Nicostratus veniat ad iudicem: ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit: quasi loco possessoris constitutus, qui vsum cœnaculi accepit.

PRoponitur in hac lege breuis epistola Aquilij Reguli ad Nicostratum Rhetorem, præceptorem & magistrum suum in arte dicendi, qui vt hodie sciunt omnes ex Suida floruit ętate Papiniani sub M. Antonino Imperatore, & Rhetor cum esset, non Iurisconsultus, vt ex hoc loco apparet, de iure consuluit Papin. retulitq; elegans responsum, quo causam suā tenuit, vt probabile est. Verba epistolæ hęc sunt: *quoniam & cum patre, &c.* videtur esse donatio, non tam quod dicat, *dono*: nec enim hoc verbū semper donationem facit, vt constat ex quodam loco *l sed addes, loc.* sed quod ei gratis habitare permittit in cœnaculo ędium suarū: Namq; hoc modo videtur ei donare id quod pro habitatione non soluit, *l. in ædibus, in princ, h. t.* Et breuitas epistolæ non vitiat donationem, *l. si aliquid C. eod.* Donatio autem hodie quidem perficitur nudo consensu, vt emptio venditio, ex cōstitutione Iustin, non satis æqua, quoniam iuris auctorū mos est vetustissimus, vt donationes non facile admittant, non temere approbēt. Sane ex iure veteri ex l. Cincia, quæ fuit de donationibus, & ob id dicta est lex muneralis à Plauto, ex illa lege, vt dicitur in *Nou. 162.* donatio perficitur re, non consensu solo, non consensu, non nuda voluntate, nisi inter parentes & liberos ex const. D. Pij, *l. 4. 5. & 7. C. Theod. de donat.* non perficitur nuda ratione, vt si quis donandi animo referat in rationes suas, se debere aliquid Titio, nulla donatio est: nuda ratio non facit donationem, quod proponitur in l quę pręcedit. quia nuda ratio non habetur pro traditione. Retentio vsusfr. quæ hodie in omnib. causis tantum potest, quantum traditio, quæ vim & effectum traditionis habet, in donationib. non habebatur pro traditione, *l. pen. C. Theod. de donat.* Hodie etiam retentio vsusfr. in donationibus habetur pro donatione, & eo quoque genere perficitur donatio, quasi is qui retinet vsumfructum in re sua, quem nemo habet in re sua, sed in re aliena, quia nemini res sua seruit, is videtur eam rem facere alienam traditione fictitia, in qua retinet vsumfruct. *l. quisquis, l. si quis argentum §. sed si quidem, C. h. t.* Est etiam in seruitutibus patientia pro traditione, quia seruitutes tradi non possunt corporaliter, non possunt tangi aut cerni: sed patientia est pro traditione. Si dominus patiatur alium in re sua vti seruitute aliqua, patientia est pro traditione, & cessio & permissio, *l. 3. de vsufr. l. si ego §. 1. de Public. in rem act. l. 1. §. vlt. de seru. rust præd.* vbi inquit Iu-

A risconsultus, traditio, hoc est cessio, si quis dicat, se cedere seruitutem illam vel illam, & patientia & cessio seruitutū inducit. officium prætoris nēpe hoc efficit, vt eum, quē dominus patitur vti seruitute veluti vsufructu, vsu, habitatione, prætor tueatur quasi possessorem, data exceptione, & data etiam actione Publiciana, si forte ceciderit possessione, *d. l. si ego, §. 1. & l. si actione, si seru. vind.* Atque etiam dato interdicto quasi possessorio, veluti vti possidetis, vel vnde vi, quod cōstat dari fructuario & vsuario, si prohibeantur frui vel vti, *l. vlt. vti poss. l. 3. vnde vi, l. itē si non. l. si plures §. deiectum, de vi & vi arm.* Ergo exemplo fructuarij & vsuarij, dabūtur etiam hæc interdicta veluti possessoria Nicostrato in hac specie, cui est permissa habitatio cœnaculi, cui habitatio & vsus cœnaculi pene idē

B est. Is igitur cui cessa est, aut permissa habitatio, pene vsuarius est, in plerisq; vsuario comparatur, nisi quod habitatio nō amittitur capitis deminutione, vel non vtēdo, vsus amittitur. vtrumq; tamen ius finitur morte eius, cui concessum est ius habitandi. Et hoc est, quod dicitur habitationem & vsum ædium pene idem esse, *l. 32. de vsufr. l. 10. de vsu. & habit.* Et rursus hoc est, quod Papin. ait in fine huius l. Nicostratum expulsum ab heredibus donatoris, esse tuendū quasi possessorem, ad exemplū interdicti, quod datur fructuario vel vsuario, puta dato interdicto vnde vi, vel si alias inquietetur, dato interdicto vti possidetis. Donatio autem Nicostrato facta per epistolā, quod fit recte, *l. 5. & 13. C. eod. tit. l. Lucius, inf. h. t.* Nam & traditio, vel quasi traditio recte fit per epistolam in *l. prædia, de acq. poss.* Traditio non tantum fit re, id est, naturali ap-

C prehensione, sed etiam verbo, *l. quod meo §. si vendit. de acquir. poss.* & literis siue epistolis, *d. l. prædia*, sed exigitur, vt donatarius, ad quem scripta est epistola, eam acceperit, & liberalitatem agnouerit, ac amplexus fuerit, hoc est gratam habuerit, nec enim intelligitur donatio sine acceptione. Et recte *l. 8. de bon. libert. si patrono*, inquit, *libertus donauit, ille accepit.* Et hoc est, quod dicitur, donationem non fieri *μονομερῶς*, *l. 15. C. de sacrosanct. Eccles.* & Gallice, *donner & retenir ne vaut au coustumier de Champagne, titre des donat. art. 1.* At quærebatur in specie huius legis, an ita Nicostrato donata habitatione, & vsu cœnaculi in ædibus Aquilij Reguli ciuis Romani, an, inquam, defuncto eo donatore, heredes eius donatoris Nicostratum expellere possint cœnaculo? Dubitationē faciebat, quod Scæ-

D uola ait in *l. Lucius, inf. h. t.* in qua proponitur, quendam per epistolam donasse cuidam gratuitam habitationem superioris cœnaculi, vel superioris diætæ, vt ait donatario se concedere superioris diætæ habitationē; se concedere habitationem superioris partis domus suæ, quamdium vellet donatarius: *quamdiu volueris, vtaris gratuito superioribus diætis ædium mearum.* Post mortuus est donator, quęritur, *an heredes eius possint donatarium prohibere habitatione*? Et respondet, posse: posse expellere habitatione donatarium. Fuit Scęuola peritissimus iuris. Et hoc ita respondit ex ipso iure, nempe vt opinor ex lege Cincia quæ modum imposuit donationibus certum, de quo agitur in *l. cum de modo, & l. vt mihi, l fideiussori, h. t.* Nec enim permisit donare in infinitum vel immodicum, exceptis certis quibusdam personis, *l. contra, de legib.* In qua etiam fit nominatim mentio legis Cinciæ. Atque etiam de ea le-

E ge Cincia est inscriptio *d. l. contra.* Ac præterea lex Cincia ex pluribus causis infregit donationes, ac reddidit inutiles, *l. 1. §. 1. quibus mod. pig.* Deniq; donationes restrictius accepit, & ipse Scæuola & accipere libenter inhibuisset, deinceps etiā Iurisconsulti omnes & Imperatores. Nam & in donationibus exigunt actorum confectionem, siue insinuationem, & ex facili eas infirmant. Inter cætera hoc ius fuit vt constat ex *d. l. Lucius*, vt donato vel gratis concesso vsu cœnaculi, vel diætæ habitandi causa, non cogatur heres donatoris eum ferre inquilinum vel habitatorem, nisi aliud dictum sit, nisi nominatim cauerit donator in instrumento donationis, vt inquā, non cogatur ferre eum inquilinum, etiam si dictum sit, vt quamdiu

vellet habitaret, vt *d. l. Lucius*, quoniam id ita restringitur, quandiu vellet viuo donatore. Cum igitur de herede suo donator fecerit mentionem, non cogetur heres ei eum ferre inquilinum, sed poterit eum expellere. Et hac ratione moti heredes Aquilij Reguli Nicostrato faciebant controuersiam, quin imo abire & migrare iubebãt. Et Papin. refert hoc loco, Nicostratum secum ea de re contulisse, vt loquitur etiam Plinius 4. *epist. Contuli*, inquit, *cum prudentibus*. Et refert Papin. se Nicostrato respondisse, non valere quidem eam rem mortuo donatore, vel donationem, nec ab initio fuisse meram donationem, sed remunerationem. Sæpe fit, vt quod non valet vt donatio, valeat vt pactum, *l. 1. §. 1. quib. mod. pig. vel hyp. solu.* Emptor venditori pignus dedit pretij nomine; deinde venditor donauit pretium emptori. mortuo donatore constitit inutilem esse donationem, an pignus valet? minime: quia donationi inutile inest pactum, & constat pacto solui pignus. non valet res vt donatio, id est, nulla est remissio petitij. integra est pretio pretij, sed petitio pignoris non est integra. Et ita etiam *l. Modestinus, h. t.* si creditor remiserit vsuras futuri tẽporis, aut minuerit, hæc res valet vt pactum, & petenti vsuras obstabit exceptio pacti, neque exigetur hęc res ad modum donationis: alioquin esset plerumque inutilis, si esset immensa quantitas, aut immodica vsurarũ. Igitur vt ea lex ait, in ea donatione vsurarum nihil vitij potest incurrere ex modo legis Cinciæ, ex summa quantitatis, quia res æstimabitur vt pactum. Et ita etiam in specie huius legis nostræ, res æstimatur non vt donatio mera, sed vt remuneratio, quia & verius remuneratio est, quasi merces doctrinæ, siue mineruale, aut permutationis genus quoddam, siue *ἀντίδωρον*, *l. sed etsi lege §. consuluit, de hered. pet.* Male obiicitur huic legi lex *Lucius*. Nam tantum abest, vt Papinian. dissentiat à Scæuola, vt maxime probet, quod est scriptum in *l. Lucius*, sed respondet ita, hoc non fuisse donationem meram, sed remunerationem præceptorum, quam vtique non oportet accipi restricte, quia & ad eam non pertinet legis Cinciæ modus aut rigor. Licet enim præceptori donare in infinitum, non seruato modo legis Cinciæ, quia doctrina certo modo nõ æstimatur. Ita etiam in specie *l. si pater §. vlt. h t.* si me liberaueris à latrunculis vel ab hostibus, siue eripueris, & pro eo tibi donauero aliquid immodicum & immensum, donatio valet, est irreuocabilis, quia non tam est donatio quam remuneratio, & merces eximij laboris, quod vi me eripueris, non certo pretio, & contemplatio illa salutis non potest æstimari certo modo. Itaque ad eam non pertinet lex Cincia. Igitur ad meras donationes tantum pertinet, non ad remunerationes eximij & inæstimabilis beneficij. Quare nec in his remunerationibus hodie insinuatio requireretur, quia permutationes potius sunt beneficiorum, quam donationes. Igitur Papinian. fatetur esse verissimũ quod est in *l. Lucius*, heredem non cogi stare donationi defuncti, qui gratis cõcessit vsum cœnaculi, vel habitationem, nec de heredibus suis illam mentionem habuit, sed interpretatur hanc legem, vt pertineat tantum ad meras donationes, non ad remunerationes.

Ad l. 40. de mortis causa don.

Si mortis causa inter virum & vxorem donatio facta sit, morte secuta reducitur ad id tempus donatio, quo interposita fuisset.

Nihil est in l. 40. *de mortis causa donat.* quod non exposuerim in *l. 76. de hered. inst. lib. 15.* Donatio inter viuos non valet inter virum & vxorẽ, donatio directa & absoluta. donatio causa mortis valet, quia id tempus excurrit, quo solutum erit matrimonium. Sed videndum est, an mortuo donatore donatio retrahatur: vt si seruus donatus sit mortis causa, an quod retro acquisierit is seruus medio tempore, pertineat ad donatarium, an fundi donati fructus? an ancillæ donatæ partus pertineant ad donatarium mortuo donatore? Et distinguendum: aut ita facta est donatio, vt tunc dominium transferretur in donatarium, cum mortuus erit donator, & hæc non retrotrahitur, *l. sed interim, l. si is seruus, de don. int. vir. & vxor. l. 76. de hered. inst.* aut ita facta est donatio causa mortis, vt ex eo ipso tempore valeat, quo interposita est. Et hæc retrotrahitur.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXX. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. si metus 85. D. de acq. her.

Si metus causa adeat aliquis hereditatem: fiet, vt quia inuitus heres existat, detur abstinendi facultas.



EX lib. 30. sunt tantum leges tres. Prima est lex 85. *de acqu. hered.* cuius verba sunt, *si metus, &c.* Quemadmodum suis heredibus, qui ipso iure inuiti heredes existunt, prętor dat facultatem abstinendi, & si abstinuerint se bonis, soluuntur omnibus oneribus hereditariis beneficio prætoris: nam iure ciuili necessarij sunt, *l. necessariis, h. t* ita voluntariis heredibus, puta extraneis, qui non sunt ex familia testatoris, si forte aliquo casu inuiti heredes existunt, vt si metu illato à creditoribus hereditariis adierint, hoc casu etiam his prætor dat abstinendi facultatem post aditionem. Et est sententia huius legis, & *l. si mulier §. pen. quod met. causa.* Necessariis autem heredibus veluti seruis à domino heredibus institutis cum libertate, licet inuiti hereditatem adeant, non datur abstinendi facultas. Hi vero sunt necessarij heredes, qui omni iure necessarij sunt *d. l. necessariis.* Non est igitur nouum, vt inuiti heredes fiant, fiunt ipso iure necessarij, & ciuili, & prætorio iure. sui ciuili iure fiunt per prætorem, postulante fideicommissario, vt sæpe legitur in *tit. ad Senatusconsf. Trebellian.* fiunt & qui adeunt metus causa, vt in hac lege, quo genere & inuiti contrahunt nuptias, *l. si patre cogente, de ritu nupt.* quia coacti tandem voluerunt. Denique voluerunt, sed inuiti per se, voluerunt, sed ægre, non libenter, non iucunde, non sponte. Principia necessitatis fuerunt, post principia quasi voluntatis, *d. l. si patre.* ex Celsi lib. 15. Digest. Et videtur esse coniungenda cum eo, quod ex eod. libro. Celsi refertur in *l. 6. §. vlt. h. t.* quæ obiicitur huic legi, & *d. l. si mulier §. pen.* Coniungenda, inquam, hoc modo, vt sint quidem nuptiæ, si quis eas contraxerit volens licet coactus, non etiam si fallens, id est, simulans se velle, cum nollet: sicut is qui volens adiit hereditatem, licet coactus metu, verbere, vel alio timore, heres fit aditione, non etiam si fallens adiit. Et ita loquitur Celsus in dicto *§. vlt.* & notat non male Accurs. an fallens adierit, protestatione præcedente, declaratione habita seorsim. Et eo iure vtimur sæpissime in multis negotiis.

Ad l. 19. de manumiss.

Si quis ab alio nummos acceperit, vt seruum suum manumittat, etiam ab inuito libertas extorqueri potest, licet plerunque pecunia eius numerata sit, maxime si frater, vel pater naturalis pecuniam dedit: videbitur enim similis ei, qui suis nummis redemptus est.

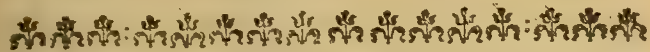
HIs proxime adiiciemus recte, quod eod. lib. scripsit Pap. de eo. qui inuitus seruum suum manumisit, *l. 19. de manumis.* Aliquando inuito domino extorquetur libertas, sed voleti tandem potius, quam nolenti, vt si à Titio libero homine nummos acceperis, non quasi pretium serui; sed veluti eliciendi, aut promerendi istius beneficij gratia, vt seruum tuum manumitteres, inuitus manumittis, & poteris compelli per actionem præscriptis verbis, *l. naturalis* §. *at cum eo, de præscript. verb.* Quod vtique verum est, vt eleganter Pap. docet hac lege, si Titius non nummos suos tibi numerauerit; sed nummos tuos, id est, nummos serui peculiares, modo si Titij intersit seruum manumitti, puta affectus ratione, quod is seruus sit ei frater naturalis, id est, ex eodem contubernio procreatus vel filius aut pater naturalis, ex contubernio scil. pater ciuilis, est tantum ex iustis nuptiis. Affectus autem ipsius, quo ducimur omnes erga cognatos, habetur ratio in omnibus iudiciis. siue sint bonæ fidei, *l. cum seruus, mand.* siue strictæ, *l. 6. & 7. de seru. export.* Et nostra interesse creditur seruum manumitti propter affectionem iustam & naturalem, licet nihil intersit pecuniariter. denique interest nostra fictitie, non vere. Et in iudiciis igitur aliquando admittitur ficta quædam ratio eius quod interest. Alioquin si Titij nihil intersit seruum manumitti, cuius manumittendi gratia tibi dedit pecuniam non suam; sed peculiarem serui, non potest te cogere, vt seruum manumittas. Non est autem mirum, si nummis acceptis peculiaribus serui, quos non ignorabas esse peculiares, cogaris eum manumittere, cum si ab ipso seruo acceperis sciens nummos peculiares, atque etiam tuos, cogaris etiam eum manumittere, ex constit. Diuorum fratrũ ad Vrbium Max. *l. 4. hoc tit. l. vix certis, l. qui se, de iudic.* Dedit tibi seruus tuus pecuniam peculiarem, vt eum manumitteres, non manumittis, moraris, cunctaris. non fiet liber ipso iure, sed extra ordinem interuentu prætoris: seruus tuus poterit te compellere, & tibi inuito extorquere libertatem. Posui initio, Titium non dedisse nummos quasi pretium serui: nam si dedit quasi pretium, seruus, cui mora fit in præstanda libertate, fiet ipso iure liber ex constitutione Marci, & Commodi ad Aufidium Victorinum, *l. Paulus resp. de lib. causa, l. 4. C. si mancip. ita fuer. alien. vt manum.* Male Accurs. contra ponit, Titium dedisse nummos quasi pretium: nam hoc casu non esset compellendus dominus manumittere; sed lex faceret liberum sine facto domini, non eligeretur factum domini. Constitutio repræsentat libertatem post moram domini. Illa constitutio scilicet quæ scripta est ad Aufidium. Ac præterea, si deesset pretium, Titius non solueret recte de peculiaribus nummis: nam pretia oportet emptores dare de suo: alioquin non liberantur, *d. l. cum seruus, mand. & l. vn. si seru. ext. se emi mandau.*

Ad l. 12. ad l. Falcid.

Si debitor creditore herede instituto, petisset, ne in ratione legis Falcidiæ ponenda creditum suum legatariis reputaret, sine dubio ratione doli mali exceptionis apud arbitrum Falcidiæ defuncti voluntas seruatur.

SCiendum est, heredem in ponenda ratione legis Falcidiæ, in ponenda ratione legatorum & bonorum à defuncto relictorum, prius deducere bonis æs alienum. Bona intelliguntur deducto ære alieno. Deducere autem bonis æs alienum, etiam id, quod sibi defunctus debuit, cum creditor debitori heres exstitit: idque reputare legatariis. quamuis creditum sane sit confusum aditione: sed confusione tollitur tantum actio, non deductio, retentio, reputatio. Et hoc est proditum in *l. 15. §. quod auus, h. tit. l. qui fundum §. si quis heredem, h. t. l. 6. & 8. C. eod. l. vn. §. igitur, C. de rei vx. act.* Et sic vice versa, id, quod heres defuncto debuit, cum debitor creditoris heres extitit, certum est, eum bonis computare, contribuere, connumerare, quamuis aditione, confusum sit, confusione non tollitur reputatio, *l. 1. §. si debitor, & l. 56. h. tit.* Hæc sunt certissima principia iuris, quæ vitiantur in casu proposito in hac l. 12. in qua exponitur vnus casus, quo heres non deducit bonis quasi æs alienum id, quod sibi defunctus debuit in ponenda ratione legis Falcidiæ, puta, si compensandi animo debitor creditorem suum heredem scripsit ea lege ne creditum suum bonis deduceret, & legatariis reputaret, sed id compensaret cum Falcidia. necesse est, vt id cauerit aperte. Et hoc ita, si cauerit, vt seruetur hæc voluntas defuncti, legatarij consequentur, eoque augebuntur eorum legata, hoc inquam, consequentur, vt ait, apud arbitrum legis Falcidiæ, apud quem inquiritur ratio legis Falcidiæ, qui & iudex dicitur, *l. cum Titio, h. t.* hoc, inquam, consequentur opposita exceptione doli mali: nam si heres præter Falcidiam velit deducere etiam creditum suum, repelletur exceptione doli mali, per quam certum est solere compensationem opponi. Aut sane, quod maxime notandum, ratione doli exceptionis, quæ hodie tacite inest in omnibus iudiciis, ipso iure fiet compensatio crediti cum Falcidia, *l. vnum ex famil. §. sed si vno, de leg. 2. l. inter, de administr. tut. l. posteaquam, de compensat.* Et obseruandum maxime Papinian. hoc loco dicere, legatarios hoc consequi, ne scilicet, quod sibi defunctus debuit, heres detrahat bonis, non opposita exceptione doli mali: nec enim necesse est opponi. sed ratione doli, exceptio, quæ scilicet inest tacite, etiam non opposita: nam in omnibus iudiciis, hodie compensatio fit ex tacita exceptione doli, quæ fiebat olim ex expressa. Et est sententia huius legis 12. Finge: Debitor qui quadringenta habuit in bonis, me creditorem suum heredem scripsit, & onerauit legatis, & cauit, vt hereditatem suam compensarem cum meo credito. ex hereditate eius cum effectu percipio Falcidiam tantum, dodrantem erogo legatariis. si tantum mihi debuit, quantum iure Falcidiæ percipio, nihil retineo iure crediti, quia creditum testator cum Falcidia pensari voluit, solam Falcidiam retineo, id est, centum: alioquin si id non cauisset testator, retinerem centum septuaginta quinque: nam alia viginti quinque inessent quartæ bonorum, si plus mihi debuit, quam iure Falcidiæ percipio: vt si debuit mihi 150. cum Falcidia sit tantum modo 100. detraham 100. pro Falcidia, & 50. tantum pro superfluo debiti in *l. 15. §. cum fideicommissum, h. t.* Nam vt ibi ait, compensatio fit tantum ad finem Falcidiæ, ad parem quantitatem, ad concurrentem quantitatem, & superfluum debiti detrahitur dodranti. Et male Accurs. & aliqui, quantulamcumque Falcidiam sufficere compensationi. Falcidiam centum sufficere credito 200. Nam mens huius l. 12. eadẽ est, quæ §. *cum fideicommissum*, vt compensentur tantum concurrentes quantitates pari pecunia, pari ære, pari numero, vt etiam in specie *d. l. 15. §. quod auus, & l. cum pater §. Titio, in priore parte, de leg. 2.* nunquam quantulicunque fructus sufficiunt compensationi. Et male, quod proponitur testator cauisse in hac *l. 12.* ne heres creditum suum reputaret legatariis, his verbis, *testatorem non induxisse compensationem crediti cum quadrante* bonorum suorum: nam quid aliud agere potest? quid aliud egit, quam vt fieret compensatio? Porro hæc voluntas testatoris creditum compensare volentis, non prohibet Falcidiam, quod etiam hoc iure non potuit, prohibet palam, *l. nemo, de leg. 1.* Sed fraudem ei facit quodammodo: nam si tantum sit in credito, quantum est in Falcidia, nihil videtur retinere iure Falcidiæ, quandoquidem id, quod retineo iure Falcidiæ, iam mihi debebatur. Atque ita hac arte quodammodo inhibetur Falcidia, & fit non male, tamen seruanda est hæc testatoris voluntas. Igitur si creditor, quem testator heredem scripsit, possit ei succedere etiam ab intestato, puta, quod sit ei proximus agnatus, prudentius fecerit si repudiauerit testamentum, ne fraudetur Falcidia, & possideat hereditatem ab intestato. Et ita

ita suadent iuris auctores; vt se ita in hac re gerat, id cum facturum impune, id est, citra metum edicti, *si quis omissa causa testam.* quia id facit fraudis testatoris excludendæ gratia, qui voluit fraudare legem Falcidiam. Et hæc est sententia *d. l. cum pater* §. *Titio*, quæ confirmatur etiam *l. 42. de acquir. hered. l. 6.* §. *si patronus, de bon. libert. l. Papin.* §. *quarta, de inoffic. testam.*



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXXI. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 9. de stat. hom.

In multis iuris nostri articulis deterior est conditio fœminarum, quam masculorum.



EX libro 31 quæst. sunt ll. quatuor, è quibus exposui vnam nuper, eamque difficiliorem, libro 29. ad leg. 10. *de captiu. & postl. reu.* leg. 11. scilicet eiusdem lib. Restant igitur tres tantum, & notæ quædam Pauli in hunc Papiniani librum. Prima erit lex 9. *de statu hom.* Omittam quæcunque scripsit Accursius in hanc legem, non quod sint ea contemnenda, sed quod sit vobis in promptu ea legere. *deterior.* inquit, *est conditio.* Conditio, quantum ex titulo intelligere licet, est status, *l. qui cum alio, de diuers. regul. iur.* status conditionis, *l. cuius de iure patron.* Status etiam ex sexu discrimen aliquod accipit. Et ob id in *l. seq.* de hermaphrodito, quæritur, cuius sexus æstimari debet, sed sane hoc fit improprie. Nam status proprie non decernitur ex sexu, sed ex conditione libertinitatis, aut seruitutis, aut breuius ex statu capitis, & seruitutis. Status proprie discrimen non accipit ex sexu. Et tamen ex hac lege 9. *& seq.* cernis, sub tit. *de statu hominum*, agi de discrimine sexus; quamuis vterque ponatur esse eiusdem status, puta mas, & fœmina liber vterque, aut seruus vterq; quem ego abusum vix fero. Quod autem ait, deteriorem esse conditionem fœminarum, quam masculorum, hoc natura ipsa constat satis, vt Aristoteles in Politic. 1. τὸ ἄῤῥεν εἶναι κρεῖττον τῇ φύσει, *sexum masculum esse meliorem, muliebrem deteriorem, vel, quod natura maris sit imperare, fœminæ obsequi.* Sed præter naturam etiam in multis articulis iuris ciuilis, id est, in multis partibus deterior est conditio fœminarum quam masculorum. Ius ciuile subsequitur naturam, dixerim pene, nō in multis, sed in omnibus partibus & iuris naturalis & ciuilis. Nam & in quibus causis melior videtur esse conditio fœminarum, puta, quod ex intercessionis causa non obligentur ex Senatusconsulto Velleiano, & quod in pœnis parcitur, lapsis iuris ignorantia succurritur, & generaliter, quod eis non nocet iuris ignorantia, quæ maribus nocet: in his ipsis apparet deterior conditio mulierum. Cur subuenitur deceptis? Cur ignoscitur lapsis? quia deterior & imbecillior est conditio earum, sed deterior natura, non etiam iure, in his causis. Vnde dicemus rectius, in multis causis iuris ciuilis, non in omnibus deteriorem esse causam fœminarum: in omnibus sane, si naturam spectas: non in omnibus, si leges, sed tamen in multis leges deteriorem fecere conditionem fœminarum aliquanto plus, quam natura. Lege Voconia masculorū hereditas iure agnationis non pertinet ad fœminas vltra consanguinitatem, id est, fratrum legitimorum gradum, fœmina fratri aut sorori est legitima heres, non filio fratris, non patruo, & tamen filius fratris amitæ est legiti-

A mus heres. Patruus filiæ fratris est legitimus heres. Non est igitur successio reciproca, quia ad fœminas non redit masculorum hereditas vltra gradum consanguineorum, id est, fratrum. In iure semper consanguinei nomine significatur fratres. Vnde apparet illorum abusus intolerabilis, qui dicunt arborem consanguinitatis, consanguinitatem accipientium pro cognatione, cum semper accipiatur pro fraternitate tantum, nec etiam descriptio graduum vnquam appellata est arbor, nam nec arboris speciem habet vllam. Et de hoc capite legis Voconiæ Paulus scribit 4. *Sentent. tit. de intest. success.* & intellige de eo §. *cæterum, Institut. de legit. agnat. success.* Lege item Voconia non licet fœminam heredem scribere, ne filiam quidem vnicam, vt aperte scribit Diuus Augu-
B stinus 3. *de ciuitate Dei, cap. 21. Nolebant*, inquit, *diuites fieri fœminas, sciebant nihil esse intolerabilius diuite fœmina.* Patroni quoque liberi masculi idem ius habent in hereditatem liberti, quam & ipse patronus, non etiam fœminæ, quod constat ex fragmentis Vlpiani, & ex constitutione Græca Iustiniani, *de iure patronat.* Ac præterea filij præteritio, quæ iniuria quædam est, nullum facit testamentum patris, non præteritio filiæ. filius nominatim exheredandus est, non etiam filia, quod obtinuit ante Iustinianum. Et, vt ex M. Catone Gellius refert, deprehensam in adulterio vxorem licebat impune necare sine iudicio, quod & Nou. quędam permisit contra legem Iuliam de adulteriis, quæ hanc potestatem marito omnino non dedit. Vxori autem virum, vt Cato
C dixit, si adulteraret, ius non erat ne digito quidem contingere. Et constat etiam hodie virum non posse accusari adulterij: mulierem posse, *l. 1. C. ad leg. Iul. de adult.* & præterea vxores viros elugere, non contra, l. *vxores, de his qui not. infam.* & coërceri secundas nuptias mulierum, *Nouell. 22.* Et libertum vnum, qui procurat negotia Senatoris masculi, non qui fœminæ, constat habere vacationem tutelarum, l. 15. §. ἀπολύεται, *de excusation. tutor.* Senatorem, fœminam dico, quæ Senatori matrimonio iuncta est; nec enim potest fœmina ingredi in Senatum, & multo minus in secretius consilium Principis, caputque eius deuotum est inferis Senatusconsulto quæ id esset factura, Lampridius in Heliogabalo. Ex quibus omnibus quæ Accursio addimus, intelligere est, verum esse quod Papinianus ait,
D *in multis, &c.*

Ad l. 52. de adoptionibus.

Nonnunquam autem impubes, qui adoptatus est, audiendus erit, si pubes factus emancipari desideret, idque causa cognita per iudicem statuendum erit.

1. §. *Imperator Titus Antoninus rescripsit priuignum suum tutori adoptare permittendum.*

CErtum est, patrem naturalem vel adoptiuum non posse cogi filium emancipare, quod proponitur in l. 31. nec indiget probatione. Sunt tamē quidam casus, qui-
E bus cogitur. Vnus est in l. *vlt. si à parente quis man.* quo cogitur filium emancipare extra ordinem, vt si sit impius & atrox erga filium, causa cognita & probata extra ordinem cogetur emancipare. alius est in l. *si cui legatum, de condit. & demonstr.* & alius in hac l. 52. si impubes sit adoptatus, & pubes factus probauerit sibi nō expedire adoptionem: nam causa probata cogetur pater eum emancipare, atque ita recipiet pristinum ius. Hoc dicitur de impubere in leg. seq. sed idem procedit in pubere minorē xxv. annis, qui se prębuit adrogandum: Nam & hic potest restitui in integrum aduersus adrogationem, l. 3. §. *si quis minor, de minor.* adoptionem impuberis permittit constitutio Titi Antonini, vt dixi, l. *causa, de vulg. & pup. subst.* 29. quæst. Nam ante illam cōstitutionem impubes non potuit adoptari, & vt subiicitur in hac lege, eam permisit etiam tu-

tori, vt etiamsi vellet tutor pupillum suum adoptaret, A maxime causa cognita, si affectu paterno ducatur, vt si vitricus datus sit tutor priuigno. Est enim sæpe vitricus in priuignum animi paterni, l. 15. *de neg. gest.* Et ideo iure datur tutor priuigno, *l. vlt. C. de cont. iud. tut.* Et siue sit tutor ex constitutione Antonini, siue non sit tutor, priuignum adoptat iure. Plinius in 10. Epist. *&*, inquit, *adoptionem à vitrico meruit.* Ponendum est, vitricum adoptasse priuignum puberem: nam ætate Plinij impubes non potuit adoptari. non solet permitti adoptio ei, qui tutor fuit, ne ratio reddendæ tutelæ cohibeatur, l. *nec ei, h. t.* Qua ratione etiam interdictæ sunt nuptiæ cum ea, cuius tutelam gessimus vel curam, l. *pen. de ritu nupt.* ne cohibeatur ratio reddendæ tutelæ, vel occasio retrahendæ rationis tutelaris intra tempora restitutionis in integrum. Ergo B pemitti etiam non debet tutori adoptiuo pupilli, sed causa cognita permittitur, maxime si vitricus tutor priuignum adoptauerit, quia pene patris loco est.

Ad leg. Quod si filius 11. de capt. & post. reu. vide lib. XXIX. ad l. 10. eod.

Ad leg. 78. de reg. iur.

Generaliter cum de fraude disputatur, non quid habeat actor, sed quid per aduersarium habere non potuerit, considerandum est.

NOn recte videtur concepta hæc regula. Qui arctius C eam & accuratius acceperit, desiderabit in ea semper aliquid; *cum de fraude disputatur*, inquit, *non consideratur quid habeat actor*, qui de fraude sibi acta agit, sed quod sequitur recte, consideratur, quid non habeat, per fraudem aduersarij. Sed cur etiam admonuit non cõsiderari, quid habeat actor? Et vulgo quidem proprie hanc regulam referunt ad actiones fraudatorias, quamquam cum sit generalis, possit referri ad omnia iudicia, in quibus de fraude quæritur vel principaliter, vel per consequentiam. Actiones fraudatoriæ sunt veluti Pauliana ob fraudatos creditores: vel Fabiana, aut Caluisiana ob fraudatum patronum. Et si hanc regulam ad has actiones refers, quia sane his proprie conuenit, & quia ad eas etiã constat referre legem seq. & ego fateor. Hoc igitur pro- D posito, hic erit sensus huius regulę; Si creditor agat Pauliana, vt rescindat, quæ debitor gessit & donauit in fraudem suam, in necem suam, ne quæratur in hoc iudicio, quid creditor habeat de bonis debitoris possessis. nam Pauliana non datur, nisi creditore ante misso in possessionem, & bona debitoris possidere iusso, §. *item, si quis in fraud. de action.* Vt igitur actione Pauliana non quæritur, quid habet actor ex bonis debitoris, quæ possidere iussus est, & quæ distraxit, sed quæritur & consideratur, quid amplius habere potuerit, si ei fraudator, id est, debitor ipse fraudem non fecisset, vel is, qui contraxit cum fraudatore, si ei non obstitisset. nam actio Pauliana datur in vtrumque, l. 1. *inf. quæ in fraud. cred.* vt scilicet recipiat quod habere potuit, si ei possidere licuisset, quod fraudatorin eius fraudem alienauit. Et si hic est sensus, inelegãs E videtur esse & inconsequens: Nam quis nescit hoc non considerari, quod iam habet actor, cum quæritur quanto fraudatus sit? Igitur melius est, sic struere verba huius regulæ, & disponere apud se tacito intellectu, vt non consideretur quid habeat aduersarius, cum quo agitur fraudatoria actione, sed quid actor habere potuerit, si ei possidere licuisset per aduersarium, vt similiter Papin. definit in l. *si nauis* §. *vlt. de rei vindicat.* Cum agitur de mala fide possessoris, & de fructibus ex re aliena perceptis, quos restituere debet actor, non spectari, quos habeat, fructus aduersarius: quid enim, si fuerit negligens in eis percipiendis? sed spectari, quos fructus actor percipere potuisset, si possedisset, aut possidere licuisset per aduersarium,

l. ait prætor §. *per hanc, quæ in fraud. credit.* Qui duo loci adducuntur ab Accurs. hoc loco rectissime. At certe probabilior est scriptura Græcorum, quæ mihi sane visa est sẽper elegantissima, vt ita legatur, *cum de fraude disputatur, non quid non habeat actor, sed quid habere per aduersarium non potuerit, consideratur*: quam vtique arcte tenere optimum iudicem oportet, hoc scilicet sensu, vt non quicquid nõ habet actor, eo omni fraudatus videatur, sed eo tantũ, quod ei abest per aduersarium, id est, dolo aut culpa, siue negligentia aduersarij. Sane ita habent Basil. Et tamen ex regula huius legis, videtur commodissime adhiberi interpretatio facilis, non mutata scriptura vulgari: vt cum de fraude disputatur, non consideretur quid habeat actor, vt si residuo, quod non habet fraudatus intelligatur, nec eo fraudatus intelligatur, si absit dolus aut culpa aduersarij, sed consideretur, quid dolo aut culpa aduersarij factum sit, vt actor habere non potuerit: fraudem nos metiri, non ex eo, quod actor habet, sed ex eo quod per aduersarium factum est, ne haberet. Non quantum ei abest, tanto fraudatum videri actorem, sed quantum ei abest dolo aut culpa rei, cuius sententiæ meo iudicio facilius exprimendæ gratia, videntur Græci scripsisse, *non quid non habeat actor.* sed etsi non adiicias hanc alteram negationem, regula idem significabit, & patietur eandem interpretationem. Et est elegans regula, vt ad extremum dicat, non videri quem non fraudatum eo, quod habet, nec etiam fraudatum eo, quod non habet, nisi dolus aut culpa rei fecerit, vt id non habeat.

Ad l. 18. de seruitut.

Papinianus notat, in omnibus seruitutibus, quæ aditione confusæ sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

IAm perfuncti sumus hoc libro, si modo addamus, quod refertur in l. 18. *de seruitut. hoc lib. Papin.* Paulum notare, *in omnibus seruitutibus, &c.* nescimus, in quam sententiam Papin. vergat & dolemus, nec vaticinandi vllo modo datur nobis facultas. Restat tantum igitur illa nota explicanda. Finge: Ædes tuæ meis ædibus seruiunt, vel fundus tuus meo seruit fundo, debet iter aut viam, tu me heredem facis, confunditur seruitus aditione, quia post aditionem ego sum dominus vtriusque prædij, & meo prædio meum prædium seruire non potest. At finge rursus, tu, qui me heredem fecisti, prædium illud tuum, quod meo seruiebat à me legasti Titio, & legasti per damnationem. Ita ponendum est, alioquin aditione, ego non acquirerem dominium huius prædij, quia fundi legati per vindicationem dominium recta transit ad legatarium ex morte testatoris, nec fit heredis, nisi sit legatũ per vindicationem conditionalem: nam pendente conditione est hereditatis. Igitur ita ponenda est species, vt prędium illud seruiens, quod à me legauit, meum factum fuerit aditione, atque ita confusione seruitus interierit: deinde vero tu ages ex testamento, vt præstem prædium, ego per exceptionem doli, per retentionem prędij consequar, vt tu patiaris redintegrari seruitutem, quæ est extincta, priusquam prętetur tibi fundus, vel vt eam imponas rursus prædio, cum tibi tradetur à me, quia testator legauit tibi prædium, quale fuit testamenti tempore. fuit autem seruiens, ergo pati debes, vt ad te veniat seruum iure legati, quod est in *l. si seru. Titij, l. legatum* §. *vlt. l. cum filius* §. *dominus, de leg.* 2. Confusio tollit actionem, non exceptionem. Quæ est sententia notę Pauli. Sed obseruandum est, Paulum loqui tantum de seruitutibus prædiorum, non de vsufructu, qui est seruitus debita personæ. loquitur de seruitute, quam prædium prędio debet, non de vsufructu, quam seruitutem prædiũ personę debet, nam vsusfructus non redintegraretur, sed præstaretur fundus plenus, quia vsusfructus est pars rei, ergo continet omne emolumentum rei. Testator legauit fundum, ergo plenam rem, ple-

num dominium: nec enim, si tu ante aditionem habueris in eo vsumfructum, qui testatoris heres extitisti, poteris efficere per retentionem, vt is vsusfructus rursus tibi cedatur, quia palam est testatorem legasse fundum plenum, proprietatem plenam. Hic recte coniungitur §. *vlt. l.* 73. *ad Treb.*



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXXII. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. dote 61. de rit. nupt.

Dote propter illicitum matrimonium caduca facta, exceptis impensis necessariis, quæ dotem ipso iure minuere solent, quod iudicio de dote redditurus esset, maritus soluere debet.

EX hac l. intelligimus illiciti matrimonij dotem fieri caducam, non inhonesti tantum, vt incesti, sed etiam illiciti dotem redigi in fiscũ: vt puta, nam res eget explicatione, & exemplis, si quis vxorem duxerit in prouincia, in qua officium gerit. Est enim illicitum matrimonium. id est, contra mãdata principum. Solemnia erant mandata quædam, quæ dabant Principes euntibus in prouincias cum potestate vel imperio, vel curatione aliqua, vel ministerio publico, & inter cætera, ne in ea prouincia, durãte officio vxorem ducerent, ne quid emerent, ne fœnus exercerent, ne mutuam pecuniam darent. Ratio potentatus, vt ait lex *præfectus*, *h. t.* hæc prohibuit, ne quid scilicet sub specie nuptiarum, vel emptionis vel mutui, sub honesto titulo facerent per concussionem, ne opprimerent prouinciales, ne elicerent ratione potestatis suæ nuptias inuitis, venditiones, vsuras: fuit hoc vnum caput mandatorum. Igitur illicitæ sunt nuptiæ, id est, contra mandata principum, si quis duxerit vxorem in prouincia. Et ideo dos fit caduca, si qua data sit, quod ostẽdi alias ex rescripto quodã Gordiani esse ex constitutione Seueri. Seuerus constituit, vt ex hac causa dos caduca fieret, nisi scilicet veterem spõsam duxerit, quam scil. desponderat ante delatum sibi officium, & post in illo officio duxerit: hanc enim licet ducere, nec dos fit caduca, *l. si quis* §. *veterem*, *h. t.* Vbi autem dos fit caduca, quam maritus accepit ob illicitum matrimonium, maritus fisco id reddit, quod redderet conuentus iudicio de dote ab vxore, vel heredibus vxoris. Et minorem igitur dotem quandoque reddit si eam impensæ necessariæ fecerint minorem, quæ est sententia huius l. Constat enim necessariis impensis dotem ipso iure minui, retentionem ex dote fieri ipso iure nomine impensarum necessariarũ, quas fecit maritus in res dotales, *l.* 5. *de impens. in res dot. fact.* Vtiles autem impensæ non minuunt dotem ipso iure, nec retinentur ipso iure, sed eo nomine est retentio dotis veluti pignoris, *l.* 5. *de dote prælег.* Alia retentio fit ipso iure, quæ nihil aliud est, quam deminutio dotis. alia fit per exceptionem, quæ non est deminutio dotis. Etiam illud notandum est, ex hac causa, si quis vxorem duxerit in prouincia contra mãdata principum, dotem semel caducam factam non posse recuperari à fisco, etiamsi postea coniuges in eadem voluntate perseuerantes deposito officio iustas nuptias effecerint: nam post depositum officium noua voluntate iustæ nuptiæ fiunt, *l. eos qui, hoc tit. l. etsi contra, C. de nupt.* Iustæ quidem fiunt nuptiæ, quasi ex noua voluntate, sed dos, quæ semel cecidit in fiscum, non reuocatur, quicquid cecidit in fiscum vix ab eo reuocatur, *l.* 2. *C. de sent. pass.* nisi iussu & speciali

beneficio principis. Item maxime notandum est, quod diximus, ex ea causa dotem fieri caducam, sic accipiendum esse, vt omnimodo fiat caduca, & eripiatur aut viro, aut mulieri, excepto vno casu, quo eripitur quidem viro, non etiam mulieri, qui exponitur in *l. præfectus*, *h. tit.* quæ vulgo male explicatur. Nec lusisse videbimur operam, si modo eius sensum domum referatis.

Casus hic est: si virgo nupserit, hac appellatione intelligitur tenera ætas & mollis, puellaris ætas infirma est: huic non eripietur dos, etiamsi contraxerit matrimoniũ cum præside prouinciæ, aut præfecto cohortis, aut tribuno, vel quo alio gerente officium in prouincia, quæ tamẽ eriperetur robustæ ætatis fœminæ, id est, non imperitæ rerum. Virgini deceptæ, quandoquidem semper decepta præsumitur, parcimus: & marito quidem eripit fiscus dotem, quo casu eam maritus lucraretur, non puella, aut heres eius, & etiam, quod puella huic viro testamento reliquerit, viro eripit fiscus quasi indigno, nõ etiã quod is vir puellæ reliquerit, fiscus eripit puellæ, quæ decepta est, *l.* 2 § 1. *de his, quæ vt ind. & d. l. præf.* quæ hic tota nobis enarrãda est. duo tractat genera illiciti matrimonij, eaque cõparat inuicẽ. Illicitum est, si verbi gratia, præses prouinciæ, aut præfectus cohortis, vxorem ducat in prouincia in qua officio fungitur. est etiam illicitum, si tutor pupillam vxorem ducat. id est, eam, cuius fuit tutor: est enim contra Senatusc. siue orationem D. Marci, & vtrumque matrimonium est prohibitum eadem ratione. Ratione potentatus tutor facile sibi conciliaret nuptias locupletissimæ fœminæ, terrore potestatis. Eadem igitur ratio, & has & illas prohibet nuptias. Sed quærit deinde: *an huic.* id est, *viro gerenti officium in prouincia fiscus possit auferre quod ei relictum est testamento puellæ, si virgo ei nupsit, non veterana quadam?* Et ait deliberari posse, an viro sit auferendum & eripiendum, quod ei virgo testamento reliquit. *Deliberari potest*, inquit. quib. verbis significatur posse auferri. Et confirmat hæc formula loquendi ea, quę in deliberationem, & quæstionem prolata erant. *affirmat ergo.* Et constat ita esse ex *d. l.* 2. dotem tamen ei non auferri à fisco, sed, vt ait in fine, eam restitui heredi testatricis, heredi mulieris: contra verò id, quod vir testamento puellę reliquerit, ei non auferri à fisco, neque etiam dotem: Et idem seruari, si tutor pupillam vxorem duxerit, quod confirmat lex *vlt. de leg.* 1. *& l. si tutor, C. de interd. mat.* Nam dos pupillæ non eripietur, non redigetur in fiscum. nec etiam quod ei reliquerit vir, viro eripietur, imo & fit infamis tutor ex hac causa, & coërcetur extra ordinem, *l. non est, h. t.* Porro illud etiam notandum est, si quis eam duxerit vxorem, in cuius adulterio damnatus est, etiam illicitum esse matrimonium, licet duxerit indemnatam. si damnatus adulterij indemnatam vxorem duxerit, quam pridem adulterasse damnatus sit, illicitum est matrimonium. Et hoc casu dos omnino fit caduca, & eripitur vterque: hereditas quoque eripitur: viro, si talis mulier eum heredem scripserit, & contra eripitur etiam mulieri, si vir eam testamento heredem scripserit, & bona vindicantur fisco: quæ est sententia *l.* 13. *de his, quæ vt ind.* quę est ex eod. lib. Papin.

Ad l. 14. de his, quæ vt indign.

Mulierem, quæ stupro cognita in contubernio militis fuit, etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum iure militiæ factum, & id quod relictum est, ad fiscum pertinere proxime tibi respondi.

ET idem etiam erit omnino, si ex alia causa sit illicitũ matrimonium, vt alter non possit quicquam capere ex alterius testamento, vel si ceperit, vt ei eripiatur, & redigatur in fiscum: nam & ab intestato eis eripitur hereditas: eripitur quod deficientibus cognatis ceperint per bonorum possessionem, vnde vir & vxor, *l.* 1. *vnde vir & vx.*

nam constat iure prætorio coniugem coniugi succedere deficientibus cognatis,& fisco præferri, si licitum sit matrimonium. atque adeo,ne virgo quidem, id est, tenera puella, si fuerit illicitum matrimonium quicquam capit ab intestato, vt opinor,licet capiat ex testamento, *l. Claudius Seleucus*, *eod.* Est singularis lex. Neque obstat huic legi primum *l. vxori maritus*,*de vsufr. leg.* Illicitum ibi est matrimonium. Finge: Maritus vxori testamento reliquit vsumfructum & alia quædam & dotem. Illa post mortem mariti biennio integro percepit vsumfructum quasi vxor iusta. post biennium illicitum matrimonium apparuit. Quæritur, *an heredes mariti possint ab ea repetere fructus, quos percepit?* Et ait posse. non ergo redigitur in fiscum, quod vxori illicite relictum est testamento viri puellæ, quæ cum nupsit puella erat. Sed obseruandum est breuiter,eam legem tantum loqui de vsufructu. in vsufructu nusquam est fisco locus, alioquin nunquam interiret, proprietas redigitur in fiscum vel nuda vel plena: cum quid confiscat lex,cõfiscat proprietatem, id est, rem ipsam:vsusfructus confiscatio non est. Quare leges caducariæ, non pertinent ad vsumfructum, *l. 9. eod. tit. de vs. leg. l. si Titio in pr. de vsuf.* loquitur *l. vxori* de vsufructu: nam aliæ res, quæ vxori legatæ sunt, redigentur in fiscum ablatæ quasi indignæ. Nihil etiam obstat *l. quæsitum, ad l. Iul. de adult.* ex qua efficitur, non esse iniustum matrimonium, si adulter duxerit adulteram, si is, quem maritus destinauerat reum adulterij, à se dimissam vxorem duxerit postea. lex non loquitur de damnato adulterij: is non posset eam ducere, in cuius adulterio damnatus est. sed de eo, quem maritus adulterij suspectum habuit. hic sane impune ducet dimissam, cum damnatus non sit, sed suspectus tantum viro. Et confirmatur hoc idem *l. miles, §. licet, eod tit. & l. commissum, C. eod.* Obseruandum maxime est ad hæc, Papinianum proponere in hac lege mulierem fuisse indemnatam,& cum ea damnatum adulterum contrahere iniustas nuptias: nam si damnata fuerit adulterij mulier,nec adulter,nec alius poterit cum ea iustas contrahere nuptias, *l. mariti §. 1. ad l. Iul. de adult. l. auxilium, de minorib.* imo nec ream factam adulterij licet cuiquam pendente accusatione vxorem ducere viuente marito,licet nondum peracta sit rea: mortuo marito potest, si non sit peracta rea, *l. reas, de ritu nupt.*

Ad l. mulieri 74. de cond. & demonstr.

Mulieri & Titio vsusfructus, si non nupserit mulier, relictus est. si mulier nupserit, quandiu Titius & viuit, & in eodem statu erit, partem vsusfructus habebit: tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri, intelligendum est, quantum haberet, si condemnationi paruisset. Nec si Titius, qui conditione defectus est, legatum repudiet, ea res mulieri proderit.

HAbuimus duas leges, quæ pertinebant ad leges caducarias. Restant aliæ duæ, quæ pertinent ad easdem. *l. mulieri, de cond. & demonstr. & l. fraudis, de reg. iur.* Sane lex *mulieri*, pertinet ad caput illud legis Iuliæ & Papiæ, de quo sæpe ante agitur in hoc tit. quo scilicet cõditio viduitatis remittitur heredibus, legatariis, fideicommissariis, si cui vir legauerit sub conditione, *si vidua permanserit, vel si non nupserit.* Hæc conditio lege Iulia & Papia circumscribitur,& mulier admittitur ad legatum, licet nupserit, quia hæc conditio pugnat cum publica vtilitate.& lex *fraudis* etiam,vt arbitror, proprie pertinebat ad ea, quæ fiunt in fraudem fisci vel legum caducariarũ. Sed quia illæ leges hodie sublatæ sunt magna ex parte, ideo ex hoc libro,& ex præcedenti,& ex sequentibus, vt arbitror, paucę admodum leges in hos libros à Triboniano sunt relatæ. Noluit enim in Digesta hęc trãsferre, quæ iam obsoleuerant. Vbi cernis ex libro quodam Iurisconsulti paucas restare leges, & quandoque vnum versum

A tantum, vt ex lib. 14. existimato cætera fuisse de caducis de orbis, de cœlibibus, &c. de rebus, quæ iam in vsu esse cessarãt. Sed tractemus de specie *l. mulieri.* Nemini non placebit species hæc eiusque definitio, de qua controuertitur sępe in materia de iure accrescendi, quia continet hæc lex vnum casum singularem, quo inter coniunctos re & verbis non est ius accrescendi, quoquo genere legati sint coniuncti. Species est: Mulieri, & Titio legauit vsumfruct. sub conditione viduitatis. conditio vtrumque tenet, sed lege Iulia mulieri remittitur, propter vtilitatem publicam: atque ideo, si mulier non paruit conditioni, si nupserit, nihilominus admittitur ad legatum. Titio autẽ hęc conditio non remittitur, *l. 1. C. de ind. vid. toll.* Et sane, si soli Titio legatum proponeretur sub conditione, B *si Sempronia non nuberet*, cui nihil legabatur, Sempronia nubente, Titius non haberet legati petitionem: sed si etiam soli Titio legaretur sub hac conditione, *si vxorem non duceret*, tum conditio hęc remitteretur Titio, quia lex Iulia dicta ob eam rem Miscella, pertinet tam ad mares, quam fœminas, *l. vlt. C. de indict. viduit. toll. l. heres §. vlt. hoc tit.* Idemque erit, si quis legauerit filio Titij, quem Titius habet in potestate, sub conditione, si pater vxorem non duceret: nam hęc etiam conditio remittitur filio, licet filio non sit indicta viduitas, quia scilicet in hoc genere legati, est fraus, & circumuentio legis Iuliæ, quandoquidem testator, quod voluit legare patri sub conditione, *si vxorem non duceret*, nec potuit per l. Iuliam, hanc excogitauit fraudem, vt id legaret filio eius familias sub conditione, C *si ipse pater vxorem non duceret.* Itaque magis est, vt videatur patri legasse ita, non filio, atque adeo, vt remittatur illa conditio: Nam legando filio, videtur quęsiisse rationem illudendi legi Iulię. Et idem erit omnino, si quis legarit patri sub conditione, *si filia non nuberet, quam habet in potestate, vel si filius, quem habet in potestate, non duceret vxorem*: Nam & hoc casu videtur fraudem quęsiisse legi Iuliæ, voluisse scil. legare filię sub ea conditione, & eam cõditionem expleri à filia. Sed cum id non posset cauere per *l. Iul.* quę remittit eam cõditionem, legauit patri sub ea conditione, si filiaf. non nuberet. Proinde videtur potius legasse filię sub ea conditione, & perinde ac si legasset filiæ remittenda est conditio, qui hoc omne excogitauit in fraudem l. Iulię, quę est sententia *d. l. heres §. vlt.* Et valde est noD tanda illa ratio fraudandę legis, & eadem etiam est ratio in specie *l. auia §. Titio, hoc tit.* Sed vt redeamus ad speciem legis nostrę: Pono testatorem non legasse soli Titio, sed legasse mulieri & Titio vsumfructum sub conditione, *si mulier non nuberet.* quia mulier admittitur ad legatum, etiamsi nupserit, quęritur, *an & Titius admittatur, quia proculdubio non admitteretur, si ei soli esset adscripta ea conditio* Et ratio dubitãdi hęc est, quia Titius defectus est conditione legati, quoniam mulier nupsit, & ideo totus vsusfruct. videtur pertinere ad mulierem iure accrescendi, quia fuerunt coniuncti re & verbis. At contra Papinian. definit subtiliter, hoc beneficio legis Iulię, non amplius esse concessum mulieri, quam haberet, si conditioni paruisset. Remissa conditio habeE tur pro impleta: alioquin si impleuisset conditionem, si vidua permansisset, non haberet nisi partem vsusfructus, Titius alteram haberet. Ergo idem seruabitur, si cõditionem non impleuerit, id est, si nupserit, & vt sępe alias euenit, vt quod quis non habet per se, habeat per alium vel propter alium, vt in *l. cum hereditate, de acquir. hered. l. si communem, quemad. seru. amitt.* Et sępe in tit. *de bon. possess. contra tab.* fit, vt filius institutus propter fratrẽ pręteritum petentem bonorũ possess. cõtra tabul. veniat ad bonorum possess. contra tabul. quod non posset solus, sed propter fratrem pręteritum, & institutus amplectitur vna cum fratre bonorum possessionem cõtra tabulas. Et ita in hac specie propter mulierem quæ venit ad legatum beneficio legis Iuliæ pro sua parte, Titius etiam veniet ad idem legatum pro sua parte, licet conditione defectus sit.

& vtetur fruetur simul cum muliere quandiu viuet, & in integro steterit Titius: nam mortuo Titio, vel capite minuto secundum naturam vsusf. vsusf. finietur in persona Titii. Pone igitur vtrumque cepisse legatum, mulierem & Titium, post mortuum Titium, aut capite minutum, *an pars Titij accrescet mulieri*? quod etiam quæri potest, si Titius repudiauerit, si noluerit amplecti legatum. Et Papinianus ostendit, non accrescere. Ergo significat partem Titii recurrere ad proprietatem ex natura vsusfructus consolidati cum proprietate. Et hic est casus singularis, quo inter collegatarios coniunctos re & verbis non est ius accrescendi. Coniunctim enim legatus fuerat vsusfructus mulieri & Titio. Et ratio hæc est, ne mulier plus habeat sua parte, quæ venit ad legatum contra voluntatem defuncti, non impleta conditione, quæ venit vt Bartolus ait recte, iure singulari, & beneficio legis Iuliæ, non ex iudicio defuncti. Ergo siue Titius conditione deficiatur nubente muliere, siue repudiet, siue moriatur, aut capite minuatur, mulieri non accrescit pars Titii: sed primo quidem casu, id est, si nubat mulier, Titio debetur pars legati, cæteris autem casibus pars Titii redit ad proprietarium. Atque ita ex hac l. habemus tria singularia. Primum est, vt is, cui non remittitur conditio, si conditione deficiatur, nihilominus veniat ad legatum, propter collegatarium cui illa conditio remittitur. Alterum est, vt is, cui non defertur legatum, propter defectum conditionis scilicet, id tamen recte repudiet: cum tamen regulariter delatum quod est, id solum repudiari possit; *l. 1. §. decretalis, de success. edic.* Sed hoc fit singulariter in hoc casu etiam, propter collegatarium, propter coniunctam legato commixtamque personam, legatum consistit in persona vtriusq; & deferri etiam videtur vtrique, ergo repudiatio eius valet. Tertium quod est singulare, est id quod iam retuli, vt inter coniunctos re & verbis, etiam per vindicationem: nam dicit lex *habebit*, quod est verbum vindicationis, inter eos, inquam, non esse ius accrescendi hac ratione, quia non ex iudicio testatoris venit, cum non sit impleta conditio, nec sunt producenda latius (quod seruatur in toto iure,) quæ conceduntur contra iudicium defuncti. ius accrescendi productio est legati. Obiicit Accurs. *l. vl. §. Seio, de leg. 2.* vt efficiat conditionem adscriptam legato duobus coniunctim relicto eum solum tenere, cui propius conuenit, non collegatarium, vt, quæ est species huius §. si Seio, quem heredi suo substituerat, ita legauit, *Seio, si heres non erit, & vxori eius tot dari volo.* Conditio solum Seium tenet, vt in specie *l. Iulius, hoc tit.* secundum quam est accipienda *l. 3. de statulib.* Et ideo Seio existente herede ex substitutione vulgari, ac ita defecta conditione legati, nihilominus vxor eius admittetur ad partem legati dimidiam, non ad totum legatum, quia inter fideicommissarios semper cessat ius accrescendi, & verba illa, *dari volo*, sunt verba fideicommissi. Igitur neque in specie legis nostræ, neque in specie §. *Seio*, inter collegatarios est ius accrescendi, & qui partem non capit legati, facit partem collegatario, sed diuersis rationibus. Cæterum, quæ conditio in specie l. nostræ dicitur vtrumq; tenere, in specie §. *Seio*, tenet alterum tantum. Quid ita? id breuiter stringit Accurs. dicens in specie huius legis, palam conditionem adscribi vtriq; hoc modo, *mulieri & Titio illud lego, si illa non nupserit.* Hoc legato quis non diceret statim conditionem adscribi vtrique, coniungi non re tantum, sed etiam conditione?

Ad l. fraudis, de reg. iur.

Fraudis interpretatio semper in iure ciuili, non ex euentu duntaxat, sed ex consilio quoque consideratur.

Lex fraudis est apertissima. Ait, *fraudis interpretatio*, vt doli mali interpretatio, *l. si seruus §. circa, de furt.* Et bonæ fidei interpretatio, *l. ab emptione, de pact.* Interpretatio hæc pertinet ad iudicem, & in interpretatione fraudis iam admonuit Papinianus in *l.* præcedenti iudicem, instruxitque ne consideraret, quid actori adesset, vel abesset, sed quid ei abesset facto aduersarii, vt id solum interpretaretur esse fraudem, quod ei abesset facto. Nunc in hac lege iterum monet eundem iudicem, ne interpretetur fraudem esse, quod actori abest re ipsa, sed quod consilio aduersarii actori abest, ne ex euentu solam fraudem æstimet, sed etiam ex consilio, animo, & conscientia aduersarii, vt *l. ait prætor §. ita demum, & §. illud, & l. si quis cum haberet, quæ in fraud. cred. §. in fraudē, Instit. qui & quibus ex caussis manum. non poss.* Et ait semper in iure ciuili fraudem esse interpretandam, *semper*, id est, siue disputetur de his, quæ facta sunt in fraudem creditorum, siue patronorum, seu legum, siue fisci. Et sane videtur hoc libro proprie hoc retulisse ad causas fiscales, ad ius fiscale. Denique semper iure ciuili coerceri fraudem eam tantum, quæ ex consilio aduersarij proficiscitur. nos non metiri fraudem ex euentu, sed ex euentu & consilio aduersarii simul.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXXIII. Quæstionum Æmylij Papiniani.

Ad l. 14. de his, quæ vt indign.

Mulierem, quæ stupro cognita in contubernio militis fuit, etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum iure militiæ factum, & id, quod relictum est, ad fiscum pertinere, proxime respondi.

Ex hoc libro primo sese dat *l. 14. de his, quæ vt indig.* quæ pertinet ad incapaces, qui scilicet ius capiendi non habent ex aliorum testamentis. Fuere multa genera incapacium, & vnum exponitur in hac *l. 14.* quæ loquitur de milite & de muliere libera, quam stupro cognitam miles in contubernio habuit. *stupro cognitam* dicit, vt Cornelius Tacitus 20. *Posthumiam stupro cognitam*, & Lampridius in Heliogabalo, *Antonino Caracallæ stupro cognitam.* Et obseruandū est, militem eam mulierem non habuisse in concubinatu, non habuisse in matrimonio, quæ coniunctiones sunt legitimæ: sed vt ait, eam habuisse in contubernio: quæ coniunctio non est legitima. Ponit ergo lex, militem cognitam stupro mulierem habuisse in contubernio. Matrimonium iusta est cōiunctio, concubinatus etiam iusta est coniunctio, & quasi matrimonii species: Et qui ex cōcubinatu nascuntur non sunt spurii, sed quasi iusti liberi, qui dicuntur naturales: spurii nec naturales dicuntur, sed hodie nullus est vsus concubinarum, nisi in quibusdam prouinciis. Concubinatus igitur & matrimonium coniunctiones sunt legitimæ, non etiam contubernium. cum contubernali stuprum cōmittitur, non cum concubina, vel vxore. Hanc quæ est in contubernio *focariam* dicim⁹, *vne garse, vne goüine*, quæ plerumque habetur per causam coquinariam. Nam & μαγειρίσσας D. Hieronymus interpretatur *focarias* 1. Samuelis *cap. 8. & l. 1. §. caupones, nau. caup. stab.* focarii, qui in caupona, vel stabulo ministeriū præbent, sunt coqui, quibus etiam lex merito cōiungit *atriarios*, ad quos pertinet cura, mundicies, nitor atrii. Nā in atrio erat coquina, vnde & *atrium* dictū est teste Seruio, atrum enim erat ex furno. focariæ si donauerit miles, nulla donatio est, *l. 2. C. de donat. inter. vir.* Et hoc ita constitutū est, vt in *d. l. 2.* ait Imperator, ne milites harū ille-

crebris capti exuerentur stipendiis, bonisque suis. Id enim non est constitutum de paganis. Maiori curæ principibus sunt milites, quam pagani, quasi Reipubl. necessarij magis. Concubinis milites prohibitos donare, non reperio, quod tamen temere affirmat passim Accurs. confundens focarias cum concubinis. Concubina vxorem imitatur, vt ait Iulianus. Idem non dices de focaria. Concubinæ donare quilibet potest, *l.* 3. §. *Diuus*, *l. si prædia, de don. inter vir. l. donationes. sup. de donat.* Et tamen vxori donare non potest maritus, quod mirum. Vtriusque coniunctio est legitima, & tamen vxori donare non licet, aut si quis donauerit, donationem potest reuocare statim, aut cum libuerit: concubinæ facta donatio reuocari potest, *d. l. donationes.* Cur ita? cur tam varie? quia plenior est affectio maritalis, & ideo legibus reprimitur potius quam incitatur, *l. vlt. C. Theod. de hered.* Et eadem ratione concubina ex testamento solidũ capere potuit, *l. cum tab.* §. 1. *hoc tit.* vxor non potuit capere solidum ex l. Papia. Focariæ autem, vt dixi, coniunctio illegitima est, & donatio ei facta à milite reuocari potest quasi nulla. Imo & focaria capere nihil potest ex testamento militis, & si quid ei relictum sit testamento, ei aufertur quasi indignæ, & in fiscum redigitur, quæ est sententia huius *l.* 14. *& l. miles ita* §. *mulier, de milit. testam.* Et addit in hac *l.* 14. etiamsi miles testamentum fecerit iure militari, ex eo mulierem eam, in quam turpis suspicio cadit, focariam nihil capere posse: etiam, inquit, si decesserit miles intra annum missionis, honestæ scilicet, vel causariæ. Sciendum enim est, testamentum, quod miles fecerit in militia iure militari, post missionem honestam, vel causariam, non valere eodem iure, nisi si intra annum mortem obierit *l. quod constitutum*, *l. quod dicitur, de milit. testam. l. si post, & l. si miles, ad leg. Falcid.* intra annum militiæ, *l. fraudem* §. *pen. de milit. testam.* intra annum scil. militiæ emeritæ. Sed si missio fuerit ignominiosa, post missionem nullo momento temporis consistit testamentum, quod miles fecit in militia iure militari, *l. testamenta eorum, de milit. testam.* Ergo sententia huius legis hæc est, focariam militis, cui miles aliquid testamento legauit facto iure militari, eam non admitti ad legatũ, & non incapacem quidem esse, sed quodãmodo incapacem: & ob id legatum ei relictũ aufertur quasi indignæ. Nam non oportet, vt passim interpretes, confundere incapaces cum indignis. Incapaces sunt, quibus ab initio inutiliter relinquitur. Indigni quibus relinquitur vtiliter quidem ab initio, sed relictum à fisco eripitur. Et ita non ponitur quidem in hac lege proprie incapacis genus, sed indigni secundum titulum. Porro alia est conditio meretricis, atque ita erant conditiones quatuor, vxoris, concubinæ, focariæ, & meretricis. Cum meretrice impune committitur stuprum, meretrici licet donare, *l. affectionis, de donat.* & testamento legata relinquere, licet apud Suetonium dicatur Domitius aliquando his mulieribus ademisse legata & hereditates. Sed hæ, quæ sint, nesciunt definire omnes. hæ sunt, quæ licentiam stupri vulgarunt apud ædiles plenam, vt Cornel. Tacit. 2. lib. indicat, quæ in communi loco habent sellam, & titulum inscriptum, iuxta illud poëtæ.

Titulum mentita Lycisca,

& alius poëta,

Intrabis quoties inscripta limina sellæ.

Cæterum hæc lex de focaria intelligitur.

Ad l. 80. de reg. iur.

In toto iure generi per speciem derogatur, & illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.

Altera lex est 80. *de diuers. reg. iur. In toto iure,* inquit, *generi per speciem derogatur, &c.* Derogare generi est minuere genus, modũ facere generi, detrahere, excipere,

A eximere de genere, *l.* 10. *de manumiss. testam.* vel vt subjicit Papinian. in hac ipsa lege, id potissimum habere quod ad speciem directum est, non quod ad genus. Et notandum est, nihil referre, vtrum genus præcedat, sequatur species: an præcedat species, sequatur genus: vt si alii legentur vestimenta generaliter, vestis omnis, alij vestis muliebris, nihil refert, vtri prius sit legatum, & detracta veste muliebri, atque assignata ei, cui relicta est muliebris, reliqua vestis præstabitur ei, cui generaliter vestis relicta est. Item si mundus muliebris alii legetur, alii argentum omne, id est, vasa argentea, prius species, deinde genus, excepto argento, quod est in mundo muliebri, argentum præstabitur. Item, si alii sint legati serui vrbani, alii dispensator, quem constat esse ex numero vrbanorum, detracto dispensatore, priori legatario serui vrbani debebuntur, quia species derogat generi, *l.* 1. *de auro & argen. leg.* Ad quem ex eodem Pomponio sunt coniungendæ *l.* 2. *de tritic. vino, & oleo, & l. Titia textores, de leg.* 1. Sed addamus etiam alia exempla. Si alij sit legatus fundus Tusculanus, alii hereditas Seiana, in qua sit fundus ille, si prius species, deinde genus legetur, detracto fundo Tusculano præstabitur hereditas Seiana, quia generi per speciem derogatur, *l. vxorem* §. *Felicissimo, de leg.* 3. Item si alii sint legati vernæ generaliter, quo verbo continentur omnes serui domi nati, non ære comparati, & alii cursores serui, vel alii textores, & quidã sint vernæ & cursores, cedũt legato cursorũ, & detrahuntur legato vernarũ, vel cũ alii sint legati vernæ, alii textores: vel cõtra, alii textores, deinde alii vernæ, & quidam sint textores & vernæ, textoribus cedunt vernæ, quia semper
C species derogat generi. Legatum vernarum est generale legatum: cursorum aut textorum speciale. Et hoc igitur est potius, hoc præualet. Potior est in iure, qui ex speciali legato, quam qui ex generali rem petit. Et hoc ostenditur in *l. seruis vrban.* §. *vlt. de leg.* 3. Cui tamen videtur obstare *d. l. Titia textores, de leg.* 1. Nam aperte ait, si alii sint legati textores, nullo excepto, alii vernæ, nullo excepto, id est, simpliciter, & quidam sint textores & vernæ, lex ait eos communicari inter hunc & illum, nec in eis potiorem esse eum, cui legati sint textores. denique speciem non derogare generi. Et quem non perturbaret statim illa species? Sed obseruandum est, quod indicat etiam illa lex in *princ. & d. l. seruus, in fi.* proponi & textores generaliter & vernas generaliter. quomodo? nempe ita: *huic omnes textores, illi omnes vernas.* Vtrumque legatum generale est, quia dixit, *omnes*, & nullum excepit, genus non derogat generi: Quid fiet igitur? concurrent legatarii in his seruis, qui & textores sunt, & vernæ, & communi-
D cabuntur hi omnes inter eos. Et ita quoque species non derogat speciei, vt si testator legauerit vni vernas tanquam speciem, & alii textores tanquam speciem: qui erunt & vernæ & textores, neutrius legato cedent in solidum, sed communicabuntur, quia species speciei non derogat, neque hoc fert natura. Et similiter genus generi non derogat. species derogat generi, non genus speciei, & hoc quoque aliis exemplis patefaciamus. finge: Si alii sint legati horti instructi, alii argentum muliebre, & mulier, quæ ita legauit, in hortis habuerit argentum, puta, vasa argentea, vt ibi esset instructior, eo argento detracto, horti præstabuntur, argentum muliebre detrahetur instructo, generalive legato hortorum instru-
E ctorum, *l. quæsitum* §. *vlt. de inst. vel inst leg.* Item si testator alii legauerit pœnum generaliter: alii deinde vinum, vel contra detracto vno debetur primum, quia semper species derogat generi, *l.* 2. *de trit. vino, & oleo leg.* Et similiter, si seruo ordinario manumisso in testamento, dominus ei legauerit peculium: deinde manumiserit in eodem testamento seruum, qui erat in peculio, qui dicitur vicarius serui, legato peculii is seruus detrahetur, cui libertas specialiter relicta est, *l.* 1. *de manumiss. testam.* Et nihil igitur refert, præcedat genus an species, præcedat generale legatum, an spe-

A ciale, quod & ita obseruatur in pœnis legum. Lex est quæ continet multa capita, multas causas. Certis causis finge, addita est pœna specialis, si quis contra legem faceret. Deinde vltimo loco legis, vt fieri solet, addita est pœna generalis, quæ dicitur sanctio, si quis aduersus legem fecerit. Hæc sanctio non pertinet ad eas species seu causas, quibus addita est specialis pœna, generalis pœna tantum pertinet ad eas causas, quibus nulla est addita pœna, atq; ita specialis pœna, quæ præcessit, derogat generali, id est, sanctioni, quæ solet inscribi nouissimæ parti legis, *l. sanctio, de pen.* vbi etiam Papinian. ait, in omni iure obseruari, vt species deroget generi, sicut hoc loco in toto iure, *inquit*, nullam differentiam constituens inter omne & totum, quomodo etiam dicimus, solutione tolli omnem obligationem, alias totam: totum de singulis dicitur, omne de multis: totum de specie, omne de genere: totum significat vnius corporis integritatem, omne significat numerum plurium: totum forum habet lites, id est, forum plenum est litib. omne forum habet lites, id est, omnia fora, sed hæc non obseruamus plerumque. Verum, vt ad legata reuertamur, & hanc rem finiamus, diximus, nihil referre præcedat genus, an species, cum alii legatur genus, alii species. Addamus alterum: nil etiam referre, alii legetur genus, alii species, an idem genus & species. Nam verbi gratia, si Titio sint legatæ duæ statuæ marmoreæ, deinde legetur Titio omne marmor præter duas statuas, nulla statua ei præstabitur, etiamsi ei legatum sit omne marmor, quia species derogauit generi, *l. 1. de auro leg. l. heres* §. 1. *de legat.* 3. Idem erit è contrario, si omne marmor legetur Titio, deinde eidem legentur statuæ duæ vel nominatim, puta statua Augusti, & statua Traiani. Nam præter eas statuas nulla alia debebitur, *l. legata, de supell. leg.* Diuersum tamen erit, si omne marmor legetur Titio, deinde eidem legentur statuæ non adiecto nomine, vel numero, quia hoc modo statuæ videntur legatæ ex abundanti, quæ satis continebantur priori legato, si erant marmoreæ potius, quam deminuendi, aut derogandi prioris legati gratia, *d. l. legata, & l. suppellex, de suppell. leg.* Igitur & legata suppellectile generaliter, si exprimatur species certi nominis aut numeri, generali legato derogatur, si neque adiiciatur nomen, neque numerus. abundans est legatum & superuacaneum, quod nihil derogat priori. Et similiter legato fundo instructo, quod legatum latissime manat, si species certi nominis designetur, vel certi numeri. si legentur mancipia certa nominatim, generali legato derogari, non si designentur species, non adiecto numero, vel nomine. abundantia legata non derogant generi. Ac postremo notandum est etiam, nihil referre, testator, qui legat genus, deinde speciem, legando genus declarauerit, se ei derogare nolle, & si ei derogaret testamento, vel codicillis, id nolle esse ratum: nam si id caueat etiam legando genus & postea legarit speciem alii vel eidem, & legauerit sciens, meminensque prioris cautionis suæ, generi derogabitur per speciem, quia vt dicitur vulgo, nemo potest eam sibi legem dicere, testamento scilicet, à qua non possit recedere, vt dicitur in *l. si quis, in princ. de legat.* 3. *l. Diui.* §. *licet, de iure codic.* Et ita etiam in legibus obseruatur, nulla fere lex erat, quæ se non sepiret difficultate derogationis, vel abrogationis hoc modo, *ne quid abrogato, ne quid derogato vnquam,* ne quid liceat contra leges aut constitutiones. Et tamen hæ sanctiones obseruari, neque possunt, neque solent. Eadem est conditio testamenti & legis, vt non possit populus legem sibi dicere, à qua non recedat, ac ne quidem etiam testator.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXXIV. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 75. de cond. & demonstr.

Dies incertus conditionem in testamento facit.



EX *lib.* 34. *quæst.* vnus tantum versus superest. Misera sors libri, quod hic tantum ex eo versiculus supersit, quod scilicet, vt verisimile est cætera essent antiquata & obsoleta. Id enim tantum voluit Iustinianus ex veterum scriptis referri in his Digestis, *quod*, vt ipse loquitur, *in ipsis rerum argumentis obtineret. Dies incertus*, inquit, *conditionem in testamento facit.* Dies incertus est, cum ita scribitur: *heres meus Titio dato centum cum pubes erit*, vel, *heres meus Titio dato centum, cum inierit consulatum*, vel, *cum vxorem duxerit.* hic dies incertus conditionem facit, quia fieri potest, vt non pubescat Titius legatarius: fieri potest, vt moriatur impubes, vt non ineat consulatum, C vel, vt moriatur cœlebs. vel etiam, cum ita scribitur, *heres meus cum morieris Titio dato centum*, quia licet certum sit heredem moriturum, tamen fieri potest, vt non moriatur viuo legatario: fieri potest, vt præmoriatur legatarius, atque ita legatum ad eum non perueniat, vt dies legati non cedat viuo legatario. Et constat inutile esse omne legatum, cuius dies non cedit viuo legatario. Et hoc ita ostenditur in l. 1. *& l. heres* §. 1. *hoc tit.* Idemque erit, si ita scripserit testator, *heres meus cum morieris, Titio illud facito*, ædificato domum scilicet: Nam & hoc genus legati, quod in faciendo consistit, cum morietur is, qui facere iubetur, valet, *l. vlt. in fi. C. de contr. stipul.* Sed fieri potest similiter, vt hoc legatum sit inutile, puta præmoriente legatario, ac ita is dies incertus, *cum morietur heres*, conditionem facit, id est, legatum suspendit quasi conditionem, ex quo multa sequuntur, vt ad ea legata, quibus dies incertus adiicitur, non pertineat re- D gula Catoniana: Nec enim pertinet ad conditionalia, *l. cætera* §. 1. *de legat.* 1. Et vt eorum legatorum dies non cedat morte testatoris, sed cum extiterit conditio, *l. vn.* §. *si autem, C. de caduc. toll.* Et vt, si legatarius, antequam existeret ea conditio, vita decesserit, legatum non transmittat ad heredem suum, cuius scilic. dies non cessit eo viuo, *l. 1. hoc tit. l. 4. quando dies leg. ced. l. si pecunia* §. *vlt. de leg.* 2. Licet ergo diem incertum appellare conditionem, vt in *l. 1.* §. *vlt. vt leg. nom. cau. l. si dies, quando dies leg. ced.* in illo loco, *tempus conditiove*, significans nihil interes- E se dicas, tempus incertum, an conditionem. Nam & conditio appellatur dies incertus & dies incertus conditio, *l. talis scriptura, de leg.* 1. Et ita licet definire conditionem: Conditio, est dies incertus, ex quo ita suspenditur obligatio, vt possit esse, vel non esse. Dices: nihil igitur interest inter diem incertũ & conditionem. Imo vero hoc interest, quod omnis conditio est dies incertus, non contra. Nam alias dies incertus, conditionale legatum facit, alias purum, si possit non existere. si possit non existere, inquã, dies incertus conditio est, vt in superiori exemplo: si cum morietur heres, Titio legauero, potest non existere ea cõditio, puta, si viuo herede legatarius decesserit. Igitur si possit nõ existere, dies incertus, cõditio est. si nõ possit nõ existere, dies incertus, conditio non est: vt si cũ morietur Titius, non dico iam heres, ei legauero, quia fieri non po-

testvllo casu, vt non debeatur Titio legatum: Nam etsi A post mortem heredis moriatur Titius, heres heredis eius heredi tenetur, *l. 4. quando dies leg. ced. & l. heres, hoc tit.* Atque ita cum morietur legatarius, purum est legatum: cum morietur heres, conditionale, quod maxime notandum. Cum morietur legatarius ita relicto legato, legatū quidem suspenditur, sed non ideo est conditionale. Mora enim suspenditur, non conditione. Et differentia est inter moram & conditionem, *l. 1. de legat. 2. l. quod pure, quando dies leg. ced. l. 5. C. eod.* Et ita, si promisero tibi aliquid dare, vel facere, *cum moriar*, dies est incertus, non conditio, & quod interim soluitur, repeti nō potest. quod repræsentatur, repeti non potest, quod tamen posset repeti, si esset conditio, *l. sub conditione, & l. seq. de condict. indeb.* Non igitur omnis dies incertus, est conditio. Et recte ait Papinianus hoc loco, *in testamento*, quod notandum summe. B Nam aliud est in stipulatione, vel contractu. heres est debitor legati, promissor est debitor rei deductæ in stipulationem, vterque est debitor. Et tamen hæc verba: *cum morietur heres*, conditionem faciunt. Hæc verba, *cum morietur promissor*, conditionem non faciunt, *d. l. sub conditione, & l. seq.* Ergo recte dicit, *in testamento*: neque enim idem est in stipulatione. Nec quicquam obstat *l. sufficit, de condict. indeb.* dum ait, *defensionem iuris*, id est, exceptionem, *quæ incertam causam continet, instar conditionis obtinere*, id non est de die incerto. non dicit diem incertum obtinere instar conditionis in stipulatione, vel in conuentione, sed ait, causam incertam exceptionis, habere instar conditionis, puta, si incertum sit, vtrum exceptio sit temporaria, an C perpetua, quod ea lex latius explicat. Quid est exceptio? defensio iuris opposita intentioni aduersarij. Hæc si sit incerta, id est, si nondum sit certum, perpetua sit an temporaria, pro conditione habetur. Igitur non loquitur de die incerto. & breuiter, vt in testamentis intelligamus, quando dies incertus faciat conditionem, vel non, res ita est concludenda. Dies incertus conditio est, si dies legati possit non cedere: conditio non est, si non possit non cedere.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXXV. Quæstionum Æmilij Papiniani.

Ad l. pater 15. de castr. pecul.

Pater milite filio reuerso, quod donat, castrensis peculij non facit, sed alterius peculij, perinde ac si filius nunquam militasset.

1. §. *Si stipulanti filio spondeat, siquidem ex causa peculij castrensis, tenebit stipulatio: cæterum ex qualibet alia causa non tenebit.* E

2. §. *Si pater à filio stipulatur, eadem distinctio seruabitur.*

3. §. *Seruus peculij, quod ad filium spectat, ab extero si stipuletur, aut per traditionem accipiat, sine distinctione causarum, res ad filium pertinebit. non enim vt filius duplex ius sustineat, patris & filijfamil. ita seruus, qui peculij castrensis est, quique nullo iure quamdiu filius viuit, patri subiectus est, aliquid adquirere simpliciter stipulando, vel accipiendo patri potest. Qua ratio suadet, vt si ab ipso patre seruus, qui ad filium pertinet, stipuletur ex quacunque causa, vel traditum accipiat, sic adquiratur filio res & stipulatio, quemadmodum si exter promisisset, quoniam persona stipulantis & accipientis ea est, vt sine differentia causarum, quod rerum agitur, emolumentum filij spectet.*

4. §. *Si serui pater vsumfructum amiserit, cuius proprietatem in castrensi peculio filius habeat, plenam proprietatem habebit filius.*



X libro autem 35. superest vna lex tantum, *l. 15. de castr. pecul.* In qua, quod proponitur initio pertinet ad definitionem castrensis peculij. In castrensi peculio est, quod pater donat eunti ad militiam, vel etiam agenti in militia filiofamil. vt ibi sit instructior. Quod autem donat filiofamil. reuerso à militia, & sacramento soluto, est in peculio pagano, non castrensi, perinde ac si filius nunquam militasset. Inter peculium paganum & castrense est differentia varia, & multiplex, sed vel vna posita, ex ea nectuntur aliæ omnes, & vna quidam tantum proponitur in §. 1. *huius l.* Ex causa castrensis peculij pater filiofamil. stipulanti, vel contra, filius patri stipulanti obligatur ciuiliter, & efficaciter, non ex causa peculij pagani. distinguimus causas: si ex causa castrensi, tenet stipulatio patrem vel filium: si ex causa pagana, inutilis stipulatio est. Nam peculium paganum spectat ad patrem, peculium castrense spectat ad filium solum. In peculio pagano, est filius fam. in castrensi paterfamilias. in pagano pater & filius pro vno habentur, in castrensi pro duobus, nec habetur ratio vinculi patriæ potestatis, quod quidem vinculum vnam constituit personam duorum, patris & filij: & consequenter ex peculio castrensi lis potest esse inter patrem & filium, vt in *l. 4. de iudic. l. si quis vxori § sed si, de furt. l. si dubitet, in fi. de fideiussor.* Ex causa pagana non potest vlla lis constitui. Et præterea, quod adquirit filius ex causa castrensi, sibi adquirit soli: quod ex pagana, patri adquirit. Atque ita causam paganam à castrensi distinguimus semper, cum de filio ipso agitur. Nam vt subiicitur in §. *seruus*, cum agitur de seruo castrensi filiifamil. non distinguimus causam paganam à castrensi: Nam seruus castrensis totum adquirit filiofam. domino suo, ex omni causa, & pagana & castrensi, si quid adquirat in castris, vel extra castra, etiamsi quid à patre ipso stipuletur, vel accipiat ex hac, vel ex illa causa. Denique hæc distinctio causarum, quæ seruatur in filiof. non seruatur in seruo castrensi filiifam. Et rationem differentiæ elegantissimam Papin. tradit in §. *seruus.* quia scil. filiusfam duplex ius sustinet, duasue personas: ius patrisf. in castrensi pecu- D lio, & ius filiif. in pagano peculio, & ius patrisf. ex cōstitutione in castrēsi peculio, *l. 2. ad Maced.* quādiu viuit filius: Nam si moriatur intestatus viuo patre, in omni peculio exitum facit filiifamil. Igitur non omnino ius sustinet patrisfamil. in castrensi peculio: non, si moriatur intestatus. Nam eo mortuo, id peculium pater occupat quasi paganum, *l. vlt. ad Tertullian.* Et hoc de filiofamil. Seruus autem castrensis filiifamil. ius tantum sustinet serui filiifamil. non serui patris, non sustinet duorum seruorum vicem: & ideo soli filio adquirit ex omni causa, non patri. *si quid simpliciter*, inquit, *stipuletur, vel per traditionem accipiat, quandiu viuit filius, quem solum dominum agnoscit.* Cur dicat *quandiu viuit filius*, iam exposui: quia mortuo filio intestato, viuo patre seruus castrensis recidit in potestatem patris, quasi iure peculij pagani. Cur ait *simpliciter*? quod est impersonaliter, si stipulatus sit hoc modo, *promittis centum dari?* non adiecto meo, vel patri domini mei, quod miror non explicasse Accurs. quia scil. si seruus castrensis stipuletur patri, quamuis eo tempore stipulationis sit in potestate filij non patris, tamen si postea filius moriatur intestatus viuo patre, vtilis stipulatio est, quia pater retro creditur in eo seruo dominium habuisse. Ergo & tempore stipulationis, tempore contractus, quod vtique semper in stipulationibus obseruatur, *l. si filiusfam. de verb. oblig.* Et ita retro agi dominium ostenditur in *l. vlt. hoc tit. l. seruum filij, in princ. de leg. l. in eo quod, de acquir. dom.* Et secundum hæc, quæ proposuit Papin. in §. *seruus*, si seruus castrensis filiifamil. heres instituatur, quia non fit distinctio causarum, nihil refert,

fert, à quo heres instituatur, à commilitone filij, commanipulo, contubernali, an ab extraneo: quia adire debet hereditatem iussu filij, non patris, eaque hereditas, posteaquam adita erit, deputabitur castrensi peculio, *l. de hereditate* §. 1. *hoc tit.* Et vt iam dixi, nihil etiam refert, stipuletur is seruus castrensis, vel accipiat ab extraneo, an à patre domini sui ex quacunque causa: Nam vt extraneus, qui promisit seruo castrensi, ex quacunque causa filio tenetur: ita & pater. pater scilicet pro extraneo est, quod ad seruum castrensem attinet: aliter atque si filio promisisset pater: Nam tunc essent distinguendæ causæ. si promisisset ex causa castrensi tenetur: non, si ex pagana. & vt magis appareret filiumfamil. serui castrensis cæterarumque rerum castrensium solum esse dominum quandiu viuit, id demonstratur in § *vlt. huius l.* hoc argumento, quod verbi gratia, si serui cuiusdam vsusfruct. pertineat ad patrem, proprietas autem huius serui sit in castrensi peculio filii famil. & amiserit pater vsumfruct. non vtendo, vel cessione in iure, si vltro cesserit vsufruct. vsusfructus recurrit ad solum filium. Et ita incipit in eo seruo habere plenam potestatem. dos profectitia dicitur esse proprium patrimonium filiæ multis in locis, sed verius est communis patris & filiæ, & communis actio de dote, *l. 3. l. si cum dotem* §. 1. *sol. mat.* Idem non possis dicere de castrensi peculio, commune esse patris & filij. *Quemadmodum si exter* legendum, non *extero*, *quod rerum agitur*, id est, quodcunque agitur siue sit traditio, siue stipulatio.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXXVI. Quæstionum Æmylij Papiniani.

Ad l. in omni 13. de adopt.

In omni fere iure, finita patris adoptiui potestate, nullum ex pristino retinetur vestigium. Denique & patria dignitas, quæsita per adoptionem, finita ea deponitur.

IN hac lege proponitur hæc regula, finita patris adoptiui potestate, nullum ex pristino vestigium retineri: nam illa verba, *in omni iure*, significant esse regulam. Finitur potestas patris adoptiui, filio desinente esse in familia, quod fit per capitis deminutionem, id est, per emancipationem: Nam mortuo patre adoptiuo, filius in adoptiua familia permanere dicitur, *l. vtrum. de bon. poss. contra tab.* sicut filius naturalis mortuo patre dicitur esse in familia patris, *l. non tantū* §. *si pater, eod. tit.* Vterque fit sui iuris morte patris sine capitis deminutione, *l. 3. §. vlt. ad Macedon.* Ergo permanet in eadem familia, nec migrat in aliam. Cæterum emancipatione vterque familiam pristinam mutat, & amittit. Sed differentia est magna inter adoptiuum, & naturalem filium: Nam adoptiuus emancipatus, nullum vestigium retinet ex pristino iure adoptionis, id est, omnia iura perdit, vt ait in *l. seq.* non retinet nomen filij post emancipationem, non retinet nomen liberorum. Tullius pro domo sua: *Adoptatum emancipari statim, ne filius sit eius, qui adoptauit.* Ergo emancipatione filius adoptiuus desinit esse filius, & ideo nec ab intestato, nec contra tabul. admittitur ad bona patris adoptiui, qui eum emancipauit, §. *eadem, Institut. de hered. quæ ab intest. &* §. *adoptiui liberi, de exhered. lib. & l. 1. §. liberos, & l. liberi, si tab. test. nullæ exst.* Ex quibus locis, id est, ex §. *adoptiui liberi*, & ex aliis etiam, inter cætera apparet liquido, quod temere Andreas quidam scripsit, nunquam iure liberos adoptiuos appellari, sed filios adoptiuos tantum, & hoc præter se neminem comperisse. Et sane ita est, neque enim quod non est, comperisse potis est quisquam, & id scripsit in *l. si vnquam, C. de reuoc. donat.* Dicamus igitur liberos adoptiuos, vt est proditum illis locis, per emancipationem amittere nomen liberorum, simul ac ius liberorum omne. Filius autem naturalis emancipatus, non amittit nomen filij, & præteritus admittitur ad bonorum possessionem contra tabulas, & ab intestato ad bonorum possessionem vnde liberi iure prætorio. ius naturale emancipatio perimere non potest. Et euidentissima hæc est differentia inter naturalem & adoptiuum, sed sunt etiam aliæ. Nam filius adoptiuus emancipatus amittit patriam dignitatem, quam per adoptionem adquisierat, vt ait in hac *l. 13. de adopti.* Vnde si à Senatore vel à decurione, qui minor Senator à veteribus dicebatur, plebeius, adoptatus fuerit, filius est Senatoris vel decurionis, quandiu manet in eius familia, & iisdem priuilegiis fruitur quibus Senatoris vel decurionis filius naturalis, eodem iure censetur, quo Senatoris filius naturalis, *l. 6. & 7. de Senator. l. 4. C. de decurion.* Cæterum emācipatus eam dignitatem amittit, nec postea habetur pro Senatoris filio: filius autem naturalis emancipatus à patre Senatore vel decurione, non amittit dignitatem patris, habeturque non ideo minus quasi filius Senatoris vel Decurionis. Item quæ est tertia differentia, filius adoptiuus emancipatus, desinit esse ciuis ciuitatis patris adoptiui, cuius & ipse per adoptionem factus fuerat ciuis, quod ostenditur in *l. ordine* §. *vlt. & seq. ad municip.* Filius autem naturalis emancipatus, non desinit esse ciuis ciuitatis patris, cuius & ipse origine est ciuis. Atque ita videmus finita patris naturalis potestate, remanere ex pristino multa vestigia. Contrà, finita potestate patris adoptiui, nulla remanere vestigia, & rem haberi perinde, ac si nunquam adoptatus fuisset. Verum adiicit Papinianus hoc loco *fere*, id est, in omnibus fere partibus iuris, quoniam, vt recte Accurs. animaduertit, in iure nuptiarū etiam post emancipationem filij adoptiui, aut filiæ adoptiuæ remanet memoria, aut vestigium quoddam ex pristino iure. Neque enim eam vxorem ducere possum, quæ mihi fuit filia adoptiua, nec eam, quæ fuit vxor filii adoptiui, quem postea emancipaui. Et filius quoque adoptiuus emancipatus, non potest vxorem ducere eam, quæ fuit vxor patris quondam adoptiui, *l. adoptiuus, l. quin etiam, de ritu nupt.* quia fuit ei loco nouercæ. Soluta adoptione iure possum ducere eam, quæ mihi fuit filia adoptiua, perinde ac si nunquam fuisset mihi filia adoptiua, sed non permittitur, quia pudor vetat, non omne quod iure fit, permittitur. Libertini ordinis homines ab ingenuis maxime dātē patrono, iure adoptari possunt, vt ex Sabino refert Gellius in fi. *lib. 5. cap. 19.* sed ex eodem adiicit, id non permitti iisdem verbis, ne libertini ordinis homines per adoptionem in iura ingenuorum irrepant, vel inuadant. Et hæc quidē est sententia huius l. Verum restat illa inspectio, quemadmodum intelligendum sit, quod ait in hac lege, *per adoptionem dignitatem adquiri, augeri*, vt ait l. *per adoptionem*, hoc tit. *& deponi per emancipationem.* Quid hoc est, *per adoptionem dignitatem augeri?* an, qua de re plurimum hodie controuerti video: an ignobilis, si adoptetur à nobili, nobilis fiat? an per adoptionem adquiratur nobilitas? Et soleo hac in re separare dignitatem à statu, & conditione hominis, vt etiam separatur honor à statu, dignitas à conditione siue statu capitis, *l. falsa* §. *sed si cui, de condit. & demonst.* & in § *quibus, Instit. de capit. demin.* quod apparebit hac demonstratione. mutatio status est capitis deminutio: mutatio dignitatis non est capitis deminutio, vt qui Senatu mouetur, aut qui in Senatum asciscitur, non capite minuitur, *d. §. quibus.* Hæc igitur in hac quæstione distinguimus honorem à conditione & statu. Conditione alii sunt ciues, alii peregrini: adoptio ex ciue peregrinum, vel contra non facit, imo nec ciuitatem mutat, sed

adiicit, vt ait *l.* 7. *C. de adopt.* id est, adoptatus tam in patria sua, quam in patria adoptatoris, munera, & honores ciuiles subire cogitur, *d. l.* 7. *& l.* 1. *& l. ordine* §. *vlt. ad municip.* Rursus conditione alij sunt libertini, alij ingenui. adoptio ex ingenuo libertinum, vel ex libertino ingenuum etiam non facit, *l. vlt. de statu hom. sup. l. vlt. h. t.* Ingenuum adoptari à libertino nusquam inuenies, aliquo loco inuenies libertinum ab ingenuo adoptari, veluti à patrono ipso, vel ab alio causa cognita, *l. vlt. h. t. l.* 3. *C. eod.* Et hoc cum contingit, libertinus qui adoptatur, nanciscitur quidem iura ingenuitatis in familia adoptatoris, ingenuus tamen non fit, *l. sciendum, de ritu nupt.* Aliud est nancisci iura ingenuitatis, aliud ingenuum fieri. Libertinus, qui à principe consequitur ius annuli aurei, ingenuus non est, sed quandiu viuit, iura ingenuitatis habet, *l.* 2. *C. de iure annul. aur.* Ergo aliud est habere iura ingenuitatis, aliud ingenuum esse. Solus princeps ingenuum facit eum, qui non est natus ingenuus, puta restituendo natalibus, quod & ipsum debet facere consentiente patrono, *l. vlt. de natal. restit.* Sicut & donare ciuitate Romana libertinum princeps non potest inuito patrono, ne fiat ei iniuria, quod Plinius indicat *lib.* 10. *Epist.* petens ciuitatem Romanam Harpocrati à Traiano Imperatore. Rursus conditione alij sunt serui, alij liberi, & adoptio, vt hodie definitum est, & ex seruo liberum facit, vt si seruus adoptetur à domino, vel si à domino in adoptionem detur, § *vlt. Inst. de adopt.* Sed hoc vere possis dicere extorsisse fauorem libertatis, non esse solemnem modum dandæ libertatis, sed vindictam, censum, testamentum, admitti tamen etiam adoptionem, vt hoc quoque remedio seruus exeat ex seruitute, & fiat liber, qua ratione alia, quam fauore libertatis? *d.* §. *vlt.* Præterea conditione alii sunt sui iuris, alii alieni iuris, adoptio facit eum, qui est sui iuris, alieni iuris, & eum, qui est alieni iuris, transfert ex vnius familia in aliam, *l. qui ex liberis* §. 1. *de bon. poss. sec. tabul.* Adoptio igitur mutat statum hominis, cur & non mutat superiores status? quia comparata est adoptio huius rei gratia tantum, vt faceret filiumfamil. maxime non habenti naturalem filium. Hæc causa fuit inueniendæ adoptionis, non, vt faceret ciuem ingenuum, non etiam vt faceret liberum, sed vt filium tantum. Vix mutabit alias conditiones. Conditionem generis sane non poterit mutare, non potest efficere, vt ego non sim ex sanguine illo, ex illo genere, quia ius naturale est immutabile, *l.* 1. §. *cognationem, vnde cogn.* Denique adoptio genus non mutat, gentem mutat. id est, familiam & nomen familiæ. Cæterum conditionem, quæ ex genere ducitur, non mutat, & notum est discrimen inter genus & gentem. Ergo ignobilem nobilem non facit, si adoptetur à nobili: & contra etiam nobilem ignobilem non facit, si ignobilis nobilem adoptet: nam hæc nobilitas ex genere ducitur, vel largitate Principis ex concessione feudi, cui tamen largitati sc. necesse est, vt accedat longa series auorum & posterorum, qui huic feudo insederunt & incubuerunt. Et hæc de conditione. Dignitatem autem fateor adoptionem augere, non etiam minuere, vt plebeius adoptatus à patritio, vel Senatore vel à decurione adquirit dignitatem, honorem, prærogatiuam, priuilegium in pœnis, vel qua alia in re, filii patritii vel Senatoris, quod hæc l. 13. demonstrat. Et quod notandum, ea dignitas propagatur etiam in liberos plebeii adoptati à Senatore, *l. liberos, de Senator.* Et in liberos eius, qui est adoptatus à decurione, non quidem in infinitum, sed vsque ad gradum pronepotum, *l. Diuo, C. de quæst.* Atque ita adoptio dignitatem affert, dignitatem auget, sed non minuit dignitatem. Nam Senator, aut Senatoris filius adoptatus à plebeio, non desinit esse Senator, aut Senatoris filius, *l. per adopt. h. t. l.* 1. *inf. de Senat.* M. Tull. pro domo sua: adoptionem nihil minuere de dignitate generis. Inuenta est adoptio, aut ea vtimur, in eamque nos damus, non vt minuamus dignitatem, sed vt augeamus. Et alia est ratio matrimonii & adoptionis: Nam matrimonium minuit dignitatem, si mulier clarissima

A nubat plebeio, vt de Virginia nominatim scripsit Liuius. Et auget quoque matrimonium dignitatem, si plebeia nubat Senatori, *l. mulieres, C. de dignitat.* In qua etiam vtitur *nobilitandi* verbo, quod latissime patet, neque eo significatur ea nobilitas, seu gentilitas, de qua initio quæstio proposita fuit. Et ait, mulieres genere mariti nobilitari, id est, splendescere, quod aliis verbis exprimit, honore mariti erigi. Cæterum, vt licet colligere, nunquam admittam adoptione nobilem fieri ex ignobili, neque ignobilem ex nobili.

In quæstione de qua tractauimus, an adoptio ex plebeio nobilem faciat, est quod iterum de ea quid statuendum sit, succincte perstringamus, & vt diximus in præcedenti prælectione, inuenta est adoptio, vt filium faceret
B tantum, non vt ex peregrino ciuem, non vt mutaret ciuitatem adoptato, sed adiiceret ei ciuitatem adoptatoris. Potest enim quis plurium ciuitatum esse ciuis, & rursus inuentam esse adoptionem, vt filium faceret, non ingenuum faceret ex libertino, non vt liberum faceret ex seruo, quanquam hodie admittamus fauore libertatis, per adoptionem liberum fieri: ac denique inuentam esse adoptionem tantum, vt filium faceret tantum, & hominem sui iuris vel alieni iuris redigeret in potestatem adoptatoris quasi filium, vel nepotem aut pronepotem. vt igitur redigeret in potestatem, vel homines sui iuris, vel etiam filiumfam. alterius, vel etiam filium suum emancipatum, *l.* 12. *de adopt.* Ego in hac summa illas tantum leges afferam, quas alia prælectione non attuli. Adoptio igitur filium meum emancipatum, & naturalem etiam in serui-
C tute quæsitum, siue in contubernio, redigit in potestatem meam, *l. vlt. de adopt. l. vlt. de his, qui sunt sui, vel al. iu.* atque etiam filium naturalem susceptum ex concubinatu, ex constitutione Anastasij, *l. iubemus, C. de natur. liber.* Naturalis filius vel est ex contubernio, vel ex concubinatu, & vterque fit iustus filius heresque patri per adoptionem. Quod tamen postremum Iustinianus non admisit, scil. in naturali suscepto ex concubinatu. Hunc enim noluit fieri legitimum per adoptionem. Et est etiam hoc nouum in constitutione Iustiniani, vt cum concubinatus probetur legibus antiquis & constitutionibus quasi coniunctio legitima & licita, quandoquidem habet speciem matrimonij, & concubina, vt ait Iulianus Antecessor Constantinopolitanus, imitatur vxorem, Iu-
D stinianus tamen tãquam Christianus non videtur concubinatum admisisse, quod indicat *l. legem* 7. *C. de nat. lib.* his verbis, *iniusta libidinum desideria*, quibus vtitur loquens de concubinatu. Et ob id etiam in *d. l. legem*, vt in *Nou.* 74. *& Nouel.* 89. non vult Iustinianus, vt prætextus adoptionis, vel commentum adrogationis, filios susceptos ex illicita coitione, vt ipse existimat ex concubinatu faciat iustos & heredes legitimos patri. Et ex his omnibus paulatim efficies atque efficiebam ego, adoptionem quoque nobilem non facere, si plebeius det se in adoptionem nobili, quia adoptio non mutat genus, aut sanguinem. Et hæc nobilitas ducitur ex genere, vel ex speciali beneficio Principis, & ex concessione feudi, in quod constat adoptiuum filium non succedere, in feu-
E dum scil. adoptatoris, quod omiseram. Igitur plebeius per adoptionem non fit nobilis. Galli solent dicere, *la verge ennoblit, voyez la coustume*, hoc est, ducitur ex genere nobilitas. Non fit igitur nobilis plebeius per adoptionem, nisi adoptione plebeii facta auctoritate Principis, id agatur, vt exeat ex plebe, *argum. l. sed si hac lege* §. *patronum, de in ius voc.* At nunc videamus, *an aliud dicendum sit, si nobilis det se in adoptionem plebeio, an desinit esse nobilis? an mutat genus?* Quod negaui obiter in prælect. sup. sed verius est per adoptionem ex nobili plebeium fieri, quia ipsemet prodit suam nobilitatem, qui se subiicit ditioni & familiæ plebeii. Et ita Clodium, qui se dedit adoptandum plebeio, Marc. Tullius scripsit exiisse à patriciis, & transiisse in plebem, vt fieret tribunus plebis, quem magistratum capessebant soli plebeii.

Mea igitur sponte fio plebeius ac degener, sicut licet mihi A mea sponte ex libero seruum fieri, si patiar me venundari ad pretium participandum. Et ita quoque mulier patricij generis, si elegerit nuptias plebeii, transit in plebem, & de se queri debet, quæ nupsit plebeio, atque ita prodidit nobilitatem sui generis & sanguinis. Contra autem mulier plebeia per matrimonium, non mutaret genus, videlicet si abesset constitutio Imperatoris, quæ specialiter constituit, vt plebeia per matrimonium, puta, si nupserit patricio, non tantum erigatur honore mariti, sed etiam nobilitetur genere mariti, atque ita proprium genus commutet in genus mariti, *l. mulieres, C. de dignit. l. vlt. C. de incolis.* Si deesset illa constitutio, mulier plebeia per matrimonium non mutaret genus, sed augeretur tantum dignitate mariti. Et in hac quæstione, vt in eadem prælectione ostendi, separanda est dignitas à conditione personæ. B

Ad l. 119. de verb. oblig.

Doli clausula, quæ stipulationibus subijcitur, non pertinet ad eas partes stipulationis, de quibus nominatim cauetur.

HÆc lex pertinet ad illam regulam iuris, quam habuimus libro 35. In toto iure generi per speciem derogatur, *l. in toto, de reg. iur.* veluti in legibus, *l. sanctio, de pœnis*, & in testamentis, veluti in legatis, quod variis exemplis demonstraui, ac etiam in substitutionib. Specialis nempe substitutio derogat generali, *l. coheredi*, §. *qui patrem, de vulg. substit.* Et vt intelligitur ex hac lege, in C stipulationibus siue contractibus. & forte mendum est in inscriptione huius legis, vel legis *in toto*, vel in numero librorum. Subiici solet stipulationibus clausula generalis, *dolum malum abesse abfuturumque esse.* Hæc est nouissima clausula stipulationum, *l. nouissima, iudic. solui.* Quod non pertinet ad ea, de quibus specialiter cautum est in stipulatione, sed pertinet tantum ad ea, quæ non sunt stipulatione comprehensa nominatim: Nam de clausula illa generali sunt eximenda ea, de quibus cautum est specialiter. Denique hæc clausula generalis pertinet tantum ad casus incertos, & qui in præsentia contrahentibus occurrere non potuerunt, *l. 53. hoc tit.* vt in emptione pecorum, cum ita stipulamur, quod exemplum Accursius significauit in hac lege, paucis verbis, *esse, bibere, posse habereque recte licere, & dolum malum abesse abfuturumque* D *esse.* Et in emptione mancipiorum, cum ita stipulamur, *sanum esse, furem non esse, fugitiuum non esse, habere recte licere, dolumque malum abesse abfuturumque esse.* Et similiter in stipulationibus prætoriis, veluti legatorum seruandorum causa, vel de rato, vel de iudicato soluendo. Et hoc est apertissimum. Sequitur nobilissima lex 38 *ad leg. Iul. de adulter.*

Ad l. 38. ad l. Iuliam de adult.

Si adulterium cum incesto committatur, vt puta, cum priuigna, nuru, nouerca: mulier similiter quoque punietur: Id enim E *remoto etiam adulterio eueniret.*

DIfferentia est inter adulterium & incestnm in re. Quæ sit differentia, non est explicandum, quia notum est omnibus, sed in iure differentia est. Nam adulterium iure naturali prohibetur, vel vt ait *l. probrum, de verborum significat.* adulterium est natura probrum, id est, iure naturali: Lactantius in *Epito. Institut. Corrumpere alienum matrimonium communi omnium gentium iure prohibetur.* Incestum autem non omne committitur iure gentium, siue naturali. Nam aut committitur iure gentium, aut iure ciuili. Et vt indicat in hac lege, ita euenit, vt incesti crimen, quamuis natura sit grauius, humanius vindicetur, vel vt de eo tractetur humanius, quam de adulterio, quia omne adulterium est natura probrum: omne incestum non est natura probrum, sed aliud natura, aliud ciuili iure. Ac primum quidem, vt ostenditur in *l. vlt. de condict. sine caus. & l. vlt. de ritu nupt.* & in hac lege multis in locis, incestum iure ciuili committitur inter parentes & liberos cuiuscumque gradus in infinitum, atque etiam inter affines, qui maxime parentum & liberorum locum obtinent, vt inter vitricum & priuignam. vitricus quasi pater est, priuigna quasi filia, vel vt Ouidius loquitur de Ponto, *pene filia*, qui & marito priuignæ, dicit se esse pene socerum, id est, quasi, pene patrem vxoris. *Numina pro socero pene precare tuo*, scribens ad maritum priuignæ. Incestum iure gentium committitur similiter inter nouercam & priuignum, quæ est, vel quæ fuit nouerca, quia nouerca matris, priuignus filij locum obtinet, §. *affinitatis*, & §. *socerum, Inst. de nuptiis. l. Aristo, de ritu nupt.* Et recte sanctissimus Phocylides:

Μητρυιῆς μὴ ψαῦε γε δεύτερα λέκτρα γονῆος.
Μητέρα δ' ὡς τίμα τὴν μητέρος ἴχνια βᾶσαν.

Id est, *ne attinge nouercam, secunda cubilia patris, sed eam cole ac matrem, quæ insequitur vestigia etiam matris*, id est, quæ locum tenet matris. Et pari ratione iure gentium incestum committitur inter socerum & nurum, inter socrum & generum, quia socer & socrus parentum locum obtinent, gener & nurus liberorum, *d. §. affinitatis, & §. socerum, l. quia parentis, solu. matr.* Et nurus nomen siue socrus, aut generi, accipitur largissime. Exempli gratia: Nurus dicitur non tantum filij vxor, sed etiam nepotis, & vsque in infinitum in *l. adoptiuus §. nunc videamus, & l. seq. de ritu nupt.* Ex transuerso etiam iure gentium incestum committitur cum sorore, quod euidenter demonstrat *l. 8. de ritu nupt.* dum matri iungit sororem: Et matrem, aut sororem vxorem ducere moribus prohiberi, id est, iure gentium. mores illo loco ac etiam in *l. sororis, eod.* id est, ius naturale, ius gentium. Et quod scripsit Æmilius Probus, Athenienses in matrimonio sorores suas habuisse iure licito, non est verisimile, vt populus Atheniensis adeo bene institutus, eam coniunctionem admiserit contra ius gentium. Si quam barbaram gentem diceres, hoc admitterem, sed Atheniensem populum, nunquam admittam, licet Æmilius Probus id scribat, qui etiam quasi falsi reus à doctissimis viris reprehenditur: quoniam Athenæus & Plutarchus multis in locis referunt Cimonem Atheniensem duxisse sororem in matrimonio, atque ideo exulatum iisse, cum fecisset contra instituta Atheniensium, & omnium gentium instituta, iurisque naturalis. Et recte etiam Phocylides, qui nobis tradidit præcepta iuris naturalis:

Μηδὲ κασιγνήτης ἐς ἀπότροπον ἐλθέμεν εὐνήν.

Ne conscendamus cubile infandum sororis:

Igitur ex transuerso siue à latere, etiam incestum committitur iure gentium, veluti cum sorore. Et similiter, vt heri demonstrauimus, cum sororis filia, & nepte, & pronepte in infinitum, quia auunculus est loco parentis. Ergo & cum fratris filia, quia patruus est loco parentis, quod hodie etiam obtinet, §. *fratris, Inst. de nupt. l. nemini, C. eod. tit. l. vlt. C. de incest. nupt.* Posset quis ita facile induci, vt existimaret iure gentium incestum committi cum sororis filia, vel fratris, quod tamen non est verum. Nam cum his personis committitur tantum iure ciuili: cum sorore iure gentium: cum sororis filia iure ciuili, quod cur ita sit, cras explicabo. Et multum interest sane, vtrum iure gentium incestum committatur, an iure ciuili. Nam error iuris gentium, vel ignorantia eius, non remittitur mulieri. Igitur etiam mulier, cui remittitur error iuris ciuilis, si incestum commiserit iure gentium, nullo modo excusatur obtentu erroris, quia nemo ignorat ius gentium, *l. secunda, Cod. de in ius voc.*

Et Menander eleganter, οὐκ ἔστι τοὺς τῆς φύσεως λαθεῖν νόμους. *La loy de nature n'est cachée à personne.* Ergo mulieri non remittitur error iuris gentium, cui tamen remittitur incestum iuris ciuilis. Et ita Papinianus in hac lege ait, mulierem eam pœnam, quam mares sustinere, cum incestum iure gentium prohibitum admiserit. Et similiter in principio huius legis, si adulterium committatur cum incesto, veluti cum nuru, vel cum priuigna, vel cum nouerca, non minus puniri fœminam quam marem: neutrum posse obtendere ignorantiam huius iuris. Idem esse, si solum incestum sit admissum, quoniam cum his personis committitur iure gentium. Oportet addere, idem etiam esse, si solum adulterium, non tantum cum his personis, sed cum aliis quibuscumque. Æque ex causa adulterij punitur fœmina, ac masculus, quia est natura probrum similiter, id est, iure gentium, quod nemini licet ignorare. Et hoc est quod ait in princ. *h.l.*

Ex his, quæ diximus intellexistis, æque puniri fœminam ac marem, si per adulterium incestum committatur iure gentium, vel si incestum tantum committatur iure gentium, veluti cum parentibus vel liberis cuiusque gradus, vel inter affines, qui maxime parentum liberorumve locum obtinent, veluti cum priuigna, nuru, socru, nouerca. Et idem esse, si adulterium tantum committatur: Nam & adulterium iure gentium probrum est, & neque mari, neque fœminæ remitti errorem, vel ignorationem iuris gentium, omnes homines præstare debere scientiam iuris gentium, neminem non scire adulterari nefas esse, neminem nescire, commisceri his, qui sunt parentum vel liberorum loco, nefas esse. Igitur æque puniri fœminas ac mares in his omnibus, quæ prohibentur iure naturali. Et adieci cum sorore etiam incestum committi iure gentium, cum sorore scilicet germana. Nam cum sorore patrueli, iure ciuili aut gentium incestum matrimonium non est, §. *duorum, de nupt. l. celebrandis, C. eod.* Quo tamen iure non vtimur, & merito quidem: nam verecundia & pudor potissimum spectatur in nuptiis. Et ob id prohibitio nuptiarum est extendenda potius ac coangustanda, nec debemus ea in parte discedere ab institutis maiorum nostrorum, qui pudoris inter nos conseruandi gratia, & licitas quarumdam personarum nuptias inhibuerunt, & in Phil. 2. Cic. illo loco, *sorore & vxore tua*: non oportet intelligere germanam, sed patruelem. Et hæc de incesto, quod committitur iure gentium. Restat vt tractemus de incesto, quod committitur iure ciuili. Incestum committitur iure ciuili cum sororis filia, vel nepte, vel pronepte, vel etiam hodie cum fratris filia, nepte, pronepte, vel cum amita, vel cum matertera. Cur vero cum his personis incestum contrahitur iure ciuili, non iure gentium, cum & hæ personæ inter se sint parentum liberorumve loco, §. *item amitam, Instit. de nupti. l. sororis, de ritu nupt.* Patruus scilicet filiæ fratris pene pater est. Amita filio patris pene mater. Idem licet statuere de auunculo & matertera. Et tamen inter eas personas incestum committitur non iure gentium, sed ciuili. An verum est, non inter eos omnes incestum iure gentium committi, quia inuicem sunt parentum vel liberorum loco? Sic sane. Sed inter eos tantum verum est, incestum committi iure gentium, qui *maxime* (*ce maxime emporte la saulce*) quive propius sunt parentum aut liberorum loco, vt inter nouercam & priuignum: nouerca mater est propius quam amita, cum sit vxor veri patris, cuius amita est soror. Ac similiter inter vitricum & priuignum, inter socerum & nurum, inter socrum & generum: Nam cum aliis personis (licet quodammodo accedant ad vicem parentum aut liberorum) legibus modo permissæ fuerunt nuptiæ, modo prohibitæ. Et coniunctio earum personarum puta patrui, & filiæ fratris, auunculi & filiæ sororis, amitæ & filij fratris, materteræ & filij sororis tota sita est in arbitrio legum, tota est iuris posititij, vt Vlp. loquitur, vel vt æque dicunt recte, iuris positiui. Et rectissime Accurs. in *l. 1. §. initium, de postul.* eorum, quæ sunt iuris positiij, non admodum

A quærendam esse rationem. Inuenies in Dig. incestum committi cum sororis filia ab auunculo, non à patruo cum fratris filia, *l. vlt. de cond. sine causa, l. qui in prouincia, l. alia, l. sororis, de ritu nupt. & huius l.* §. 1. Nullum locum inuenies in Dig. de patruo & fratris filia: nam cum ea permissum connubium ex S.C. & auctoritate Claudij, vt Suetonius & Tacitus scribunt. Et ob id Vlpianus in fragm. nonnunquam ex tertio gradu licet vxorem ducere, veluti fratris filiam, non etiam sororis. Hæc distinctio hodie merito sublata est: Nam neutram licet ducere ex constitutionibus nouissimis. Iure Digestorum, vt ita loquamur, licet ducere fratris filiam, quamuis eodem iure non liceat sororis filiam, nec sit differentiæ ratio vlla, nisi quod ius ita positum sit. Filius tamen fratris eodem iure B non potest ducere amitam, siue paterteram, sic vocatur in antiquis inscriptionibus, sicut nec filius sororis materteram, quin admittatur incestum iure ciuili.

Ad §§. 1. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

Stuprum in sororis filiam si committatur, an adulterij pœna sufficiat mari, considerandum est: quia multum interest, errore matrimonium illicite contrahatur, an contumacia iuris, & sanguinis contumelia concurrant.

2. ¶ *Quare mulier tunc demum eam pœnam, quam mares sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admiserit. Nam si sola iuris nostri obseruatio interueniet, mulier ab incesti crimine erit excusata.*

C 3. ¶ *Nonnunquam tamen & in maribus incesti crimina, quamquam natura grauiora sunt, humanius quam adulterij tractari solent: si modo incestum per matrimonium illicitum contractum sit.*

4. ¶. *Fratres denique Imperatores Claudiæ crimen incesti propter ætatem remiserunt, cum alias adulterij crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur ætate. Nam & mulieres in iure errantes, incesti crimine non teneri, supra dictum est, cum in adulterio commisso nullam habere possint excusationem.*

5. ¶ *Iidem Imperatores rescripserunt post diuortium, quod cum nouerca bona fide priuignus fecerit, non esse crimen admittendum incesti.*

6. ¶ *Iidem Pollioni in hæc verba rescripserunt: incestæ* D *nuptiæ confirmari non solent, & ideo abstinenti tali matrimonio pœnam præteriti delicti, si nondum reus postulatus est, remittimus.*

7. ¶ *Incestum quod per illicitam matrimonij coniunctionem admittitur, excusari solet sexu, vel ætate, vel etiam puniendi correctione, quæ bona fide interuenerit: vtique si error allegetur, & facilius, si nemo reum postulauerit.*

His cognitis videamus, quæ tractet Pap. in hoc §. 1. *& seq.* vsque ad §. *Imperator Marcus.* Cum sororis filia incestum iure ciuili committitur, & vt ait Pap. in hoc §. 1. stuprum. Ergo duplex crimen, incestum & stuprum, vel vt M. Tul. loquitur in Miloniana, *incestum stuprum.* Et quærit Papin. in *hoc* §. 1. an masculo sufficiat pœna adulterij l. Iuliæ? nomine adulterij, quod etiam est generale, E significans stuprum incestum, vt sæpissime I.C. maxime cum tractant de pœna, dicunt promiscue, adulterium vel stuprum. Si igitur in sororis filiam commissum sit stuprum incestum, quærit Papin. an auunculo sufficiat pœna l. Iuliæ, hoc sc. quærit, an mulier quoque similiter puniatur, i.e. an sufficiat marem puniri, si incestum committatur iure gentium. non sufficit marem puniri, vtrumque puniri oportet. Videamus tamen, inquit, an sufficiat marem puniri, si incestum iure ciuili committatur, veluti cum sororis filia. Dubitationem facit, quod duplex est admissum, iunctum sc. stupro incestum. Simplex forte non vindicaretur in fœmina. Duplex videtur esse vindicandum, non minus in fœmina, quam in mare. Et hoc significat Papin. in illis verbis, *occurrit, quod duplex admissum est.*

Verbo *occurrit*, significatur ratio dubitandi. Item dubitationem facit, quod multum interest, errans committat stuprum incestum, an sciens: Nam sciens peccat dupliciter, & quod contumelia afficit sanguinem suum, generisque dignitatem. Quid est incestum? Contumelia, quæ infertur sanguini, vel necessitudini per nefarium aut illicitum coitum.

Peccat etiam sciens in eo, quod contemnat leges, & iura ciuilia, quæ contemtio eleganter dicitur à Papin. *contumacia iuris*. contumax dicitur à contemnendo: nam videtur I.C. παρετυμολογεῖν, in *l. contumacia* §.1. *de re iudic.* dum ait, *contumax est, qui tribus edictis propositis, &c.* Vox contumax dicitur ab intentione & pertinacia, quod eo nomine videatur significari is, qui intentos habet & defixos oculos in rem aliquam, vt per translationem & contumax videatur dici pertinax quique, vt in iure augurali apud Varronem 6. de ling. lat. erat scriptum, *conspicionem Contumionem*, id est, conspectum intentissimum. Et hæc de sciente. Non potuit de quæstione proposita respondere sine distinctione inter scientem & errantem. Errans non offendit legem, sed sanguinem tantum inquinat. Igitur, vt reuertamur ad quæstionem propositam, si mulier per errorem iuris ciuilis incestum commiserit cum auunculo, excusatur, si existimarit non esse vetitas nuptias: aut certe datur ei venia maioris pœnæ, nec subit eandem pœnam quam mas, qui debet præstare scientiam iuris ciuilis. Quod idem dici potest etiam de minori 25. annis, aliter, quam si incestum iure gentium committatur vel adulterium, quod omne etiam contra ius gentium committitur: nam ab adulterio, vel ab incesto iure gentium, neque ætas, neque sexus excusat, *l. auxilium, de minor.* Certe, quod maxime notandum est, & si alias militem excuset ignorantia iuris ciuilis, non excusat tamen eum à stupro commisso in sororis filiam, siue eam habuerit in matrimonio, quoniam illicitum est, siue in contubernio, *l. miles* §.1. *h. t.* vbi, quam habuit miles in contubernio, Græci appellant Latino vocabulo, *focariam*, *l. mulierem, de his quæ vt indign.* quam *lib.* 33. interpretati sumus. Igitur miles, etiamsi errauerit in iure ciuili, qui error alias solet ei remitti, hoc casu non remittitur, si sororis filiam, vel focariæ, vel vxoris habuerit loco. Et hoc est rectius, inquit, id est, honestius. Et maxime notandum, quia vulgo dicitur, errorem iuris ciuilis excusare militem, sane hac in re non excusare. His adiicit Papin. in hoc §. quod etiam est singulare, vt hic auctor noster vix solet vnquam quicquam proferre, quod non sit singulare, & præclarum. Adiicit enim, nonnunquam in mare, vel minore, vel maiore, humanius tractari incesti, quam adulterij crimen, quod scil. excusationem mereatur maiorem mas, qui incestum admisit, quam qui adulterium, *l. vlt. de ritu nupt.* Primum, vel propter ætatem minoris, si per matrimonium iure ciuili incestum commiserit palam, vt dixi, errans in iure ciuili, qui tamen non excusaretur à pœna adulterij, vel etiam maior. 25. annis, si errans in facto: (nam maiorem error iuris ciuilis non excusat:) puta, nesciens eam, quam ducebat vxorem, esse sororis filiam, palam cum ea contraxerit nuptias, quasi iure licito, modo errore comperto protinus eam dimiserit, antequam reus postularetur, quia, qui ducitur pœnitentia, id est, qui errore cognito protinus eam dimittit & aduersatur, nec voluisse videtur cum ea matrimonium incestum contrahere: erranti in facto venia datur, & mox pœnitenti re cognita, vel maioris pœnæ venia, *l. 4. C. de incest. nupt.* quæ etiam exigit, vt hic error sit acerrimus, non fictus, non simulatus hic error facti. Et eleganter Arist. *in 3. Ethic.* τὸ ἀκούσιον ἐν μεταμελείᾳ εἶναι, *eum quem pœnitet facti, nec voluisse videri.* Et eleganter Papin. libro singulari, *de adult.* scripsit, vt ex eis fragmentis didicimus, quæ nuper prodierunt in lucem, *ei qui coniunctione sororis filiæ bona fide abstinuit, pœnam remitti palam est.* Et subiicit rationem: *quia, qui errore cognito diremit coitum, creditur eius voluntatis fuisse, vt si sciisset, se in eo gradu necessitudinis esse positum, non fuisset tali matrimonio copulatus.* Notanda sunt illa verba, *si sciisset se in illo gradu*, id est, si sciisset se auunculum, quæ sane sunt de errore facti. Igitur, & quod hic similiter scribit Papinian. contra quam velit Accurs. est accipiendum de errore facti in maiore 25. annis. Nec vero mirũ est, si hunc errorẽ facti excuset pœnitentia secuta, antequam reus fieret incesti, si, inquam, excuset ab incesto iure ciuili, cum excuset etiam ab incesto iure gentium, vt ostenditur in §. *idem Imperator.* Si priuignus nouercam vxorem duxerit, inquit, & post bona fide cum ea diuortium fecerit, quod sc. non fecisset ante errorem facti, & ignorantiam necessitudinis, quæ sibi fuit cum illa, sed diuortium cum ea fecerit, quod nunc primum cognouerit, eius se mulieris auunculum esse, error facti eum releuabit à crimine incesti. Excusatio huiusmodi nulla est in adulterio: Nam vix possis in adulterio primum constituere errorem facti, nec cætera, quæ posuimus. Incestum quidem est natura grauius adulterio, & ob id incestum non finitur quinquennio, sed vicennio, sicut cætera crimina grauiora, cum tamen adulterij crimen finiatur quinquennio, *l. seq.* §. *præscriptione.* incestum igitur est certe natura grauius, quam adulterium, & tamen aliquando tractatur humanius, vt apparet ex præcedentibus. Itemque quod in crimine incesti serui non torqueantur aduersus dominos, *l. de* (alias *in*) *incesto, & l. extraneo, de quæstion.* & torqueantur tamen in adulterio, vel in incesto adulterio, *l. si quis viduam, eod. tit. l. 1. C. eod. & l. seq.* §. *vlt.* Ita vobis sunt enarranda ea omnia, quæ Papin. scripsit in hac l. à §. *stuprum* vsque ad §. *Imper. Marcus.*

Ad §. Imperator Marcus.

Imperator Marcus Antoninus, & Commodus filius rescripserunt, si maritus vxorem in adulterio deprehensam impetu tractus doloris, interfecerit, non vtique l. Cornel. de sicariis, pœnam excipiet. Nam & Diuus Pius in hac verba rescripsit Apollonio: Ei, qui vxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, vltimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum iustum dolorem temperare. Et quia plus fecerit, quam quia se vindicare non debuerit, puniendus sit. Sufficiet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior, in insulam relegari.

Intelleximus ex §. 1. *l. si adulterium, ad l. Iul. de adult.* ab incesto prohibito iure naturali, & ab adulterio, quod etiam natura nefarium est crimen, neque marem excusari, neque fœminam vllo modo: ab incesto stupro, quod prohibetur iure tantum ciuili, fœminæ remitti errorem iuris, vel remitti pœnam ob errorem iuris ciuilis, non mari ob errorem iuris ciuilis, nisi sit minor 25. annis: sed ob errorem facti etiam maiori remittitur pœna, si per matrimonium ignarus cognationis & necessitudinis incestum commiserit, & errore comperto mox dissoluerit coniunctionem, & correxerit factum. Nunc sequitur in §. *Imperator Marcus*, de viro, qui vxorem necauit deprehensam in adulterio, quod prohibetur l. Iulia nominatim. Ideoque facit contra l. Iuliam, qui deprehensam necat. Sed ex constitutionib. Marci & Commodi, atque etiam Pij Imperatoris, non punitur tanquam homicida, aut parricida l. Cornelia de sicariis, quamuis alias, qui vxorem occidit, teneatur l. Cornelia de sicariis, *l. 1. infra ad l. Corn. de sic.* sed ex constitutionib. vt dixi, ei, qui deprehensam necauit, remittitur pœna legis Corneliæ, id est, vltimum supplicium, quod mortem interpretamur, quia, vt est in his constitutionib. *difficillimum ei fuit iustum dolorem temperare.* Iuuenal. 10. Satyr.

Exigit iste dolor plus, quam lex vlla dolori
Concessit, &c. ------

Vix enim quicquam leges dolori concedunt, vix dant locum vindictæ. Ex hac causa concedunt aliquid constitutiones, dum de pœna remittunt aliquid, si vir deprehensam occiderit. Remittunt enim vltimum supplicium,

aliam tamen pœnam vir sustinebit. Nam humilior, humiliore loco positus, puta plebeius, vt ait hoc loco, damnabitur in opus publicum perpetuum. Contra *l.* 1. §. *vlt. sup. ad l. Cornel. de sicar.* ait, eum damnari in exilium perpetuum, non in opus, & exilium accipit proprie pro deportatione. Sed nullum est dissidium. Nam est par pœna deportationis, & damnationis in opus perpetuum, *l.* 1. *C. de pœn.* Hi qui in opus perpetuum, id est, publicum damnantur, similes sunt deportatis: Nam vterque patitur mediam capitis deminutionem, vterque ciuitatem amittit, & peregrinus fit. Igitur nihil refert, damnetur in opus publicum aut exilium perpetuum. Honestior autem, veluti positus in dignitate aliqua relegatur in insulam ad tempus, quæ pœna contingit sine capitis deminutione, relegatio non est capitis deminutio, *l. relegatorum* §. *siue, de interd. & relegat.* Et ita Paulus secundum hæc secundo Sentent. *Maritum*, inquit, *qui vxorem in adulterio deprehensam occidit, quia hoc impatientia iusti doloris admisit, leuius puniri placuit.* Puniri igitur, sed leuius, excusari à maiori pœna tantum, puta, *l. Corn. de sicar.* siue *l. Pomp. de parricid.* Et male in eam rem adfertur *l. Gracchus, C. eod. tit.* Nam non loquitur de adultera occisa, sed de adultero, in quem plus aliquanto licuit marito, quam in vxorem, quanquam non omnem adulterum potuerit occidere impune, sed infamem personam tantum, veluti ludionem, vel lenonem. Aliam personam si occiderit impetu doloris tractus, exemplo mulieris etiam punietur, sed leuius. Et hoc tantum ait *l. Gracchus.* Notandum, quod est in rescripto D. Pij relato à Papin. hoc loco, maritum, qui vxorem deprehensam occiderit, puniri, vel deportatione, vel relegatione, non vltimo supplicio, & puniri, non quod se vindicare non debuerit: Nam hæc vindicatio fuit permissa, sed quod plus fecerit, quam scil. vindictæ modus ratioque postulet. Ex quo loco licet nobis interpretari, quod vulgo dicitur ex *l.* 1. *C. vnde vi*, vnumquemque posse vim, iniuriam, contumeliam propulsare, adhibita moderatione inculpatæ tutelæ, id est, cum tutela inculpata, nempe, vt ne quid plus faciat, quam vindictæ ratio desideret, vt si vlciscatur ex continenti in deprehensos, vt vindicet iniuriam lecti & domus. Et ita licet omnino ad *l. vt vim, de iustit. & iure.* sumere exemplum ex hoc loco, veluti, vt Papinia. ait aliquo in loco in fragmentis, *iniuriam lecti genialis & domus licet vindicare & vlcisci, cum modo tamen aliquo & pari.* Vindicatio hæc moderata permittitur iure gentium. Nec debemus restringere verbum *vindicandi*, quod vsurpatur etiam illo tit. *quando liceat vnicuique sine iudice se vindicare.* Licet autem se vindicare aduersus vim, quæ nobis infertur, vel his, qui nobis cari sunt, *l.* 1. § *pen. ad l Corn. de sicar.* Et ad vlciscendam iniuriam & contumeliam, veluti, vt ait eleganter Papinian. in fragm. *lecti & domus*, quod est appositissimum exemplum ad verbum *d. l. vt vim, de iust. & iure.* Potuit igitur se vindicare & vlcisci in adulterio deprehensam vxorem, idque impune potuit iure gentium: sed quia plus fecit, quam debuit, ideo punitur, leuiore tamen pœna, quam homicida. Quæres, cur liceat patri filiam deprehensam in adulterio occidere, non marito? Sunt multi loci in hoc tit. quibus ostenditur hoc licere patri ex l. Iulia, si modo & adulterum simul occidat vno ictu, si fieri possit, vnoque impetu. Et ratio differentiæ optima redditur in *l.* 22. §. *vlt. hoc tit. quia plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit*, id est, efficit, ne occidat filiam, simul ac ne occidat adulterum: non potest enim parcere filiæ, quin parcat adultero. Non est igitur nimia hæc licentia, quæ datur patri, quoniam vix necabit filiam, ac proinde seruabitur vterque, & permittitur legibus publicis. Cæterum mariti calor, & vt ait *d. l. impetus, facile decernentis fuit refranandus*, id est, nullius consilium in ea re capientis, nihil in eo articulo apud se deliberantis. Primum non data ei potestate occidendi cuiuslibet adulteri, sed infamis personæ tantum, & nullo modo data potestate occidendæ vxoris. Et similis est ratio Imperatoris

A Marci Philosophi apud Capitolinum, nolentis seuerius agi in rebelles, id est, in reos perduellionis, siue maiestatis. Non placet, inquit, Imperatori vindicta sui doloris, quæ etsi iustior fuerit, acrior videtur semper. Paulatim creuit potestas marito: primum, vt dixi, prohibitus fuit l. Iulia occidere deprehensam: deinde constitutionibus occidenti deprehensam inflicta est minor pœna: post tertio loco in Pauli fragmentis refertur, Marcum Antoninum: (is est Bassianus Caracalla) pepercisse omnino ei, qui adulteros impatientia doloris interfecisset, id est, vtrumque marem & fœminam. Nam hoc exigitur, vt neutri parcat, vel vt parcat vtrique. non inflixit minorem pœnam ei marito, qui occidisset adulterum & adulteram, sed ei pepercit. Et secundum eam auctoritatem Antonini accipiendum quod est in *l.* 3. §. *si maritus, ad Syllan.* Ignosci

B marito, qui exequutus est aduersus vxorem dolorem suum. Dicit, *ignosci* absolute, quod scil. ignoscerent sæpe Imperatores maritis, & remitterent omnem pœnam. Sed nondum data est potestas marito occidendæ vxoris, concessa est venia & indulgentia ei aliquando, qui occidisset, non etiam data potestas occidendi, non porrectus est gladius, nisi tandem Nouella Maioriani, vt refert Papinian. in responsis suis, permissum est marito deprehensum occidere simul cum adultero vno ictu, & æquali ira aduersus vtrumque sumpta, sicut patri, *l. quod ait* §. *vlt. h. t.* Neque hodie vlla est differentia, si spectas illam Nouel. inter patrem & maritum. Nam vtrique ius est occidere adulteros, vno ictu modo id fiat, vnoque impetu. Et ita Papin. scribit Maiorianum reuocasse ius vetustius: Nam certe ante l. Iuliam in seueritate prioris sæculi licuit ma-

C rito impune deprehensam occidere sine iudicio, vt ex M. Catone refertur apud Gell. Et hoc iure vsi sunt posteriores, vtimurque hodie. Vnde Cassiod. 1. Variarum: *Pro more*, inquit, *pudicitiæ ferrum porrigere maritis, non est calcare legem, sed condere.* Pergamus ad reliqua.

Ad §. penult.

Liberto patroni famam lacessere non facile conceditur, sed si iure mariti velit adulterij accusare, permittendum est, quomodo si atrocem iniuriam passus esset. Certe si patronum qui sit eo numero, qui deprehensus ab alio interfici potest, in adulterio vxoris deprehenderit, deliberandum est, an impune

D *possit occidere, quod durum nobis esse videtur: nam cuius famæ, multo magis vitæ parcendum est.*

QVod sequitur in §. *pen.* est de liberto, an possit patronum iure mariti adulterij accusare. Quid est *iure mariti* accusare? priuilegiario iure scilicet, vt præferatur omnibus accusare volentibus in iudicio damnationis, vt dicitur, vt præferatur omnibus intra sexaginta dies præscriptos l. Iulia, & vt vxorem accuset sine metu calumniæ, etiam ex suspicione sola. Quæritur ergo, *an libertus possit patronum iure mariti accusare?* Dubitatur, quoniam hæc actio irrogat infamiam condemnato. Et vt proponit, elegantissime Papinianus, *liberto patroni famam lacessere non temere conceditur.* non potest libertus aduersus patronum agere actione famosa, veluti de dolo. Imo nec actio-

E ne non famosa, si oneret famam aliquantulum, si suggillet aliquantulum, vt si actio ea, quæ non est famosa, habeat mentionem doli, vel fraudis, vel vis, non licet ita experiri cum patrono, sed vti oportet aliis verbis: oportet verbis actionem temperare: non denegabitur quidem actio, sed dabitur detracta mentione causæ veluti famosæ. Nullum interdictum est famosum. Et tamen in patronum non datur interdictum vnde vi, quia vis mentio fit, sed actio in factum ex eo interdicto, *l. neque, vnde vi, de vi & vi arm.* Nulla condictio est famosa, *l. cessat, de obligat. & act.* & tamen condictio furtiua non datur in patronum, quia fit mentio furti. Nulla exceptio est famosa, & tamen non dabitur in patronum exceptio doli, aut vis, metusve

causa, *l. licet, de obseq. pat. præst.* An igitur nunquam licet lacessere famam patroni? non vtique facile, non temere. Idemque statui de parente potest. Cæterum ex magna causa etiam famam patroni impetere licet. Actio iniuriarum est famosa, & licet tamen liberto agere iniuriarum, si atrox fuerit iniuria, qua eum excepit patronus, si grauissima, pœna seruilis, vt si flagris eum vulnerauerit, non mediocriter, *l. sed si hac §. pen. de in ius voc. & l. prætor §. præterea, de iniur.* Licet etiam cum patrono experiri de vi armata, non de quotidiana in *l. 1. §. interdictum hoc, de vi & vi arm.* Et similiter licet accusare patronum adulterij, quamuis sit famosum, turpissimumque iudicium, non etiam occidere deprehensum, licet sit infamis persona, quæ potuerit ab alio impune occidi in ipso actu. Ex hac igitur causa parcit quidem vitæ patroni libertus, non etiam famæ. Et recta est collectio hæc, qua vtitur etiam Pap. cuius famæ parcere debemus, multo magis & vitæ. Argumentum valet ad affirmandum, non valet ad negandum, cuius famæ parcere non debemus, nec vitæ parcere debemus. Collectio est vitiosa. Et hæc est sententia §. *pen.*

Ad §. vltim.

Si quis in honore ministeriove publico sit, reus quidem postulatur, sed differtur eius accusatio, & cautione iudicio sistendi causa promittitur in finem honoris. Et hoc ita Tiberius Cæsar rescripsit.

QVæritur, an crimine adulterij accusari possit is, qui in honore ministeriove publico est, adulterij scilicet commissi tempore honoris ministeriive publici, quibus nominib. significatur magistratus, imperium, potestas, vt *l. 1. ad l. Iul. repet.* si scilicet ministerio publico præfectus fuerit, vt apud Velleium Paterculum, dum scribit M. Catonem missum fuisse in Cyprum pecuniæ regiæ publicandæ, & prouinciæ constituendæ gratia sub honorificentissimo ministerij titulo. Et ministerium igitur publicum, honor est, siue magistratus, aut pro magistratu. Et de hac quæstione ita definit Papin. ex rescripto Tiberij Cæsaris, cuius nomine hic locus singularis admodum est, vt is, qui in magistratu vel in potestate aliqua est publica, possit quidem adulterij reus postulari, sed non accusari, non peragi reus: Nam differenda est accusatio in finem honoris ministeriive publici, interim interposita cautione iudicio sistendi causa ad annum, vel ad diem; qua finietur honor, promisso vadimonio in finem honoris, in diem finiti honoris. *Si quis,* inquit, *in honore.* Ergo aliud est reum postulari, aliud accusari. Reus postulatur inscriptione libelli. Et ideo in Basil. loco horum verborum, *reus postulatur,* legitur γραφὴν ὑφίσταται. Et vt Asconius Pedianus scribit in secunda contra Verrem, reo apud prætorem interrogato reus fit, id est, defertur, si apud prætorem interrogetur legibus, quod fit lite contestata, & accusatore dicente, *aio te L. Titium occidisse dolo malo,* vel, *aio te, cum illa stupri consuetudinem habuisse,* quo negante, inquit, petebatur dies inquirendi criminis à magistratu, & instituebatur accusatio. prius postulabatur reus, quam institueretur accusatio. hic fuit ordo iudiciorum publicorum vetus: qui accusat reum, etiam post damnationem postulationem habet, si & ipse alio crimine damnatus sit, reum peragere potest, *l. 5. de public. iud. l. deferre §. 1. de iure fisci.* non etiam, qui reum postulauit tantum, puta, qui subscripsit tantum in crimen, *l. 1. C. qui accus. non poss.* Item abolitione generali, & indulgentia criminum concessa à Principe, non conuenitur is, qui reus postulatus, nec dum accusatus est. Et qui eum postulauit, nec profert accusationem, incidit in Senatusconsultum Turpillianum, *l. 2. C. de gener. abol. l. Lucius, inf. ad Turpill.* qui autem accusauit reum, non incidit in Turpillianum, si non persequatur reum, siue accusationem, *l. si interueniente, eod. tit.* quia generalis abolitio pertinet ad accusatos, nec post abolitionem ius est persequendæ accusationis, vel instituendæ ab alio, in *l. hos accusare §. hoc beneficio, de accusat.* Et ita apparet aliud esse reum postulare, aliud accusare: sicut in causis ciuilibus, aliud est interrogationem in iure facere, id est, interrogare reum in iure, cum quo acturi sumus, aliud agere. Et postulatio rei, vt diximus, interrogatio rei est, quæ fit in iure, id est, apud prætorem qui legibus publicorum iudiciorum nititur. Proinde is, qui in magistratu vel potestate aliqua est publica, neque in ius vocare, neque inuitus in ius vocari potest ante annum, id est, antequam magistratu abierit: nam plerumque erant annui magistratus saluberrimo reipub. instituto, non potest agere vel conueniri ciuiliter, non accusare vel accusari. quod ita constitutum est, non tantum propter honorem, sed etiam propter periculum impressionis, & potentatus, propter periculum iudicij corrumpendi, *l. 2. de in ius voc. l. pars, de iudic. l. sed etsi per prætorem §. hac clausula, ex quibus causis maior. l. si reus, iud. solu. l. qui accusare, & l. hos accusare, de accusat. l. nec magistratibus, de iniur.* Iure nec magistratui nouum opus nuntiari potest, *l. 5. §. si quis ipsi prætori, de noui oper. nunt.* vt Varro apud Nonium Marcellum eleganter: *Prætor noster mihi eripuit pecuniam, de ea questum veniam ad annum* De ea questum veniam, id est, ad annum, ad nouum magistratum, neque enim intra annum licebat cum magistratu experiri. Et licet ita ius sit merito constitutum, tamen hoc remedio vti solemus, vt publice testemur, nos non posse cum eo agere, qui magistratu fungatur, nos non posse ei nuntiare nouum opus, vt in *d. §. si quis* proponitur remedium huiusmodi, quæ protestatio pro petitione cedit, & perpetuat actionem, perinde ac si lis contestata esset, vt *l. 2. de naut. fœn.* vel etiam ex causa criminali eum interim reum postulamus, tantisper dilata accusatione, donec magistratu abeat, vt proponitur in hoc §. *vlt.* accusari eum non posse adulterij, reum postulari tantum posse interim. Et è contrario quoque ipse alium non potest accusare adulterij, ne iure mariti quidem, *l. si maritus 2. h. t.* Reum postulare potest, & queri de violato matrimonio, & litem contestari. Denique potest procedere tantum vsque ad litis contestationem interim, vt *l. hi tamen, de accus. l. Senatusc. de offic. præs.* Illud hodie singulare est in crimine repetundarum, eoque adegit imperatores iudicum rapacitas & auaritia; turpitudo in crimine repetundarum, puta, si dicatur magistratus pecuniam accepisse ob iudicandum, ob condemnandum, vel absoluendum, si dicatur pecunia corruptus dixisse sententiam, vt etiam magistratu nondum finito possit eo crimine accusari, *l. 4. ad l. Iul. rep. C. & Nou. 8. & 86.* Hoc tantum est receptum in crimine illo repetundarum, in crimine illo turpitudinis: nam turpitudo proprie significat αἰσχροκέρδειαν, sordes, auaritiam, vt in *l. Cassius, de Senat.* dum dicitur quidam Senatu motus ob turpitudinem, *pour auoir prins de l'argent.* Tull. 1. ad Attic. *si quæris causam absolutionis, egestas iudicium fuit & turpitudo.* Quamobrem prudentissime Scipio dicebat, non esse creandos magistratus vel eos, qui nihil haberent, vel eos, quibus nunquam satis esset quicquam, id est, neque egenos, neque illiberales. Odio igitur maximo fuit crimen repetundarum, cum cætera non liceat intendere durante magistratu, & hoc liceat. Nec adulterij crimen quidem, quod est contra ius gentium, licet intendere durante magistratu, instituta scilicet accusatione, sed tantum inscripto nomine rei, & interrogato, dum abeat honore ministeriove publico.

Ad l. vlt. ad l. Iul. pecul.

Publica iudicia peculatus, & de residuis, & repetundarum similiter aduersus heredem exercentur, nec immerito, cum in his quæstio principalis ablatæ pecuniæ moueatur.

CONstituemus etiam aliam differentiam inter crimen adulterij, & crimen repetundarum. Crimen adulterij soluitur morte rei, sicut omnia crimina, quibus persequimur nostrum dolorem tantum & vindictam, siue publicam, siue priuatam tantum, non pecuniam, non rem familiarem. Hæc crimina non transeunt in heredes nostros, *l. in S.C. §. si propter, ad Turpill. l. vlt. ad l. Iul. maiest.* excepto semper scilicet illo crimine perduellionis, quod impietatis crimen dicitur. Alia igitur est conditio eorum criminum, quæ pecuniæ persecutionem habent; veluti repetundarum, si magistratus sordes arguantur & turpitudo; vel peculatus, si dicatur pecuniam publicam cepisse, nec retulisse in publicum, si pecuniam publicam intercepisse, auertisse, abstulisse; vel crimen residuorum, puta si quæstor ex administratione pecuniæ publicæ dicatur aliquid retinuisse, nec parem rationem fecisse. Publica horum criminum actio durat etiam aduersus heredes mortuo reo, & exercetur similiter aduersus heredes, vt ait Papin in hac *l. vlt.* id est, similiter atque in ipsum reum exerceretur, si viueret. Quid hoc est? Hæc publica iudicia repetundarum, residuorum, peculatus, similiter in heredem exerceri, atque in defunctum? nempe etiam pœnæ persecutionem in heredem competere in *l. ex iudiciorum, de accus.* cum principalis quæstio, vt ait, quod notandum, sit de ablata pecunia. Principalem quæstionem sequitur pœna, alioquin inane esset iudicium. *Quid enim saluis infamia nummis*, inquit Iuuenal. nihil est reum repetundarum damnari exilio, nisi cogatur etiam pecuniam ablatam restituere, ac porro pœnam inferre, id est, pati bonorum publicationem in partem saltem, *d. l. iudiciorum.* Principalis quæstio transit in heredem proculdubio, quod sit æquum heredem restituere pecuniam, quam defunctus eripuit iniuria, vel interuertit. Si principalis quæstio transit in heredem, ergo & pœna: nec liberabitur heres, si simpliciter inferat siue restituat, simplo subducto, superexigetur pœna ab herede defuncti. Morte autem adulterii, vel adulteræ exstinguitur pœna, quia principalis quæstio exstinguitur, quæ fuit de iniuria lecti. Superest tantum quæstio ciuilis de dote etiam mortua adultera ante accusationem, vt in *l. vlt. C. ad l. Iul. de adult.* Quæ tamen quæstio, quod maxime notandum, iam non disceptabitur apud iudicem publicarum quæstionum, sed apud eum, qui de pecuniariis causis cognoscit ciuiliter. Ita accipienda est *l. defuncto, de pub. iud.* Nam ob adulterium olim pars dotis cedebat lucro mariti: hodie cedit dos tota ex *Nou. Leonis 32.* Morte autem rei repetundarum, vel residuorum, vel peculatus, pœna non exstinguitur, vt dixi, quia principalis quæstio manet, & durat in heredem: ergo & sequela, quod fuit olim ius vetus, sed aliquandiu fuit intermissum, vt Plin scribit in epist. *de crim. repet.* illato post mortem rei. Et licet sumere exemplum ex Val. Max. *lib. 9. c. 12.* de Caio Licinio reo repetundarum, qui sudario, quod forte manu tenebat, incluso spiritu, pœnam morte præcurrit, dicens, se non damnatum perire, nec bona sua publicari posse, quod scilicet tum esset intermissum ius vetus, vt crimen repetundarum transiret in heredem, quia pœna exstingueretur morte; sed, vt idem Plinius ait, post longam intercapedinem est reductum, vt pœna repetundarum sequatur heredem rei, vt principalis quæstio.

Ad l. 7. de vacat. & excus. mun.

A muneribus, quæ non patrimoniis inducuntur, veterani post optimi nostri Seueri Augusti litteras, perpetuo excusantur.

EX rescripto Seueri, quem solet optimum Imperatorem appellare, ostendit, inter cætera priuilegia, quæ dantur veteranis, id est, dimissis militia & sacramento solutis honesta missione, non etiam ignominiosa, propter

A honorem & merita militiæ, hoc etiam dari, vt veterani excusentur à munerib. personalibus patriæ suæ, à munerib. corporalibus, non etiam à patrimonialibus, id est, ab his, quæ patrimoniis & possessionibus indicuntur, *l. veterani, C. quando prouoc. non est neces.* Et hoc ait *d. l. 7.* Ergo Papin. in hoc *lib. 36.* tractauit de pœnis, de causis criminalibus. Puto eum incidisse in hunc sermonem, vt exponeret etiam veteranos perpetuo excusari à munerib. personalibus, cum ostenderet etiam in pœnis veteranos separari à plebeiis, id est, mitius puniri, quam plebeios, non damnari in opus publicum, vel in metallum, non exuri viuos, non fustib cædi, sed plerunque relegari in insulam. Quod & datum est filiis veteranorum, *l. 3. de priuil. veter.* & in *l. honor, C. de pœn.* Et similiter puto in hoc lib. Papin. tractantem de pœnis, scripsisse, quod habuimus in *l. 13. de adopt.* vt intelligeremus, filios senatorum adoptiuos,
B post emancipationem non habere priuilegium in pœnis, quod constat habere Senatores & Decuriones, & veteranos, & filios eorum. Et eodem respicientem, puto etiam hoc lib. Papin. scripsisse quod est in *l. doli clausula, de verbor. obl.* cum scil. scripsisset, sanctionem legum, quæ solet præscribi in vltima parte legum, id est, generalem pœnæ irrogationem, si quis præceptis legum non obtemperauerit, non pertinere ad eas species, quibus in ipsa lege pœna specialiter indicta est, vt in *l. sanctio, de pœn.* quia species derogat generi. Id scilicet Papin. confirmasse exemplo clausulæ doli, quæ in stipulationibus etiam subiicitur nouissimo loco in *d. l. doli.* Nec pertinet ad speciales cautiones stipulatione comprehensas, quod & hic species derogat generi. Atque ita explicatus est liber. 36.

C 

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XXXVII. Quæstionum Aemilij Papiniani.

D Ad l. 19. de dolo.

Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi aduersus eum oportere Neratius Priscus, & Iulianus responderunt, quoniam debitore liberato, per consequentias ipse quoque dimittitur.

EX *lib. 37. & vlt. quæst. Pap.* initium dabit quæstio difficillima, quæ tractabitur coniuncta *l. 19 de dolo*, cum *l. 54. ad leg. Aquil.* Quæstio pertinet ad hanc speciem. Certus homo, vel certum animal debetur ex stipulatu, & occiditur. quæritur, *an promissor liberetur, & an promissori in occisorem sit actio legis Aquiliæ, & an stipulatori in occisorem sit actio de dolo?* Nec enim stipulatori potest esse vllo casu actio l. Aquil. cum
E non sit dominus hominis occisi, & actio l. Aquil. competat soli domino. Sunt quinque actiones, quæ competunt solis dominis, actio l. Aquiliæ, condictio furtiua, arborum furtim cæsarum, finium regundorum, & actio aquæ pluuiæ arcendæ. In his autem quæstionibus ita distinguendum est: aut promissor hominem promissum occidit, aut fideiussor eius, aut extraneus, aut stipulator: & vel occidit ante moram promissoris, vel post moram. Si promissor occidit post moram, postquam moratus est in præstanda stipulatione, vel fideiussor eius, vel extraneus, vel stipulator, certum est hominem periisse promissori, & eum stipulatori teneri ex stipulatu, quia homo interiit post moram rei: fideiussorem autem qui occidit, vel extraneum promissori

promissori tanquam domino teneri legis Aquil. Tenebitur, inquam, fideiussor vel extraneus, qui occidit etiam post moram rei, promissori actione l. Aquiliæ, de homine occiso; in quo iudicio tanti homo æstimatur, quanti plurimi fuerit in anno proximo, qui retro computabitur ex eo die, quo occisus homo est. Annus l. Aquiliæ, ad quem refertur æstimatio, retrorsum computatur nō prorsum: nam vt ait Accurs. *l. 55. ad l. Aquil. in fi.* in verbo *fuisse*, habet lex Aquil. oculos retro. sic & *inf. de seruo corr. l. doli §. vlt.* Aquilius oculos habuit in occipitio, id est, præteritam æstimationem hominis occisi spectauit, non præsentem. Item si promissor ipse hominem promissum occiderit ante moram, tenetur ex stipulatu, quia per eum factum est, quo minus eum dare B possit. Itaque periculum, quod suum non fuit ante moram, suum fecit occidendo ipsum, *l. si ex legati causa, l. si seruum, de verbor. obligat.* Aliud in fideiussore iuris est, qui cum hominem occidit, ante moram rei, quia fideiussor stipulatori tenetur de dolo hac actione, *l. 19. de dolo.* Non ergo tenetur ex stipulatu, quia homine occiso ante moram rei, sine facto aut culpa rei, reo liberatio contigit. Ideoque nec in fideiussorem ei competit actio l. Aquiliæ, cum eum liberauit, sicut nec in extraneum, qui occiderit, qui & ipse tantum tenetur stipulatori actione de dolo, *l. prox. sup. §. vlt. h. t.* qui ita est coniungendus cum hac *l. 19.* Cum igitur fideiussor occidit hominem promissum, reo contingit liberatio, sicut si extraneus occidisset. Reo autem liberato, per consequentias, vt ait *l. 19.* per sequelas necessarias, & fideiussor ipse liberatur. *Per consequentias*, solent dicere auctores nostri, & alij omnes, *l. sin autem §. sed & is, de rei vind. l. 7. § dubitatum, de interd. & rel. l. 1. de auct. tut. l. 1. §. idem ait, de iniur. l. 14. de legib.* Et in hac l. 19. per consequentias, non *per consequentiam.* Quam Græci, vt ex Chrysippo refert Gellius, dixerunt κατὰ παρακολούθησιν Igitur cum liberato reo (liberatur autem si fideiussor hominem promissum occiderit) etiam fideiussor liberetur, id est, cum sublata principali obligatione, & per consequentias tollatur fideiussoria: Ergo non tenetur fideiussor ex stipulatu, quamuis ipse hominem occiderit, & est quod ait hac l. 19. Sed pugnat *l. Stichum §. 1. de solut.* quæ ait, in hac specie fideiussorem teneri ex stipulatu, non de dolo. Sane non tenetur directa actione ex stipulatu, cum liberatus sit per consequentias, sed tenetur vtili, vt ait *l. mora, in fi. de vsur.* Vtili, id est, restitutoria, quæ vtique restituetur arbitrio iudicis in actione de dolo, vt exposui in *d. l. Stichum §. 1. lib. 28. quæst. & l. cum quis § pen. de solut.* Vel etiam sublato illo circuitu, boni prætoris erit, statim restituere actionem ex stipulatu in fideiussorem, *l. pen. de restit. in integr.*

Ad l. 54. ad l. Aquiliam.

Legis Aquiliæ debitori competit actio, cum reus stipulandi ante moram, promissum animal vulnerauit. Idem est, & si occiderit animal. Quod si post moram promissoris, qui stipulatus fuerat, occidit, debitor quidem liberatur. Lege autem Aquilia hoc casu non recte experitur: nam creditor ipse sibi potius, quam alij iniuriam fecisse videtur.

NVnc de stipulatore tractemus, qui hominem sibi promissū occidit Et Papinianus hoc ipso libro in *l. 54. ad leg. Aquil.* ad quam transeamus modo, ita distinguit: aut stipulator eum occidit ante moram, aut post moram promissoris. Si post moram promissoris, promissor quidem liberatur, sed non habet actionem l. Aquil. in stipulatorem, qui seruum necauit, quia vt eleganter ait Papin. *stipulator ipse sibi potius, quam promissori iniuriam fecisse*, id est, damnum dedisse, *videtur*, quandoquidem periculum quod erat debitoris post moram, A in se transtulit occidendo seruum promissum. Et hoc quidem est manifestum, si stipulator cum occiderit post moram rei: impune igitur occiderit, & debitori tantùm competit liberatio, non actio leg. Aquiliæ. Quid si ante moram stipulator occiderit? Et vt idem Papin. ostendit in *d. l. 54. in priori parte*, cuius ratio obscurior est, quamuis homine occiso ante moram ab ipso stipulatore, ab ipso creditore debitor liberatus sit, quod ante moram periculum eius non fuerit, tamen, quia ei debitori stipulator iniuriam fecit potius, quam sibi in hoc casu, ideo tenebitur debitori actione legis Aquiliæ. Et hæc est sententia l. 54. cuius ratio plerisque nulla esse videtur in hac priori parte, in hoc casu, cum occidit stipulator ante moram rei, quia lex Aquilia exigit iniuriam cum damno, & damnum cum iniuria, non damnum tantum, non iniuriam tantum, *l. si quis fumo §. 1. hoc tit.* Nihil autem damni videtur fecisse debitor, cum sit liberatus. In posteriori parte huius l. puta, cum stipulator seruum occidit post moram, liberato debitori non datur actio legis Aquiliæ. non datur etiam liberato stipulatore debitori actio legis Aquiliæ in specie *l. 18. §. vlt. de dolo.*

Cur in priori parte tamen huius leg. 54. liberato debitori datur actio l. Aquiliæ in stipulatorem, qui hominem promissum necauit? Respondeo, posse debitoris interesse ex causa damni, puta quod careat commodo medij temporis vel acquisitionibus, quas interim fecisset seruus; cuius commodi ratio habebitur in actione C legis Aquil. vt Græci nominatim notant in hac *l 54.* ἐπὶ περισπασμοῖς τοῦ μέσου χρόνου. In acquisitione & commodo medij temporis debitori dabitur in stipulatorem actio legis Aquil. Quæ ratio manifestissima est, causaue ea damni. sed licet etiā aliam causam damni fingere ex specie *l. seq. 55.* quæ efficiat, vt etiam liberato debitori detur actio legis Aquiliæ in stipulatorem. Et licet in specie *l. seq.* vt ait ipsa lex, nihil differat stipulator ab extraneo, tamen in specie huius legis 54. sane differt stipulator ab extraneo, quod l. sequēs demonstrat, dum ait in suo casu nihil differre creditorem ab extraneo, tacite significans in casu, qui præcedit, differre stipulatorem ab extraneo, quod comprobat *d. l. 18. §. vlt.* Et differentia hęc est, quia si stipulator ante moram hominem pro- D missum occidit, debitori tenetur actione legis Aquiliæ, debitori competit actio legis Aquiliæ, quia solius debitoris interest, vel ratione commodi medij temporis, vel ratione commodi eius, de quo tractatur in specie *l. seq.* Sed si extraneus ante moram rei hominem promissum occiderit, licet vtriusque videatur interesse, debitoris & creditoris, tamen vtrique non datur in occisorem extraneum, sed in eum tantum, cuius principaliter interest: & huius principaliter interest, cuius maxime interest, *l. 3. § sed vtrum, de minor. l. seruo legato § si testator, de leg. 1. l. 19. C. de liber. causa.* Et stipulatoris magis interest, quam promissoris, cum promissor sit liberatus omnino. Et ideo debitori, cuius principaliter non interest, non occisum fuisse seruum, non datur actio legis Aquiliæ, quæ daretur, si qua esset dāda de occiso ser- E uo: sed stipulatori deficiente actione legis Aquiliæ, cum non sit dominus serui occisi, datur in occisorem extraneum actio de dolo, *d. l. 18. §. vlt.* sicut in fideiussorem, si fideiussor occidisset ante moram *d. l. 19* Denique stipulatore occidēte solius debitoris interest, extraneo vel fideiussore occidente, stipulatoris potius interest, quam promissoris, quæ cōsideratio valde notanda est, & iā erit absoluta, si exponatur species *leg. sequent* quæ talis est. Quidam promisit disiunctim *Stichum aut Pamphilū.* Pāphilus est 20. Stichus 10. electio est debitoris, quē velit dare. stipulator ante morā occidit Stichum, tenetur debitori actione *l. Aquil.* in id quod interest. nec aliud est

in extraneo, qui occidit Stichum: nam etsi extraneus A occiderit, similiter tenetur debitori actione legis Aquiliæ in id, quod interest, quia hoc casu debitoris principaliter interest, qui occiso Sticho, necesse habet dare stipulatori eum, qui superest, puta Pamphilum, qui longe pretiosior est. Ergo vel stipulator vel extraneus, si occiderit Stichum, tenetur lege Aquilia debitori in integram æstimationem Pamphili, quem occiso Sticho necesse habet dare debitor, non deducto pretio Stichi. Dices: imo occiso Sticho adhuc est in potestate debitoris offerre pretium occisi & liberari, quia sine culpa eius interiit *l. cum res* §. *sed si Stichus, de leg. 1*. Dicam hoc fortasse iudicem admissurum. Et ita loquitur *d.* §. *sed si Stichus*. vel fortassis, inquit, mortui pretium. Cæterum, dicam Pamphilum solum absolute peti posse, & ommnimodo præstari debere, si forte debitor non obtulit pretium B occisi, vel iudex non audierit offerentem. Quo casu tantum videtur debitoris interesse, quanti is est Pamphilus, quem præstare cogitur, & tanti fiet æstimatio & condemnatio, tanti lis æstimabitur, tametsi debitor interim omnino liberetur etiam à præstatione Pamphili, puta Pamphilo postea mortuo suo fato ante moram; quia scilicet verum est in eo anno, qui retro computatur ex lege Aquilia, Stichum tanti fuisse, propterea, quod Sticho dato, debitor seruasset sibi Pamphilum, qui longe pretiosior est. Idemque dicendum est, vt similiter docet Paulus in *l. seq.* non tantum, si Stichus occidatur à stipulatore, deinde moriatur Pamphilus sine mora sua morte, sed etiam è contrario, si prior moriatur Pamphilus sine mora intra annum legis Aquiliæ, deinde C occidatur Stichus à stipulatore, quia scilicet verum est, eo anno Stichum pluris fuisse, propterea quod datio Stichi liberasset à pretiosiore seruo, id est, Pamphilo. Et in hoc iudicio præterita æstimatio hominis occisi versatur, nec minuitur ex post facto. Et hæc etiam species potuit commodissime poni ex *d. l. 55.* ad priorem partem *l. 54.* quia post mortem Pamphili suo fato defuncti, Stichus solus, cum occideretur, erat in obligatione. Et licet tunc debitoris nihil interfuerit, quia tamen interfuit retro, intra annum, cum adhuc erat in rebus humanis Pamphilus, hoc satis est, vt ei debitori etiam liberato, qui occidit Stichum, detur actio legis Aquiliæ in stipulatorem, nec abs re hæc lex subiecta est legi 54. Ex qua D ita sumes causam damni præteriti retroacto anno, quæ efficiat, vt & liberato debitori competat in stipulatorem l. Aquiliæ actio. Quid autem sit dicendum, si Stichus sit occisus facto promissoris vel extranei, cum erat promissus Stichus aut Pamphilus, id ego tractaui, lib. *18. ad l. Stichum* §. *1. de solut.*

Ad l. 41. sol. matr.

Si pater ignorans filium diuertisse, dotem ex causa promissionis numerauit, non per indebiti condictionem, sed de dote actione pecunia petetur.

Hvius l. ratio, aut vis & potestas vera an adhuc sit explicata liquido, dubito. Loquitur primum lex de filiafamilias, non de emancipata: nam dicit, patri soluto matrimonio dari actionem de dote, quæ si filia esset mancipata, daretur soli filiæ non patri, *l. si cum dotem* §. *eo autem tēpore, h. tit.* Pater igitur pro filia, quam habuit in potestate, dotem genero promisit, atque numerauit genero. post diuortium, cum ignoraret interuenisse diuortium inter filiam & generum, Papinianus ait, eum non repetiturum dotem profectitiam condictione indebiti, sed actione de dote. Cur non condictione indebiti? quia scilicet soluit debitam ex stipulatione, cuique inerat tacita conditio nuptiarum, si nuptiæ sequantur, *l. 4.* §. *1. de pact. l. stipulatio, de iure dot.* Et semel fuit impleta contractis nuptijs. Et semel exstitisse conditionem satis est, etiamsi non durauerit, veluti, si nuptiæ solutæ sint diuortio. videbatur tamen locus esse condictioni indebiti, sed Papinianus non negauit esse condictionem indebiti, quin videretur esse. Cur igitur videbatur esse condictio indebiti? quia finita iam causa promittendæ dotis, id est, solutis nuptiis, pater dotem soluit. & soluit tutus exceptione doli, quæ solet parere condictionem indebiti, *l. qui se debere, de cond. causa data. l. pen. de eond. ob turp. caus.* quandoquidem, si post diuortium ageret gener ex stipulatu, non soluta dote, repelleretur exceptione doli mali, quia in causa res est, vt iam non dos ei dari, sed ab eo restitui debeat, si quam acceperit. Videtur ergo soluta eo tempore, quo indebita erat dos. Cur ergo non repetitur condictione indebiti? Papinianus scribit, patrem habiturum actionem de dote, scilicet solam, patrem repetiturum dotem, quam soluit post diuortium, diuortij ignarus, actione de dote. rectissime & sapientissime. Alioquin & dote soluta ante diuortium, dici posset, iisdem rationibus dotem posse repeti condictione indebiti, quod causa dotis finita sit. Verum sic se res omnis habet. Quod ita solui, vt nulla obligatione me liberauerim, qui scilicet nec obligatus eram: condictione indebiti repetam, quo soluto me obligatione liberaui, vel mihi prospexi in causam obligationis finita causa obligationis. Id repeto quidem vt indebitum, quod post finitam causam non debeatur, sed id non repeto condictione indebiti, verum id repeto actione ex ipso principali contractu, vt in *l. sed addes* §. *si quis, loc.* Finge: ego domum conduxi in annum, & totius anni pensionem prorogaui, id est, dedi in antecessum, vt loquitur Seneca, *ie l'ay auancée & donne deuant la main.* post sex menses domus corruit, nec possum frui conducta habitatione, repetam pensionem residuorum sex mensium, quam dederam in antecessum. qua actione? nam repetam sane, an vt indebitum condictione indebiti, quod residui temporis, quo mihi non licet frui ædibus, pensio non debeatur? minime. verum actione ex conducto, ex principali contractu. Et ita etiam de actione ex conducto, non de condictione indebiti, est accipienda *l. si quis domum* §. *Imperator, eod. tit.* Quam Accursius male videtur hoc loco accipere de cōdictione indebiti, cum vt in specie huius l. ita & in specie illius, negandum sit, prorogatam mercedem repeti condictione indebiti, sed actione ex conducto. Igitur & in specie huius legis, ignorantia diuortij non parit condictionem indebiti. error prioris causæ negotij constituendæ dotis possit parere condictionem indebiti forte, vt si putauit pater se promisisse, qui non promisit, qui error non fuit in hac specie: Patrem enim promisisse verū erat, sed etsi nō promisisset, quod notādū & falsa opinione ductus, cū putaret se promisisse, dotem soluisset pro filia, quia soluit pietatis gratia, non haberet condictionem indebiti, *l. cum is* §. *pen. de condic. indeb.* Pietas paterni nominis exigit dotem filiæ constitui Igitur merito scripsit Papinianus hic patri non esse condictionem indebiti, licet ignarus diuortij dotem soluit, sed esse de dote actionem, quia dotem initio filiæ nomine constituit, quam nec constitutā semel ei auferre aut minuere potest, *Nouel. 77.* Et dos est, quamuis E numerata sit post diuortium, quæ fuit promissa ante diuortium. Ideoque licet iam non debeatur genero, debetur tamen filiæ, & vt dos petitur adiuncta persona filiæ, non vt indebitum, quæ est mens huius legis. Recte autem hoc loco Græci ponunt generum auctorem fuisse diuortij: nam ignorante patre filiafamil, non potuisset diuertere, *Nouel. 22. de nuptijs.*

Ad l. si tacitum 13. ad l. Falcid.

Si tacitum fideicōmissum seruus iniungente domino susce-

perit, habiturum eum legis Falcidiæ beneficium, quia parere domino debuit, constitutum est. Idem placuit in filio, qui fuit in patris potestate.

SVnt quædam personæ incapaces legibus, id est, quibuscum non est testamenti factio, quæ legata aut fideicommissa aut hereditates capere non possunt. his legibus, quæ appellantur caducariæ illudunt & fraudem faciunt sæpe testatores per tacita & secreta fideicommissa, cui fraudi, qui participant heredes, puniuntur iisdem legibus: nam fideicommissa tacita, quæ heredes susceperunt, quibusque se secreto onerant, fisco vindicantur in solidum, vt etiamsi interueniat lex Falcidia, non possit heres ex eis tacitis fideicommissis retinere Falcidiam, quæ est ex Senatusc. Planciano. *l. pen. de iure fis. l. beneficio, hoc tit. l. 3. C. eod.* Ergo integra fideicommissa tacita fiscus eripit, nec ex eis retinendæ Falcid. ius est, licet as exhaustus sit legatis vel fideicommissis. Verum excusātur heredes quidam, nec amittunt Falcidiam tacitorum fideicommissorum: excusantur, puta necessitate potestatis patriæ, vel dominicæ, puta iniungente & imperante patre, vel domino, qui heredis scripti tacitum fideicommissum in se receperunt, eique dandi personæ incapaci, domestica cautione se obligarunt: ergo hi necessitatem habuerunt parendi ei in cuius erant potestate, quæ est sententia huius *l. 13. & in l. fraudem §. vlt. de his quæ vt ind.* Et congruit hoc regulæ iuris: nam delinquit quidem filius aut seruus, qui tacitam fidem interponit præstandi fideicommissi personæ incapaci, quia est particeps fraudis, quæ fit legibus, sed delictum non est atrox, non est graue, & ad ea delicta, quæ non sunt atrocia, ignoscitur seruo vel filiofam. Hæc est regula iuris, si patri vel domino obtemperauerint. Quod obtinet non tantum in hac specie, sed & in aliis plerisque, *l. 11. §. si tutor, quod vi aut clam. l. si mulier §. 1. rerum amot. l. 1. de his, qui not. infam. l. Diuus, & l. filius, in prin. ad l. Corn. de fals. & l. 2. §. 1. de nox. act. l. liber 2. in princ. ad l. Aquil.* Alia sunt delicta leuiora, alia atrociora. In leuioribus necessitas imperij, & potestatis excusat delinquentem, *l. 2. §. 1. de nox. act.* ibi, *quasi ignouerit*, quia forte periisset, si non paruisset patri vel domino qui ius imperandi habet. In atrociorib. delictis, veluti in homicidio, in furto, in proditione patriæ perpeti, mori denique satius fuit quam huiusmodi imperio obtemperare, quia in atrocioribus delictis habetur quilibet pro libero, nec parere cogitur, si compellatur ad facinus, flagitium, obscœnitatem aliquam, *l. seruus non in omnibus, de obl. & act.* Et non est igitur legitima illa excusatio apud Corn. Tacit. lib. 3. *adolescentem*, inquit, *crimine ciuilis belli purgauit, patris quippe iussa eum non potuisse detrectare.* Hic prætextus, vt dixi nihil valet in crimine ciuilis belli, quod ex atrocioribus est, in quibus quilibet debet se gerere pro homine sui iuris, suæque potestatis. Et hæc pertinebant ad hanc *l. 13.* Iam pœne terram videmus. ex hoc *lib. 37. & vlt.* restant tantum tres leges, ex quibus est *l. 19. de duob. reis*, quam si meministis, *lib. 27.* iam exposuimus ad *l. 9. eiusd. t.*

Ad l. 120. de verb. oblig.

Si ita stipulatus fuero, hanc summam centum aureorum dari spondes? & si maxime ita exaudiatur ille sermo, si modo centum aureorum est, non faciet conditionem hæc adiectio, quoniam si centum non sint, stipulatio nulla, est nec placuit instar habere conditionis sermonem qui non ad futurum sed præsens tempus refertur, & si contrahentes rei veritatem ignorant.

REstant igitur ex libris quæst. Papiniani duæ leges tantum, *l. 120. de verb. oblig. & l. 50. de fideiussor.* & ad *l. 120.* notandum est, aliud esse stipulari summam centum aureorum, aliud stipulari hanc summam centum aureorum. Qui stipulatur summam centum aureorum, genus stipulatur, seu quantitatem in genere. Qui hanc summam centum aureorum, speciem stipulatur: His enim verbis demonstrat certam summam, quæ est in conspectu, vt qui in rem agit ex formula, *hanc ego rem meam esse aio*, in rem præsentem agit. Ideoque solet de re exhibenda agi priusquam agatur in rem. Igitur his verbis stipulationis, *hanc summam centum aureorum*, aut hæc verba stipulationis, *hanc summam si est centum aureorum*, sic accipi possunt, hanc summam, quæ est centum aureorum, vel hanc summam, si modo est centum aureorum. Et licet sic accipiantur hæc verba, tamen conditionem non faciunt. Nam conditio suspendit obligationem. hic sermo non suspendit obligationem, sed vel statim valet stipulatio, si tacita sit summa in conspectu, vel non valet, si tacita non sit. Conditio confertur in futurum tempus: hic sermo confertur in præsens tempus, conditio non confertur in præsens aut in præteritum tempus, quod non ineleganter Marcianus Capella vocat *extans & raptum*. præsens scilic. *extans*. præteritum, *raptum*. futurum autem vocat *instans*, cum tamen alij præsens vocent *instans*, si præsens, quod immineat præterito, ille futurum, quod immineat præsenti. Conditio igitur, vt dixi, non confertur in præsens, vel in præteritum, sed in futurum, & hic sermo, hanc summam centum, confertur in præsens tempus: igitur non facit conditionem, vel vt Papin. ait, non habet instar conditionis, id est, potestatem. *instar* non significat figuram, sed vim & potestatem, τὴν δύναμιν. Et ita etiam idem loquitur *l. sufficit, de cond. indeb.* Hic igitur sermo, *hanc summam, si est centum*, vel ille, *hanc summam centum* ita acceptus, figuram quidem habet conditionis, sed non instar, id est, potestatem, quia non differt obligationem. Conditio est dies incertus, qui potest existere, vel non: huius stipulationis dies est præsens, licet contrahentes veritatem rei ignorent, id est, nesciant, quanta sit summa. Nam licet hoc ignorent, tamen statim ex ea stipulatione, vel nascitur obligatio, & actio, vel non nascitur: Nam quid sit in re spectatur potius, quam quid sit in animo cōtrahentium. Igitur si ea summa est centū, licet hoc nesciant contrahentes, statim nascitur obligatio, vel si non sit centum, nulla est obligatio, etiamsi contrahentes eam voluerint postea esse centum, & satis est potuisse scire, licet nescierint, aut scisse alios, licet ipsi nescierint: id est, satis est cognitionem huius rei non superare captum hominum. Conditio sane differt obligationem atque suspendit, & conditio est, cuius euentus superat captum hominum & ex hac differentia, vt Græci loquuntur αἱρετικῶν καὶ αἱρετικοφανῶν, id est, conditionalium stipulationum, aut quæ figuram habent conditionalium, ex hac, inquam, differentia, in iure nostro sequuntur innumera, vt patet ex *l. conditio h. t. §. conditiones, Inst. eod. tit. l. institutio §. vlt. de condit. institut. l. cum in præsens, & seq. duab. de reb. cred. l. 3. §. si patronus, de bon. lib. l. cum in secundo, de ini. rup.* vbi memini, me id etiam ex philosophis confirmare. Porro quod diximus ex hac l. nullam esse hanc stipulationem, hanc summam centum, si tanta non sit summa ea, quę præsens est, quæque demonstretur veluti digito, illis verbis, *hanc summam*, ei obstat *l. si seruus legatus §. qui quinque, de leg. 1.* in quo ait, valere stipulationem, si quis stipulatus sit *centum, quæ sunt in arca*, licet non sint centum, sed quinquaginta tantum, & 50. quæ sunt in arca dumtaxat deberi. Et in hac lege tamen dicitur, nullam esse stipulationem si centum non sint præsentia, cum stipulatio hoc modo concepta est hanc summam centum aureorum, vel hanc vltimam, quæ est centum aureorum, nihil refert, vt Accurs. notat recte: nam est vox, quæ exprimit similem conditionem. Respondeo, hoc modo ex formula stipulationis satis declarari differentiam,

quæ est inter hanc & illam legem. cum dico, hanc summam centum aureorum, vel quæ est centum, numerum demonstro, qui si non sit, nihil ago, vt est in hac lege. cũ autem dico, *centum quæ sunt in arca*, locum demonstro, quem satis est esse & non esse inanem, vt valeat stipulatio, nec etiam exigitur, vt congruat numerus. Et ita est respondendum.

Ad l. 50. de fideiuss.

Debitori creditor pro parte heres extitit, accepto coherede fideiussore. quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit, aut (quod est verius) solutionis potestate, sed pro parte coheredis obligatio salua est, non fideiussoria, sed hereditaria, quoniam maior tollit minorem.

CErtum est, quod si creditor debitori heres extiterit, confunditur obligatio aditione hereditatis, quia in eandem personam concurrit ius crediti & debiti. Quid est confusio? crediti & debiti in eandem personam concursus. ex quo concursu sequitur interitus vtriusque: quia idem homo non potest esse creditor & debitor, actor & reus. Confunditur igitur obligatio, si creditor adeat hereditatem debitoris, vel quod Papinian. hoc loco ait esse verius, obligatio tollitur solutionis potestate, quia ipse sibi creditor adeundo hereditatem debitoris pecuniam soluere creditur, *l. Granius, h. t. l. si id quod. de lib. leg. l. si ei §. vlt. de euict.* Aut sane videtur secum pensasse creditor, *l. quæ dotis, sol. matr.* id est creditum pensasse cum hereditate, & bonis debitoris, & pensatio cedit loco solutionis, *l. 4. qui pot. in pign. l. 15.* A *rem ratam hab.* His cognitis, finge, quæ est species huius legis, debitor creditorem heredem instituit & fideiussorem, quem dederat creditori, ex æquis partibus. vterque adiuit. an in totum sublata est obligatio? minime. pro parte creditoris sublata est obligatio cõfusione, id est concursu debiti & crediti, vel potius solutione, vt dixi, pro parte fideiussoris non est sublata obligatio principalis, quæ nunc est hereditaria: fideiussoria sublata est, quia maior obligatio tollit minorem, & maior vtique est principalis & plenior, *l. si duo, de solut. l. debitor, de separat, l. cum reus, h. t. l. fideiussoris, C. eod. tit.* Vbi igitur in eandem personam concurrit principalis & fideiussoria obligatio, principalis extinguit fideiussoriam, maior minorem, quia non potest idem homo esse & debitor principalis & fideiussor, quod tamen hodie B iure extraordinario non procedit, vt ostendi in *l. Stichum §. aditio, de solut.* Namque hodie, quia agitur extra ordinem, si fideiussor debitori heres extiterit, nihil refert qua actione conueniatur, vt principalis, an vt fideiussor. Nam in iudiciis extraordinariis, hæ subtilitates negliguntur. Quod autem diximus, confusionem pro solutione esse, recte notat Accursius, non esse perpetuum, & ego ostendi latius in *d. l. quæ dotis.* Confusio non tollit obligationem pignoris, solutio tollit. confusione non liberatur correus, si duo sint rei debendi, & creditor vni heres extiterit. solutione naturali vterque C liberatur, confusione non liberatur reus principalis, si creditor fideiussori heres extiterit, vel contra. solutione, id est, si fideiussor soluerit, & debitor principalis liberatur. Igitur non per omnia confusio pro solutione est. Laus Deo, qui nos ad finem perduxit huius laboris.

Finis Quæstionum Papiniani.



INDEX LEGVM ET PARAGRAPHORVM

IN RESPONSIS, DEFINITIONIBVS, ET LIBRIS DE ADVLTERIIS, ÆMILII PAPINIANI EXPLICATORVM.

Liber Primus Responsor. Papin.



FINIS.

IACOBI



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIA IN LIBRVM PRIMVM RESPONSORVM Æmilij Papiniani.



NON erit alienum proponere differentiã inter Quæstiones, & Responsa Papiniani, vt in vtrisque quam rationem obseruauerit facilius intelligatur. Ac primum quidem facienda contentio Quæstionum & Responsorum. Papinianus in quæstionibus tractat, vt ait *l.6.§.si edes, ff. si seruit. vind. Tractat* hoc est, *disputat.* vt & in l.*3. C. de summa Trinit. Ne quis audeat de fide tractare.* hoc est, *disputare*, vnde tractatores posterior ætas dixit, auctore Vincentio Lyrinensi 1. Commonitorio aduersus hæreses, Doctores, qui disputationes instituunt agitantque publice. In Responsis autem Papinianus non disputat, sed præcidit de iure quid sentiat, hoc est, respondet vel rescribit abscisse, & respondet quidem. Respondet præsenti, rescribit absenti, vt in *l. ex contractu, inf. de re iudic.* Scæuola *lib. 5. responsorum*, rescripsisse dicitur. Et hanc quoque verborum differentiam seruat Seneca 9. epist. dum ait: *Si quando interueniunt epistolæ tuæ, tecum mihi esse videor, & sic afficior animo, non tanquam rescribas, sed respondeas.* Qua distinctione seruata etiam dixeris recte, ex responso promissorem obligari stipulatori, non ex rescripto, quia stipulatio contrahitur verbis, non literis, & inter præsentes, non inter absentes, *l.1. de verb. obligat.* Verum ad rem. Quæstiones, vt aliter rem explicem, sunt vberes quidam diffusique tractatus iuris; Responsa sunt tanquam oracula admodum breuia. In quæstionibus Papinianus doctoris; in Responsis Iurisconsulti munere fungitur. Responsa redduntur consultoribus. Quæstiones petentibus non redduntur, sed proponuntur auctoris arbitratu. Denique in Quæstionibus electio est iuris auctoris: in Responsis aut responsorum causis electio est eius, qui rogat & consulit iuris auctores. Quo fit vt in libris quæstionum Papinianus nonnisi difficiles & arduas quæstiones tractet, quia ei pudori fuisset eligere faciles & leues. Cæterum Responsa sunt pleraque facillima, provt res fert & causa, & factum, quod in consultationem deducitur. Nobis autem à facillimis erit ducendum principium, & à *l. 20. de offic. præs.* quæ se prima offert ex libro Resp. 1.

Ad L. Legatus 20. de offic. præsid.

Legatus Cæsaris, id est, præses, vel corrector prouinciæ, abdicando se non amittit imperium.

Respons. Papin.

A HOc loco *abdicare se*, est dicere, nolle se amplius magistratum esse: sicut abdicare se tutela libro regularum Vlp. est dicere, nolle se amplius tutorem esse, quæ abdicatio tutelæ, vt ipso iure nulla est, si tutela fuerit legitima, eodem Vlpiano auctore, ita abdicatio legitimi magistratus sane non valet: ac proinde si præses prouinciæ, cui Princeps prouinciam decreuit, abdicauerit se, non desinet esse præses, *non amittet imperium*, inquit Papinianus, hoc est, abdicando se nihil agit, videlicet si hoc faciat sine nutu Principis, qui prouinciam decreuit. iussu aut consensu populi vel Principis recte se abdicat, *l.2.§. cum placuisset, de orig. iur.* & ita in auctoribus sæpe legimus, multos se abdicasse magistratu. Contra prohibente vel nolente principe, vel populo, is qui se magistratu abdicat, id est, qui eierat magistratum, nihil agit, quia publicum munus est, quod vt inuiti suscipimus, ita & eo perfungi-

B mur. Et sic apud Liuium *lib. 6. & 37.* conantem se abdicare magistratu prohibet senatus & populus. Ait autem lex, *Legatus Cæsaris, &c.* Idem tamen est in Proconsule, & quolibet rectore prouinciæ, & in magistratu vrbano & municipali, sed non quod voluit Bart. etiam idem est in Imperatore. Exemplo sunt Diocletianus & Maximianus, qui se abdicarunt imperio, & in priuatam vitam concessere: quod & in summo Pontifice admittit Cœlestini constitutio quędam. Et nihil obstat hoc responsum Papiniani, quia de magistratu est, non de Principe; qui vt Princeps non est magistratus, quia nec iurisdictionem habet, sed cognitionem extraordinariam. vnde res cognitionis, quæ scilicet pertinent ad cognitionem Principis separantur ab iis, quę sunt iurisdictionis & iuris ordinarij, quæ sunt magistratus. Plin. in epist. & Sueton. in

C Claud. *Princeps est maior & celsior magistratus*, quod etiam de Senatore dixit Tacitus, lib.3. annal. Et male igitur idẽ interpres ex hoc responso colligit, Constantinum Imperatorem non potuisse Syluestro Pontifici cedere imperio Occidentali, quod est donare, & transferre imperium ad curam Pontificis, quia responsum est de magistratu, non de Principe, non de Imperatore. Deinde, quia de abdicatione est, nõ de cessione. & lõge aliud est abdicare se, longe aliud cedere, vt Vlp. lib. regul. ostendit, vbi proditum est: *Legitimũ tutorem legitima tutela cedere posse in iure, abdicare se non posse.* Contra, *testamentarium tutorem tutelæ se abdicare posse, cedere in iure non posse.* Cessionem autem illam Constantini Bart. ponit pro certa, quam tamen Nicol. de Cusa Cardinalis pro nulla habet lib. de concordia Cathol. Et etiamsi nostro tempore vir doctissimus (quem honoris causa nomino) Augustinus Steuchus

ex professo librum ediderit, quo conatur probare & adserere, illam donationem esse veram, tamen quod deficiatur idoneis legitimisque testibus, id nunquam omnibus probabit. Sed pergamus: quod lex ait, *legatus Cæsaris*, id omnino exigit, vt exponamus, quis sit hic legatus Cæsaris, quove iure vtatur, & quia interpretatur eadem lex, eum esse *correctorem* & *præsidem prouinciæ*, videamus quid distet Proconsul à Præside: non potest enim fieri, vt iure non distet, qui titulo distat. diuersi tituli præbent significantiam diuersi iuris. Alius est titulus, *de officio Proconsulis*, alius *de officio Præsidis*. Ac primum quidem sciendum est, præsidis nomen modo generaliter accipi, modo specialiter: generaliter pro quolibet rectore cuiusuis prouinciæ, siue sit Proconsul, siue legatus Cæsaris, siue procurator Cæsaris, qui vicem legati præstet & tueatur, siue Corrector, vt Corrector Lucaniæ, Bruttiorum, siue Consularis, vt consularis Palestinæ & Campaniæ, siue Præfectus Augustalis, qui regebat Ægypti prouinciam: denique omnes rectores prouinciarum præsidis appellationem sortiuntur, licet Senatores sint, inquit, *l. 1. hoc tit.* quod est, *præsidis nomen non esse indignum Senatore*, sicut Dio *lib. 53.* scribit: *Proprætoris nomen non esse indignum consulari viro: quamquam nomen ipsum Præsidis sit infimi hominis gradus.* Qua de causa & Præsides dicuntur iudices ordinarij, milites gregarij & manipulares. Speciali autem nomine in hoc tit. Præsides vocantur legati Cæsaris, legati Imperatoris, legati Augusti, vt hoc loco, & *l. hos accusare, de accusat. l. 4. inf. de off. adsess. l. non est, de manum. vindic.* Hi sunt, quos Princeps mittit in prouincias suas: aliæ enim sunt prouinciæ Cæsaris, aliæ senatus, vt non tantum Strabo docuit lib. 3. & 17. sed etiam Theoph. noster in §. *per traditionem, de rer. diuis.* In suas Senatus mittit Proconsules; & Proconsules vocantur, etiamsi sint ex prætoriis, non ex Consularibus vel ex iis, qui Præturam, non Consulatum gesserunt. In suas autem Cæsar mittit Legatos: & ita Legatum Ciliciæ accipere oportet in *l. 1. §. 1. de test. l. 2. de iure immun.* Legatum Aquitaniæ, *l. milites ff. de cust. reor.* Legatum Lugdunensis prouinciæ, *l. 15. §. vlt. de exc. tut.* vt & Græca etiam antiqua numismata vocant Legatos Proprætores: sic enim esse accipiendum Dio. suprad. lib. ostendit, qui eos vocat πρεσβευτὰς ἀντιστρατήγους, Legatos proprætores, qui & simpliciter proprætores dicuntur, etiamsi ex consularibus essent, nempe, quia validiores, & ferociores prouincias vel agrestiores, quas annuis magistratuum imperiis sine manu militari regi, nec facile, nec tutum erat, Cæsar in sua potestate retinuit: Pacatiores autem prouincias, quæ regi poterant sine armis, & legibus solis, reliquit Senatui populoque Romano, hac quidem specie, vt leuia imperij onera Senatus subiret, ipse solus discrimina bellorum adiret, sed reuera, vt arma solus haberet in sua potestate. Qua de causa administratores siue rectores missos in suas prouincias vocauit Proprætores prisco more, quia Proprætores olim bella administrabant, quorum tabernaculum quoque Prætorium appellabatur, vt non tantum Dio eod. loco, & alij plerique scribunt, sed & Iustinianus noster *Nou. 24.* & *l. 2. §. capta, de orig. iur.* Sardinia capta, & redacta in prouinciæ formam, item Sicilia & Hispania; & Narbonensi Gallia tot fuisse creatos Proprætores, quot prouinciæ venerant in ditionem populi Romani, vt iis præessent cum armis, tum legibus. Et de Sardinia obiter non erit ingratum forte, si admonuero in *l. 2. C. de offi. præfect. prætor. Affric.* quo loco ita scriptum est. *In Sardinia ducem iubemus ordinari, & eum iuxta montes, vbi barbaricæ gentes videntur sedere*; quod ante hunc diem nunquam mihi obtigerat animaduertere, omnes libros manu exaratos habere non *barbaricæ gentes*, sed *barbaricinæ* simpliciter, quod esse rectissimum Procopius ostendit, *lib. 2. de bello Vandalico*, dum ait: *Ex Mauritania barbaros quosdam montes obsedisse in Sardinia, & multa in ea passim insula exercuisse latrocinia, quos Vandali debellarunt, expugnarunt, qui*, inquit, *Barbaricinæ dicebantur.* Verum ad

A rem. Certum est ex Dione, Præsides, id est, legatos Cæsaris, non amplius, quam sex lictoribus & fascibus vti; sed dubitatur de proconsulibus, an plures haberent, an pluribus vterentur, quia pro Consulibus sunt, & consules in vrbe vtebantur XII. fascibus, & fortasse etiam primum habuerunt fasces XII. ij, qui post consulatum prouinciam obtinebant proconsularem, vt Dio significat eodem loco, & M. Tullius de proconsule Macedoniæ, dum scribit in hunc modum: *Ipse cum duodecim hominibus*, inquit, *male vestitis ad portam Capenam peruenit.* At generaliter proditum est in *l. 14. sup. de off. procons.* hodie proconsules non amplius, quam sex fascibus, sex lictoribus vti. Vnde vere dices & statues, nullas esse prouincias hodie, quæ plures quam sex fasces habeant, secundũ ius nouum,

B quo sub Imperatoribus populus Romanus vtebatur. Egesip. cap. 9. *Plurimi populi*, inquit, *sex fascium virgulis metu coërcentur*: quod ita Iosephus ἐξ Ῥωμαίων ὑπηκόοι ῥάβδοις. qua de causa eos etiam vocabant ἑξαπελέκεις, vt docet Appianus in Syriaco bello. Commune autem hoc est & consulum & proconsulum, vt adiungantur eis legati, quibus mandent iurisdictionem suam, vnus aut plures; prætorio viro vnus, consulari tres, & plures adiungi ostendit *l. 4. inf. de offic. adsessor. l. 2. inf. quis & à quo appell. & l. pen. inf. de off. eius cui mand. est iurisd.* Non tantum Præsidibus, hoc est, legatis Cæsaris, sed & Proconsulibus, vt idem Dio aperte definit. Itaque licet in titulo *de officio Proconsulis*, addatur, *& legati*, (quod accipiendum est, non de legato Cæsaris, sed de legato Proconsulis:) &

C licet non addatur in hoc titulo: *De officio præsidis & legati*: tamen (quo in errore est Alciatus) non ideo existimandum est præsidibus datos non fuisse legatos: sed omissa est mentio legati in hoc titulo, quia de eo nulla sub hoc titulo lex extat, cum de legato proconsulis existant pleræque in tit. *de offic. procons.* Et hos vero legatos, ne cum Dione confundamus cum adsessoribus siue consiliariis præsidum: nam adsessores Præses ipse sibi optat, *l. 10. §. ὁμοίως, infra de excus. tut.* legati autem ei dantur à Senatu, vt apud Vopiscum in Probo, & Capitolinum in Gordiano, vel à Principe, vt apud Dion. eod. loco. Sed vt finem faciamus, postremo hoc tantum nobis notandum est, in aliis plerisque multum distare Proconsules à Præsidibus, hoc est, legatis Cæsaris, quod perstringam breuiter. Proconsules erant annui magistratus; Præsides, perpetui, quoad Prin-

D ceps successorem misisset. Proconsules erant κληρωτοὶ, vt Dio ait, quia sortito creabantur, nisi cum cœlebs vel orbus in decernenda, vel petenda prouincia obiiciebatur patri vel marito: nam pater vel maritus præferebatur cœlibi vel orbo, etiam non ducta sorte: Præsides autem erant αἱρετοὶ, electi, quia creatio eorum erat in arbitrio Principis. Item Proconsules, non habebant ius gladij, vel chlamidis, id est, stolæ militaris. Præsides habebant ius stolæ militaris atque ius gladij, *l. 6. §. qui vniuersas, hoc tit.* Quod est non tantum ius animaduertendi in facinorosos homine, sed etiam accingendi se gladio quod non habebant proconsules: & consequenter præsidibus erat ius animaduertendi in milites, *l. 21. C. de exhib. reis l. 1. C. ad l. Corn. de siccar. l. 3. inf. de re militar.* nam cui ius est gladij,

E ei est animaduersio in milites, siue sit ex Senatorio ordine, siue ex equestri, vt generaliter definit Dio: quæ definitio summe notanda est. Ac præterea Proconsules sumebantur ex Senatoribus, Præsides, ex Equitibus Romanis, vt Præfectum Augustalem Cæsar mittebat in Ægyptum, non ex Senatoribus, metu, ne res nouas moliretur cum populo leui ac seditioso Senator, qui valeret potentia, auctoritate, gratia ac opibus. Qua de causa in notitia etiam imperij Romani legimus, Ægyptum consularem non habere: & in alias quoque prouincias sæpe Princeps mittebat Equites Romanos præteritis Senatoribus, vt idem Dio scribit, & de Ægypto Arrianus, & Corn. Tacit. 12. *Annal.* Sequitur vltima differentia: Proconsules statim atque egressi sunt pomerium vrbis (pomerium vrbis locus est post mœnia, *l. 5. de seru. export.*)

faſcibus & inſignibus Imperij Romani vtuntur & iuriſdictione voluntaria, id eſt, quæ inter volentes exercetur, puta, apud eos emancipationes & manumiſſiones fieri poſſunt: itemque ſtatim imperium habent atque egreſſi ſunt portam vrbis, & iuriſdictionem contentioſam, id eſt, quæ inter inuitos exercetur, ſed ea iuriſdictione non vtuntur, niſi in Prouincia ſibi decreta. Ea tantum iuriſdictione vtuntur, poſtquam in prouinciam ſibi decretam peruenerunt. Interim otioſam iuriſdictionem contentioſam habent, otioſum imperiũ. Et ita explicanda eſt *l.1.&* *2.ſup.de offic.proconſ.* Et ſimiliter Proconſules redeuntes è prouincia, quoad pomerium vrbis ingreſſi ſint, faſcibus vtuntur, ac cæteris inſignibus & ornamentis, & iuriſdictionem voluntariam & imperium habent, licet eo non vtantur in itinere, vſque ad portam vrbis, & iuriſdictionem contentioſam. & hoc eſt, quod ait *l.vlt. de offic. Proc.* *Proconſul.* inquit, *portam Romæ ingreſſus deponit Imperium.* M. Tullius 7. *ad Attic.* epiſt. 7. ſcribens de Imperio Ciliciæ quod habuit etiam poſt reditum, antequam ingreſſus eſſet vrbem: *Si imperium,* inquit, *mihi moleſtum erit, vtar ea porta, quam primum videro.* Et inde in auctoribus Prætor vel Conſul ad portam, id eſt, qua Proconſul it in prouinciam vel redit è prouincia, à porta, hoc eſt, ex qua Conſul exit, qua vel per quam exit è prouincia, aut redit è prouincia. Præſides autem ſtatim, atque cognouerunt veniſſe ſucceſſores vel exceſſerunt prouincia, priuati fiunt ac deponunt imperium, *l.3.hoc tit.* ac ne iuriſdictionem quidem voluntariam habent, imo nec ea quæ neque imperij ſunt neque iuriſdictionis, ſi ad officium ius dicentis pertineant, *l.ſi forte.hoc tit.* *Si præſes prouinciæ antequam cognouerit,* inquit, *aduenisse ſucceſſorem, manumiſerit, vel tutorem dederit, rata hæc eſſe*: retro igitur rata hæc non eſſe, ſi poſtquam cognouerit aduentum ſucceſſoris, manumiſerit, quod eſt iuriſdictionis voluntariæ, vel ſi tutorem dederit, quod neque eſt imperij, neque iuriſdictionis, *l muto §.tutoris, de tutelis,* quia ad officium ius dicentis pertinet, vt ait *l.1.de iuriſdict.omn.iud.* Et ita omnino Dio ſupradicto loco, Præſides non antea ſumere inſignia, quam venerint in prouinciam, & mox deponere atque exceſſerunt prouincia: non ſunt ſeparanda inſignia ab imperio: alioquin falſa eſſent inſignia. Qui negat inſignia ante aduentum, & imperium negat. Contra, qui iubet ab exceſſu deponere inſignia, certe iubet abire imperio: nec vſquam reperio alterum ab altero diſiungi & diſtingui. Et vulgo male idem ſtatuitur eſſe in Proconſule ex *l.meminiſſe, de offic. proconſ.* vt ſcilicet officium Proconſulis duret vſque in aduentum ſucceſſoris tantum. Quod dixi durare vſque ad pomerium vrbis, quia illa *l.meminiſſe,* hoc nullo modo dicit, ſed Proconſulem circumacto anno ſuo ius dicere poſſe, quoad ſucceſſor venerit, quia licet ipſo iure deſierit eſſe Proconſul (quia annuus eſt magiſtratus) tamen vtilitas prouinciæ exigit, aliquem eſſe, per quem prouinciales ſua negotia expedire poſſint. Et hic eſt finis, ſi tamen dixero, ex hac diſtinctione ſumme notanda, vos poſſe intelligere, quid ſit, quod eſt in *l.123. de reg. iur. temporariam permutationem, non innouare ius prouinciæ.* Nam vt de Auguſto ſcribit Sueto. cap. 47. (quod neſcio an vnquam ante hac bene explicatum fuit) facta ſub illo diuiſione prouinciarum, poſtea, inquit, nonnullas Auguſtus commutauit, vt Achaiam ac Macedoniam, quam ſibi retinuerat, Senatui reddidit, Cretam, quam Senatui dederat, ſibi recepit. Quod & de Tiberio traditur in Claudio, *cap. 21.* & de Marco tradit Capitolin. eum Proconſulares prouincias feciſſe pleraſque Præſidiales, pro belli neceſſitate prove tempore præſenti. Cum in prouinciam, inquam, mittendus eſt Proconſul, etſi mittatur legatus Cæſaris mutatione pro belli neceſſitate facta, non ideo prouincia illa deſinit eſſe proconſularis, non innouatur ius prouinciæ, ea temporaria permutatio non innouat ius prouinciæ, id eſt, non ideo hæc prouincia deſinit eſſe proconſularis.

Responſ. Papin.

A

Ad l.vlt.de offic.adſeſſor.

In conſilium curatoris reipublicæ vir eiuſdem ciuitatis adſidere non prohibetur: quia publico ſalario non fruitur.

CVrator Reipublicæ non eſt, vt Accurſ. dixit, procurator fiſci vel Cæſaris. Aliud enim eſt Reſpublica, longe aliud fiſcus, vel Cæſar. Reſpublica hoc loco accipitur pro qualibet ciuitate fundata legibus. Curator ergo Reipublicæ eſt Curator ciuitatis cuiuſcunque, qui & pater ciuitatis dicitur innumeris locis iuris noſtri, & Græco nomine λογιστής, vt nominatim ait *l.3. C. de mod. mult.* quod maxime ponatur ſupra rationes operum pu-
B blicorum, *l.1.C.de ratiocin.oper.pub.& de patr. ciuitat.* hoc eſt, *de curatoribus rerum publicarum.* Alius eſt igitur Curator ſiue procurator fiſci, vel Cæſaris, alius Curator Reipublicæ. Vterque tamen iuriſdictionem habet, Curator fiſci ius dicit inter fiſcum & priuatum: Curator Reipublicæ inter ciuitatem & priuatum. Procurator fiſci, qui & *rationalis* dicitur, (ſicut ille λογιστής,) decidit cauſas ad fiſcum pertinentes; Procurator reipublicæ decidit cauſas pertinentes ad rempublicam. Denique vterque habet iuriſdictionem: ergo vterque magiſtratus eſt. Quis eſt magiſtratus? Is eſt magiſtratus quicunque iuriſdictioni præeſt, qui iuriſdictionem habet, quam exerceat publice. Ac proinde curator reipublicæ, ſiue procurator, cum iuriſdictionem habeat, adſeſſores habet, &
C conſiliarios, quorum conſilio vtatur in cauſis dirimendis. Omnes magiſtratus adſeſſorum ſolatia requirunt. At dubitatur, an Curatori Reipublicæ, ſiue ciuitatis, adſidere poſſit in conſilium vir eiuſdem ciuitatis? Videbatur non poſſe, quia nec præſidi prouinciæ in conſilium adſidere poteſt vir eiuſdem prouinciæ citra ſpeciale beneficium Principis, *l.3.hoc tit. l.ſi cui 38.inf.ex quib.cauſ. maior.* videlicet vltra tempus conſtitutionibus conceſſum. Præſidi, inquam, vir eiuſdem prouinciæ adſidere non poteſt ſine ſpeciali Principis beneficio vltra tempus conſtitutionibus conceſſum, quod eſt breue tempus, *dict. l.ſi cui,* hoc eſt menſes quatuor, *l.10.C.de adſeſſorib. l. 1. Cod.Theod.eod.tit.* Et in eum, qui adſederit præſidi in patria ſua vltra conſtitutum tempus ſine permiſſu Princi-
D pis, eſt publicum crimen, & pœna, proſcriptio & publicatio omnium bonorum, *d.l.10.* Cur autem nemo poſſit in patria ſua Præſidi adſidere ratio hæc eſt: ne apud ſuos ſit gratioſus, ambitioſus, vel calumnioſus nimis. Quæ ratio etiam efficit, vt nemo in patria ſua præſes eſſe poſſit ſine ſpeciali beneficio Principis. Nec quod legitur apud Caſſiodorum 1. *Variar.* eum patriæ ſuæ Lucaniæ Correctorem fuiſſe, id ille obtinuit ſine ſpeciali priuilegio Principis, quo nominatim derogaretur iuri communi, vt oſtendit *l. vlt. C.de crim.ſacrileg.& tit. C. vt nulli patr. ſuæ adminiſt.ſine ſpec.priuil.* Quam conſtitutionem Dio vel Xiphilinus, qui Dionem in compendium redegit, tribuit Antonino Philoſopho Imperatori, quod Caſſius aduerſus eum rebellaſſet, cum eſſet Præſes in patria ſua: idcirco, eum lege cauiſſe ne quis in patria ſua imperium obti-
E neret: ἐνομοθέτησε δὲ τόδε (inquit) μηδένα ἐν τῷ ἔθνει ὅθεν τὸ ἀρχαῖον ἐστὶν ἄρχειν, ὅτι ὁ Κάσσιος ἐν τῇ Συρίᾳ τὴν πατρίδα αὐτοῦ ἐχούσῃ ἡγεμονεύων ἐνεόχμωσε. Id eſt, *conſtituit autem, vt nemo cum imperio eſſet apud eam gentem, ex qua ortus eſſet, propterea quod Caſſius, quum in Syria patria ſua imperium haberet, res nouas molitus fuerat.* Eademque ratio facit, vt nemo poſſit in patria ſua officium fiſcale adminiſtrare, puta, vt non poſſit in patria ſua fungi officio Procuratoris Cæſaris, vt Paulus 5. *Sententiarum* refert *tit. de iur. fiſc.* *In ea prouincia,* inquit, *ex qua originem ducit, officium fiſcale adminiſtrare prohibetur.* Et ſubiicit rationem, *ne aut calumnioſus, aut gratioſus apud ſuos eſſe videatur.* Quam rationem

etiam attigit Cassiodorus supradicto loco, dum ait. *Gloriosum esse, in patria sua Præsidatu fungi præclare, vbi necesse est, vt vel gratiam cognitio prouocet, vel odium longæ contentiones exasperent.* An, inquam, vt hic resumam, quod initio proposui, sicut præsidi prouinciæ propter eam rationem non potest adsidere vir eiusdem prouinciæ, non poterit etiam curatori ciuitatis adsidere vir eiusdem ciuitatis? Et respondet Papin. non idem esse dicendum in adsessore curatoris ciuitatis. hunc enim sumi posse ex eadem ciuitate: & hoc distare ab adsessore præsidis, qui ex eadem prouincia sumi non potest: & subiicit rationem differentiæ breuiter, atque ideo satis obscure. *Quia adsessor Curatoris Reip. publico salario non fruitur.* Quæ ratio ita explicanda est necessario. Curator ciuitatis sibi optat adsessores ex eadem ciuitate, quia vix vllos vnquam eliceret ex alia ciuitate, eo quod publico salario non fruuntur, & istius oneris & operæ nullum præmium ferunt. At Præses prouinciæ, & similiter Procurator Cæsaris facile potest ex alia prouincia adsessores, & consiliarios aduocare: quia iis adsessoribus maiorum iudicium de publico salaria constituta sunt, vt patet ex *l. 4. hoc tit. & l. 1. C. de annon.* & ideo debet Præses prouinciæ ex alia prouincia adsessores accersere publicis salariis, quæ Principes constituerunt adsessoribus maiorum iudicum, potius, quam ex ea prouincia, quam administrat. Hanc quoque rationem Hugolinus sequitur. Cætera Accursij merito quis vna litura deleuerit, quæ tamen Bartol. valde commendauit.

Ad l. 14. de in ius voc.

Libertus à patrono reus constitutus, qui se defendere paratus, pro tribunali præsidem prouinciæ frequenter interpellat, patronum accusatorem in ius non videtur vocare.

Sciendum est, si libertus sine venia edicti prætorij patronum in ius vocauerit, teneri patrono actione in factum pœnali in aureos quinquaginta, vel si non sit soluendo ex querela patroni fustibus castigari eum à præfecto vrbi, tamquam inofficiosum libertum, quia officium debitum patrono non exhibuerit, quod veniam vocandi eum in ius non petierit, *l. vlt. hoc tit.* Inde quæritur, quid sit dicendum, si patronus libertum fecerit criminis capitalis reum apud Præsidem prouinciæ, & libertus Præsidem sæpius interpellet, nullam precatus veniam, vt compellat patronum rem in iudicium deducere, se paratas habere defensiones innocentiæ, an videatur committere in edictum prætoris, quod sine venia frequenter interpellet Præsidem, prouocetque aduersus patronum? Respondet Papin. nihil eum facere & committere videri contra edictum Prætoris, quod vetat tantum, ne in ius vocentur patroni sine venia impetrata; hanc interpellationem non esse vocationem in ius, libertum in ius vocare patronum sine venia & lacessere prohiberi, non se defendere, maxime in capitali iudicio. Quoniam defensionem ius naturale permittit: idem scilicet ius quod officium exigit à libertis erga patronos, *l. 2. C. eod. tit.* Denique non prohibetur libertus vrgere patronum, qui aduersus eum accusationem instituit, vt crimen exequatur, nec moras in iudicio trahat, vt se reum peragat, quia patronus litem fecit, non ipse. Et probo etiam quod Accurs. not. arg. *l. qui cum maior §. si libertus, inf. de bon. libert.* libertum retorquentem crimen in patronum, accusatorem non esse, ac proinde audiri; imo & calumniæ puniri patronum desiderantem: quia ignoscendum est ei, qui voluit se defendere prouocatus, vitamque tueri suam.

Ad l. 40. de pactis.

Tale pactum: Profiteor te non teneri, non in personam A *dirigitur: sed cum generale sit, locum inter heredes quoque litigantes habebit.*

Pactum quo debita pecunia remittitur, vel in rem concipitur, vel in personam. In rem concipitur, si generaliter paciscatur debitor, ne petatur pecunia, quam debet. In personam concipitur, si specialiter paciscatur, ne à se petatur, hoc scilicet animo, vt sibi soli prospiciat, & consulat suæ personæ tantum, *l. iurisgentium §. pactorum, hoc tit.* Pactum in rem prodest heredi debitoris, quia generale est. Pactum in personam non prodest heredi debitoris, quia specialiter pactum est in personam. Non prodest igitur heredi, licet cum effectu à debitore peti non possit propter exceptionem pacti personalis, tamen ab herede
B eius peti poterit sine metu exceptionis. Ac similiter pactum in rem emptori prodest, ad quem ea res transit de qua pactus est debitor non petenda generaliter: atque ita pactum illud non tantum prodest successori iuris, puta, heredi, sed etiam successori rei, puta emptori, secundum plurium sententiam, vt ait *l. si tibi, §. pactum hoc tit.* quæ obtinuit. Plurium sententia melior, vt ait Apoll. πολέων μῆτις ἀρείων. Et ita in *Instit.* initio tituli, *de heredibus instit. Secundum plurium sententiam.* Cum ergo ait *d. l. si tibi §. pactum, Secundum plurium sententiam*, pactum in rem etiam emptori prodesse, nedum heredi, ex diuerso significat pactum in personam non prodesse emptori. Et tamen subiicit in eodem §. secundum sententiam Sabini etiam pactum in personam prodesse emptori & donatario, quamuis heredi non prosit, prodesse, inquam, pactum
C in personam emptori & donatario, quamdiu viuit is, qui fecit pactum in personam suam: sicut cum filiusfamilias pactus est sibi, pactum prodest patri eius, ne teneatur de peculio, vel de in rem verso, atque etiam heredi patris, quamdiu viuit filius, qui pactus est sibi, *l. & heredi, hoc tit.* Porro in hoc responso proponitur exemplum pacti in rem, quod vocat generale pactum, quod non coarctatur personis paciscentium, atque adeo non tantum paciscentes tenet ex vtraque parte, sed etiam heredes & successores eorum, vt puta, si pactum ita sit conceptum dicente creditore: *Profiteor te mihi non teneri*, pactum est in rem & generale, quoniam his verbis creditor plane abrogat obligationem, & sermonem dirigit in rem ipsam, non in personam: aliter quam si ita pactum conciperet: *profiteor me à te nihil petiturum*, hoc est pactum in personam. At
D illud, *profiteor te mihi non teneri*, est pactum in rem. *Profiteri* est plusquam *confiteri*. Cicero pro M. Tullio. (sic est legendum omnino apud Nonium non pro Manlio.) *hic ego non solum confiteor, verum etiam profiteor.* Et pro Cæcin. *Ita confitetur, vt non tantum fateri, verum profiteri videatur.* De confessione igitur frustra hic tractant interpretes, quoniam professio plusquam confessio est. Et hæc verba: *plane profiteor te mihi non teneri*, negant vllam existere obligationem, & habent vim pacti generalis, seu in rem. Aliud est dicendum, si creditor ita dixerit: *Profiteor te mihi pecuniam debitam soluisse*: nam hæc verba non habent vim pacti, neque liberationis, aliter quam si re ipsa pecunia soluta esset *l. si accepto latum §. 1. de acceptil.* His verbis fit
E apocha, *Profiteor, te mihi pecuniam debitam soluisse*: vel latius, *Luc. Titius profiteor P. Mæuium mihi soluisse decem, quæ mihi debet ex testamento Caij Seij. Lutetiæ anno, & die illo.* quæ apocha dicitur professio solutionis, *l. 4. C. de solut.* Chirographum solutionis *l. creditor, inf. de act. empt.* quod tamen non liberat debitorem, nisi reuera soluerit, quod creditor scripsit eum soluisse. Et hoc distat apocha ab acceptilatione. Nam acceptilatio liberat, etiamsi nihil solutum sit, quia pro solutione est: apocha non liberat, sed solutio tantum, cuius fit mentio in apocha. Igitur si solutio nulla interuenerit, apocha nullius momenti est, si modo intra trigesimum diem opposita fuerit querela, vel exceptio non solutæ pecuniæ aduersus apocham, secundum *l. 14. in contractibus, C. de non num. pecun.* nam post 30. diem apocha plenam fidem facit.

Ad §. 1.

Qui prouocauit, pactus eſt intra diem certum pecuniã, quam tranſegerat, non ſoluta, iudicatis ſe ſatisfacturum: iudex appellationis, nullo alio de principali cauſa diſcuſſo iuſtam conuentionem velut confeſſi ſequitur.

DEbitor certæ pecuniæ creditori condemnatus appellat: mox cum creditore tranſegit de remittenda parte pecuniæ, ea lege, vt ſi reliquam partem creditori non ſolueret Kal. proximis, ſolidam ſummam præſtaret, quæ in condemnationem deducta eſt (etiam poſt rem iudicatam facta tranſactio valet, ſi appellatum ſit, *l. 7. in prin. tit. ſeq.*) pecunia de qua conuenit, ad diem non ſoluta, quæ ſint partes iudicis eius ad quem appellatum eſt, videndum eſt. An vt diſquirat diſcutiatque, pecunia in condemnationem deducta debeatur, nec ne? an vt diſquirat, an ita conuenerit inter creditorem & debitorem, vt pecuniæ parte ſoluta intra diem certam debitor iudicato liber abiret: non ſoluta autem ea parte ad diem, vt in ſolidum teneretur. Quæritur ergo vtrum hoc an illud iudex appellationis diſquirere debeat? Et reſpondet Papin. iudici appellationis non eſſe quærendum, an pecunia debeatur, ſed de fide tranſactionis tantum, an inter eos, vt propoſuimus, ita tranſactum ſit negotium poſt condemnationem & appellationem interpoſitam, & proinde iudici appellationis non eſſe quærendum de principali negotio, ſed de tranſactione tantum, & confeſſione, quæ tranſactioni ineſt, iuſtam eſſe huius tranſactionis conuentionem, & iuſtam conuentionem eſſe ſeruandam, hoc eſt, quæ iure non improbatur, vt in *l. epiſtola §. pactum h. t.* Itaque à iudice appellationis damnandum eſſe debitorem, non tanquam iure damnatum à priori iudice, ſed tanquam confeſſum pacto tranſacto, etiamſi iure damnatus non ſit à priori iudice: nam confeſſionem omnem rei, etiam factam in iure ſequi condemnatio debet, *l. 5. de confeſſ. l. 5. de cuſtod. reor.* Ex qua condemnatione etiam naſcitur actio iudicati, cuius in hac ſpecie proculdubio executio pertinebit ad iudicem appellationis, qui debitorem tanquam confeſſum condemnauit, non tanquam iure damnatum priore ſententia, quia nec potuit iudex appellationis tanquam iure damnatum priore ſententia damnare, quia ea de re non cognouit, an iure damnatus eſſet, ſed an pactus & confeſſus eſſet. Et vero etiam iudex appellationis fruſtra inquireret in principale negotium, qui habet reum confitentem, *l. proinde §. 1. ad l. Aquil.* nam etſi debitorem iudex appellationis tanquam iure damnatum à priore iudice damnaret, proculdubio hoc caſu iure ciuili, ex opinione interpretum, quam vſus admittit, executio iudicati non pertineret ad iudicem appellationis, ſed ad priorem iudicem, qui iuſtam ſententiam dedit, ſi modo priori iudici ſuæ ſententiæ exequendæ ius & poteſtas fuerit. Æquum enim eſt, vt ſi ſententiam maior iudex ex appellatione pronuntiet eſſe iuſtam, eius executio redeat ad eum, qui ſententiam dedit, ſi modo ius habuerit exequendarum ſententiarum ſuarum: nam ſi ſit iudex datus, iudex delegatus, à quo appellatum ſit, redire oportet ad eum, qui dedit, *l. 1. infr. qui & à quo appell.* Rei iudicatæ à iudice dato legitimus executor eſt is, qui dedit iudicem, ad quem ab eo appellatum eſt, non ipſe iudex datus. Non omnis, qui ſententiæ dictionem habet, & ſententiæ executionem habet: alterum eſt nudæ cognitionis, alterum iuriſdictionis, quam iudex datus non habet, *l. à Diuo Pio, in pr. inf. de re iud.* Et ſimiliter ex Nouel. *de ſanctiſſ. epiſc.* ſiue ex auth. *ſi quis litigantium, C. de epiſc. audient.* ſi ab epiſcopi ſententia appellatum ſit ad præſidem prouinciæ, & is conſeruauit ſententiam epiſcopi, eam ipſe præſes exequetur, *l. epiſcopale, C. de epiſc. audient.* quia epiſcopus ſuæ ſententiæ executionem non habet, hoc eſt, iuriſdictio-

A nem non habet, vel forum, vt ait Nouella Valentin. *de epiſcop. iud.* ſed cognitionem tantum habet & audientiam, ſicut iudex delegatus. Et inde titulus: *de epiſcopali audientia*, non *de epiſcopali iuriſdictione*. Et nominatim Sozomenus hiſtoriæ eccleſiaſticæ lib. 1. cap. 9. εἰς ἔργον τὰ κεκριμένα παρὰ τῶν ἐπισκόπων ἄγειν τοὺς ἄρχοντας, hoc eſt, *res iudicatas ab epiſcopis ad effectum perducere præſides & apparitores eorum.* At ſi priori iudici ius ſit exequendæ ſententiæ, vt ſi ſit magiſtratus, cui ius ſit exequendæ ſuæ ſententiæ, & ex appellatione maior iudex eius ſententiam pronuntiauerit eſſe iuſtam, appellationem iniuſtam, eam ipſe non exequetur, ſed prior iudex. Nec quicquam obſtat, qua moti ſunt interpretes, vna *l. præcipimus, §. in his autem C. de appellat.* quæ ait, officio iudicis appellationis iudicatum exequi, quia ille locus non intelligitur, neque B loquitur de iudicato, quo confirmatur ſententia prioris iudicis habentis executionem, ſed de iudicato, quo infirmatur ſententia prior, & iniuſta eſſe pronuntiatur. Quo caſu fateor executionem pertinere ad iudicem appellationis, qui nouam ſententiam tulit, non etiam ſuperiori caſu. Sed tamen alio iure vtimur, vt ſcilicet vtroque caſu ſibi iudex appellationis vindicet iudicati executionem, maiori ſcilicet iudice, ad quem appellatur commoda executionis præcipiente minori: *Vt piſces ſæpe minutos magnũ, comeſt.* Male etiam interpretes loquuntur, dum tractant in hoc §. de ſpecie propoſita, & dicunt conuentionem eſſe exequendam, cum dicere debeant condemnationem iudicis eſſe exequendam, qui conuentionem veluti confeſſi ſequitur, quia nullius conuentionis C per ſe executio eſt: nulla conuentio vel obligatio habet executionem forenſem paratam citra ſententiam iudicis, *l. minor 40. de minoribus.*

Ad §. poſt diuiſionem.

Poſt diuiſionem bonorum & æris alieni, ſinguli creditores à ſingulis heredibus, non interpoſitis delegationibus, in ſolidum vt conuenerat, vſuras acceptauerunt: actiones, quas aduerſus omnes pro partibus habent, impediendæ non erunt, ſi non ſinguli pro fide rei geſtæ, totum debitum ſingulis offerant.

D

SCiendum eſt inter coheredes fieri diuiſionem æris alieni hereditarij duob. modis: Vel ipſo iure, hoc eſt, ex 12. tab. pro hereditariis portionibus, vt *l. 1. C. ſi cer. pet. l. vlt. C. de hered. act.* Exempli gratia, ſi ſint tres heredes inſtituti, primus ex ſemiſſe, ſecundus ex triente, tertius ex ſextante, & in ære alieno ſint trecenta, pro qua parte ſinguli heredes ſunt, pro eadem parte ex 12. tab. æri alieno obligantur: atque ita primus debet 150. ſecundus 100. tertius 50. Vel etiam inter coheredes ſit diuiſio æris alieni ex conuentione ipſorum coheredum. Et hæc diuiſio rurſus vel fit interpoſitis delegationibus, *l. vt cum pater §. hereditatem, de leg. 2.* Vel fit non interpoſitis delegationibus nuda conuentione ſiue nudo pacto. Interpoſitis de- E legationibus fit, veluti, quod omnes heredes ex 12. tab. pro hereditariis portionibus debent, L. Titio vno in ſolidum promittente Titio ſtipulanti ex delegatione coheredum. Et quod debent Sempronio ſimiliter vno promittente Sempronio in ſolidum ex delegatione cæterorum: quæ diuiſio rata eſt, & omnes tenet etiam creditores, quia nouatio obligationis interceſſit, quæ obligationem plurium heredum diuiſam pro partibus ex 12. tab. omnem tranſtulit ad vnum ex heredib. in ſolidum. At diuiſio æris alieni, quæ fit inter coheredes non interpoſitis delegationibus, non facta nouatione conſentientibus hereditariis creditoribus, creditores non tenet. Finge, coheredes inter ſe æs alienum, hoc eſt, nomina hereditaria ita diuiſiſſe, vt vnus ſolueret nomen Titij in ſolidum, alter nomen Sempronij, alter nomen Caij in ſolidum, nec vllam feciſſe delegationem. Hoc caſu, quia nulla delegatio interpoſita eſt,

non læditur ius creditorum, & omnibus in singulos heredes est actio pro hereditariis portionibus, quia pactio inter coheredes facta iis nocere non potest, *l. pacto C. de pact. l. licet, C. fam. ercisc.* Quintilian. declam. 336. *Etiamsi conuentione*, inquit, *æs alienum transferatur ad coheredem, iure tamen & veritate commune est.* Hinc quæritur in h. §. si non interpositis delegationibus ex conuentione nuda inter coheredes facta diuisione æris alieni, singuli creditores, perinde ac si interpositæ delegationes fuissent, à singulis heredib. secundum conuentionem heredum, debiti vsuras quisque sui in solidum acceptauerint (quo verbo significatur frequens acceptio, vt in *l. 10. in fine D. de ann. legat. & l. 9. in fine D. de alim. leg.*) Quæritur, inquam, an illa frequens acceptio vsurarum totius sortis, creditoribus postea agentibus aduersus omnes coheredes ex 12. tab. pro hereditariis portionibus obesse possit, quasi tacite pacti intelligantur, ne agant cum singulis ex 12. tab. diuisa actione pro portionibus hereditariis, sed vt singuli agant tantum in solidum in eum, à quo diu solidi vsuras acceptauerunt? Et respondet Papin. obesse creditorib. taciti pacti exceptionem, si velint agere ex legib. 12. tab. si modo totum debitum soluere cuique creditori quisque heres paratus sit, & offerat secundum legem conuentionis habitæ inter eos. At si solidum quisque heres soluere paratus non sit, sed pro parte tantum hereditaria, secundum diuisionem legis 12. tab. quæ potior est diuisione facta & conuentione nuda (lex obligat, conuentio nuda non obligat) hoc casu integrum etiam erit creditori vti lege 12. tab. & diuidere actiones in omnes pro hereditariis portionibus.

Et hæc est sententia huius §. *post diuisionem*, quam ita conficies breuiter. Pactio facta inter heredes & creditores hereditarios expresse vel tacite, qua conuenit vt à coherede quisque creditor suam pecuniam persequeretur in solidum, non interpositis delegationibus, non tollit ius publicum, hoc est, legem 12. tab. qua creditores singuli singulos heredes possunt conuenire pro portionibus hereditariis, non vnum ex heredib. in solidum, nisi singuli heredes ex fide pacti singulis creditoribus solidum offerant.

Addatur & alia sententia. Pactionis tacitæ argumentum esse diuturnam acceptationem vsurarum totius pecuniæ. Hoc etiam colligunt interpretes ex hoc §. extraneum soluere posse pro debitore creditori inuito: sicut, vt est certissimum, extraneus potest soluere pro debitore inuito, *l. soluere, de solut.* ita etiam possit pro debitore soluere creditori inuito: quod non absolute verum est, sed cum hac exceptione, si tacite conuenerit inter extraneum & creditorem, vt extraneus sortem solueret pro debitore, puta, vsuris ab extraneo pro debitore sæpius acceptis, non aliter.

Ad §. Pater qui dotem.

Pater qui dotem promisit, pactus est, vt post mortem suam in matrimonio sine liberis defuncta filia, portio dotis apud heredem suum fratrem remaneret. ea conuentio liberis à socero postea susceptis, & heredibus testamento relictis per exceptionem doli proderit: cum inter contrahentes id actum sit vt heredibus consulatur: & illo tempore, quo pater alios filios non habuit in fratrem suum iudicium supremum contulisse videatur.

VLtimum responsum pertinet ad hanc speciem. Pater in promittenda dote pro filia ita pactus est, vt post mortem suam in matrimonio defuncta filia, partem dimidiam dotis quam promiserat, necdum dederat, vellet remanere apud heredem suum fratrem (quem scilicet, destinarat heredem suum facere, cum non essent ei alij liberi) alteram vero partem dimidiam dotis genero præstari iusserat si filia, vt dixi, moreretur in matrimonio sine liberis: mortua autem filia relictis liberis totam dotem, quæ promissa est, iussit genero præstari. Recte pactus est fratri suo, vt partem dimidiam dotis retineret: quia vt heredi pactus est, alioquin pactus fuisset inutiliter, quia nemo alteri paciscitur vtiliter, nisi patri in cuius est potestate, vel domino, vel heredi suo, *l. si pactum D. de probat. l. auus, D. de pact. & l. auus, D. de pact. dotal.* hic pactus est fratri, & futuro heredi suo: Postea vero pater suscepit liberos, eosque omisso fratre quem destinauerat facere heredem, heredes fecit, & post mortem eius mortua est filia in matrimonio sine liberis. Quæritur an liberi heredes scripti possint retinere partem dimidiam dotis? Dubitationis causa hæc est: quod non liberis pactus sit, sed fratri. At Papinia. eleganter respondet, Liberos petente genero dotem ex stipulatione per exceptionem pacti, siue doli mali, quæ semper est subsidio exceptioni pacti, partem dimidiam dotis retinere posse, quia pater fratri pactus est, non tanquam fratri, alioquin inutile pactum esset, sed tanquam heredi, quia dixit, *vt remaneret apud heredem suum fratrem*, & heredes hodie sunt liberi, quos pater præter spem sustulit, non frater. Ergo liberis danda est retentio partis dimidiæ: quia in paciscendo fratris appellatio demonstrabat tantum, quem sibi heredem destinaret eo tempore quo desperabat se habiturum liberos: fratris appellatio demonstrabat, in quem esset collaturus supremum iudicium suum. At heredis appellatio demonstrabat, cui consultum vellet. Summa igitur sententia hæc est: Pactum fratri vt heredi, quem scilicet animo destinarat facere heredem, nec dum faciebat heredem, prodesse cuicunque alij heredi, si frater heres non fuerit: non tantum filio, quem postea suscepit, sed etiam extraneo, quem postea pœnitentia ductus fecit heredem, nullo suscepto filio. Hæc est mens Papin. vnde male ex h. §. colligunt interpretes: donationem quam orbus contulit in extraneum, reuocari postea adnascentibus liberis, quæ est sententia *l. si vnquam, C. de reuoc. don.* non huius §. *vlt.* quia in specie eius nulla fit reuocatio: sed pactum fratri vt heredi, consistit in persona cuiuscunque heredis, non in persona fratris, qui non extitit heres: ergo & in persona heredis extranei, nedum in persona filij heredis instituti.

Ad l. 9. de postulando.

Ex ea causa prohibitus pro alio postulare, quia infamiam non irrogat, ideoque ius pro omnibus postulandi non aufert, in ea tantum prouincia pro aliis non recte postulat, in qua præses fuit, qui sententiam dixit: in alia vero non prohibetur, licet eiusdem nominis sit.

INter genera pœnarum hoc quoque receptum est, vt ex causa aduocato aduocationibus & postulationibus interdicatur, hoc est, prohibeatur postulare pro aliis, & adesse litigatoribus, *l. moris, de pœnis.* quod est silentium irrogare aduocato, *l. 8. h. t.* & pœna silentij. At silentium vel irrogatur sine infamia, vel cum infamia. Quod irrogatur cum infamia, aufert ius postulandi pro omnibus, hoc est, ius postulandi vbique gentium, non pro omnibus omnino personis: nam certæ sunt personæ pro quibus etiam infames postulare possunt, *l. 1. §. ait prætor, h. tit.* veluti pro parentibus & patronis etiam infames postulare possunt. Silentium vero, quod irrogatur sine infamia, id est, salua existimatione, non aufert ius postulandi pro omnibus, hoc est, vbique gentium: nam etsi quis sit prohibitus postulare in vna prouincia salua existimatione, licet non possit in ea prouincia postulare in qua prohibitus est à Præside, poterit tamen in alia prouincia, quia non est infamis, licet alia prouincia sit eiusdem nominis, vt si sit prohibitus postulare in Mysia inferiori, quæ hodie dicitur Bulgaria, non prohibetur postulare

in Mysia superiori, quæ dicitur Seruia. Exemplo adsessoris, qui si ortus sit ex Mysia inferiori, licet in ea prouincia Præsidi in consilium adsidere non possit, tamen adsidere præsidibus Mysiæ superioris poterit, *l.5.sup.de offic.adsess. l.9.inf.de capt.& postlim.* Si sit ortus ex Germania inferiori, poterit adsidere Præsidibus Germaniæ superioris, quo exemplo etiam vtitur *d.l.3.* Et quæ sit Germania inferior, quæ superior, Dio 53. explicat: superior qua effluit Rhenus, inferior qua influit in mare Britannicum, & vtraque cis Rhenum in Galliis dicitur.

Ad l.ob hæc 20.de his qui not.infam.

Ob hæc verba sententiæ præsidis prouinciæ; callido commento videris accusationis instigator fuisse, pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari: non enim qui exhortatur, mandatoris opera fungitur.

CErtum est calumniæ damnatum notari infamia ex edicto Prætoris. At quæritur in hac l.20. an calumniæ damnatus, an notatus tanquam calumniator videatur is, de quo Præses prouinciæ ita pronuntiauit causa cognita: *Callido commento videris accusationis instigator fuisse.* Verbum, *videri*, est solemne in sententiis, quod primus notauit Budæus: Respondet autem Papin. huiusmodi sententiam onerare quidem eius pudorem & verecundiam apud bonos & graues viros, sed ipso iure ei infamiam non irrogare, quod pronuntiatus sit fuisse instigator calumniosæ accusationis: nam aliud est instigare, aliud mandare. Instigare est exhortari, non calumniari, non mandare alteri, vt calumnietur. Mandatoris quidem eadem pœna est, quæ calumniatoris, sicut mandatoris & homicidæ, *l. non ideo, C. de accusat.* sed non eadem conditio est calumniatoris & hortatoris seu instigatoris ad calumniam faciendam alteri. Opponitur verò huic legi *l. 1. §. incidit, inf. ad SC. Turpill.* quæ lex aperte dicit eum, qui instigat accusatorem, si subornatus accusator non potuerit probare quod intendit, teneri Senatusconsulto Turpill. tanquam calumniatorem, denique instigatorem puniri tanquam calumniatorem. Qua in re laborat hic Accursius frustra, cum nihil sit expeditu facilius: illa *l.1.§.incidit*, non loquitur simpliciter de eo, qui instigat, sed paulo post subiicit, *& instruit accusatorem dando probationes, &c.* hic plusquam instigator est, denique hic calumniator est. Papinianus hoc loco agit de nudo instigatore.

Ad l.17.de compensat.

Ideo condemnatus quod arctiorem annonam tempore ædilitatis præbuit, frumentariæ pecuniæ debitor non videbitur. Et ideo compensationem habebit.

SCiendum est differentiam esse inter Ædilem plebis, & curatorem rei frumentariæ, vel Curatorem frumenti coemendi, quem & nostri auctores σιτώνα vocant. Huic de publico datur pecunia, frumenti & annonæ comparandæ gratia, quæ condatur in horrea publica, & erogetur militibus vel aliis, quibus de publico salaria debentur. Hic curator rei frumentariæ, si condemnetur quasi eius pecuniæ debitor, aut quasi eius pecuniæ reliquator, quam accepit de publico annonæ coëmendæ gratia, an poterit opponere compensationem eius pecuniæ, quam ei inuicem debet respublica vel fiscus? Minime: hoc enim constitutum est in debitore pecuniæ frumentariæ, vt non possit vti vlla compensatione, sed protinus reliquam pecuniam inferre cogatur, *l. aufertur §. vt debitoribus, de iure fisci l. ob negotium, h. t. l. 3. C. eod. tit.* Publica vtilitas siue ratio annonæ publicæ præfe-

A renda est vtilitati priuatæ. At alia est ratio Ædilis: Hic enim annonam quam curator rei frumentariæ coemit præbere solet & erogare populo vel militibus, vel iis, quibus debentur panes ciuiles, & si forte condemnatus fuerit, quod præbuerit arctiorem annonam, hoc est, quod eam præbuerit parcius aut iniusto pondere, quod fraudarit annonam publice debitam, vt in *l.vix; de indic.* non prohibetur vti compensatione eius pecuniæ quam sibi vicissim respubl. vel fiscus debet: nam compensatio talis inhibita est debitoribus pecuniæ frumentariæ: hic non est debitor pecuniæ frumentariæ, sed arctioris præbitæ annonæ. Et omnino legendum est, vt in Florentinis legitur, hoc loco *Ædilitatis tempore eum præbuisse arctiorem annonam*, vt in Basilicis ἐν τῷ ἀγορανομεῖν. nam quod tentauit Duarenus reponere *edulitatis*, nemo vnquam
B approbauit, quoniam vox est barbara, & decepit eum corruptus Lampridij locus in Alexandro: *cum edulitatem populus Romanus ab eo peteret*: cum sit legendum ex veteribus: *cum vilitatem populus Romanus ab eo peteret*, (hoc est, vt annonæ pretia vilia constituerentur) *interrogauit per curionem, quam speciem caram putarent: illi continuo exclamauerunt, carnem bubulam atque porcinam. tunc ille non quidem vilitatem proposuit*, id est edictum quo minuebantur eius annonæ pretia, *sed iussit ne quis suminatam occideret, ne quis lactantem, ne quis vaccam, ne quis damalionem, &* Idem auctor in Commodo: *Proposuit*, inquit, *vilitatem, ex qua maiorem penuriam fecit.* Igitur facessat illa vox *edulitatem*, & retineamus quam posuimus
C speciem; Quendam Ædilitatis tempore præbuisse viliorem annonam, hunc frumentariæ pecuniæ debitorem non esse: & ideo conuentum eo nomine habere compensationem pecuniæ, quam sibi Respublica debet ex alia causa.

Ad l.55. Mandati.

Procurator, qui non res inclusas subtraxit, sed traditas non reddidit, iudicio mandati, non furti tenetur.

SEntentia est apertissima: Meo procuratori dedi res aliquas inclusas in cistam, vt perferret ad Sempro-
D nium. non pertulit, sed retinuit cistam, nec tamen aperuit eam, aut fregit, atque adeo res non contrectauit: ait Papinianus, hunc domino non teneri actione furti, quia furtum sine contrectatione non fit, id est, quin res loco moueatur: sed eum teneri actione mandati, quod mandati fidem non expleuerit: neque vero earum rerum nomine tenetur furti, quia eas res non contrectauit, vt dixi, neque cistæ nomine, quia lucrandæ cistæ animum non habet, & tamen si res contrectasset, etiam cistæ nomine furti teneretur, etiamsi non fuisset ei animus subripiendæ cistæ, *l. qui saccum, de furtis.*

Ad l.1 de iur.aur.annulor.

E
Inter cæteros alimenta liberto relicta, non idcirco non debentur, quia ius aureorum annulorum ab Imperatore libertus accepit. §.1. Diuersum in eo probatur, qui iudicatus ingenuus, collusione per alium patronum detecta conditioni suæ redditus, alimenta sibi, quæ tertius patronus reliquerat, præberi desiderat: hunc enim etiam beneficium annulorum amittere placuit.

SPecies hæc est: duo vel tres erant patroni plurium libertorum, Primus, Secundus, Tertius. Tertius moriens testamento reliquit legatum libertis suis omnibus generaliter. Post vnus ex libertis impetrauit ius à Principe aureorum annulorum: quæritur, an hic qui donatus est iure annulorum aureorum à Principe, admit-

tatur ad legatum quod relictum est libertis, quoniam A videtur desiisse esse libertus accepto iure annuli aurei? sed apertissimum est quod initio respondet Papinianus, nihilominus eum admitti ad legatum, quia non desinit esse libertinus. Honorem tantum & iura ingenuitatis habet, ingenuus non est; non mutat conditionem nec statum, qui augetur dignitate ingenui, non mutat statum libertini, *l.33.§.2.sup.de cond.& demonstrat. l. 2. C.de iure aur.an.l.1.Cod.ad leg.Visell.* Ergo cum non desinat esse libertinus, admittitur ad legatum relictum libertis, quia non mutat statum: augetur tamen honore ingenuitatis & adscribitur in numerum equitum Romanorum. Ideoque hoc ius non dabatur, nisi ditioribus libertis, puta, habentibus in bonis 400. millia sestertium, qui erat census equestris. Arnob. lib. 4. *Pecuniam donare, annulos aureos, & loca priora in spectaculis.* Sueton. in Iul. *Ius annulorum dedit cum millibus quadringentis.* Sed, quod erat B difficilius, quæritur in hac lege: si is libertus qui impetrauit ius aureorum annulorum, postea proclamauerit ad ingenuitatem, adserens se ingenuum esse, & neminem patronum se agnoscere, negant patronum, & collusione habita cum secundo vno ex patronis ingenuus pronunciatus sit: deinde Primus alter patronus detexerit collusionem, ad quam rem detegendam etiam quilibet extraneus admittitur, cui ius postulandi est, *l. 2.§.1.de collus. deteg.* post detectam collusionem hic, quem res iudicata fecerat ingenuum, quia pro veritate habetur, *l. ingenuum, sup. de statu homin.* redditur conditioni pristinę, hoc est, redigitur ad libertinitatem & fit libertus Primi, qui detexit collusionem, vt *l. pen. C. de collus. deteg.* An ergo admittitur ad legatum relictum libertus qui impetrauit ius C annulorum aureorum, deinde è patrono ingenuus pronuntiatus est colludente aduersario, post detecta collusione redditus est libertinitati, an capiat inter alios? & dicitur non capere, quia videtur renuntiasse testamento qui curauit se ingenuum pronuntiari. Qua ratione etiam Papinianus ait placuisse Principibus, vt hic etiam amitteret ius aureorum annulorum, quod impetrauerat ante sententiam pro ingenuitate dictam per collusionem aduersarij: quia etiam affectando ingenuitatem videtur se eo iure abdicasse, videtur deposuisse ius aureorum annulorum, quod etiam confirmat *l. 2. huius tit. & l. homo, de statu hom.*

Ad l. 81. De furtis.

D *Ob pecuniam ciuitati subtractam, actione furti, non crimine peculatus tenetur.*

Finge: Curator rei frumentariæ pecuniam ciuitatis subtraxit & in vsus suos conuertit: constat eum teneri furti, sicut si quamuis aliam rem ciuitatis subtraxisset, *l. sed etsi imaginem, §. vlt. hoc tit.* Dubitabatur an etiam criminaliter teneretur iudicio peculatus? Dubitationis causa hæc est: quia crimen peculatus intenditur tantum in furem pecuniæ publicæ populi Romani, & ciuitates aliæ priuatorum loco habentur, *l. 15. de verbor. signif.* Et sane ita respondet Papinianus, ob pecu- E niam ciuitati subreptam eum teneri quidem furti; priuata actione & ciuili, non crimine peculatus, non actione criminali. Cui oppone *l. 4. §. vlt. ad l. Iul. peculat.* quæ ait euidenter: Recte institui accusationem peculatus in eum, qui pecuniam subripuit ciuitatis cuiuscunque vel municipij: sed addit *d. l. 4.* hoc esse ex constit. Traiani & Adriani, qui scilicet legem Iuliam peculatus, quæ erat tantum de pecunia pop. Romani porrexerunt etiam ad pecuniam ciuitatis cuiuscunque, sicut edictum, *ex quibus causis maiores*, certum & exploratum est, constitutiones porrexisse ad quascunque ciuitates, quod erat tantum de ciuitate Romana, *l. legatis, ex qui-bus causis maiores.* Igitur necessario hac distinctione vtimur, vt dicamus in aliis plerisque causis separandum esse ius à constitutionibus. Papin. respicit ad ius, hoc est, ad ipsam legem peculatus, quæ tantum est de pecunia pop. Rom. & quod ait *l. 4. §. vltimo, ex constitutionibus*, plane ostendit ipso iure non ita esse, de quo Papinianus respondet. Male Antonius Augustinus has duas leges non pugnare, quia videantur diuersa proponere, non contraria, quia plane sunt contraria, cum vna negat, altera affirmet. Alciati etiam sententia iampridem explosa est, qui metu illius l. 4. adductus, non metuit in hac l. 81. addere negationem & legere, *actione furti, necnon crimine peculatus tenetur*: quod omnino falsum est.

Ad l. 1. De crimine stellionatus.

Actio stellionatus neque publicis iudiciis, neque priuatis actionibus continetur.

His verbis Papinianus significat actionem stellionatus non venire ex legibus, non esse legitimum & ordinarium iudicium, non verti in ea actione crimen legitimum aut pœnam legitimam, vt ait *l. 3. §. penult. hoc tit.* pœnam stellionatus nullam esse legitimam, cum nec legitimum crimen sit, hoc est, ordinarium: vt legitimi gladiatores, id est, ordinarij, non cateruarij: Legitimæ feriæ, id est ordinariæ, non quæ indicuntur extra ordinem & præter consuetudinem. Publica iudicia ex legibus veniunt, vt ait *l. 1. de pub. ind.* puta ex l. Iulia Cornelia, Pompeia, Fabia, Rhemmia, Visellia. Hæ sunt leges publicorum iudiciorum: sed lex Iulia est multiplex: cæteræ sunt singulares. hoc est, de certis & specialibus quibusdam criminibus singulæ priuatæ actiones, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuria dati, quatuor actiones sunt, quæ etiam veniunt ex legibus certis, vel ex Edictis Prætorum. Et priuatis actionibus actionem stellionatus non contineri certissimum est: quia hæ actiones sunt ciuiles, non criminales. Actio autem stellionatus est criminalis. Qua ratione dubitabatur an actio stellionatus, an iudicium stellionatus publicis iudiciis posset adscribi. sed eleganter *l. 1. infra de publicis iudiciis ait*, non omnia iudicia, in quibus vertitur accusatio criminalis, esse publica. Huiusmodi est iudicium stellionatus, in quo quidem vertitur crimen, nec tamen est publicum iudicium, *l. 3. de extra. crim. l. quid ergo, §. vltimo, de his qui not. infam. l. tertia, C. de crimin. stellion.* Priuatorum aut publicorum iudiciorum, quæ ex maleficiis nascuntur, pœna est legitima, hoc est, certa lege definita: stellionatus nulla est pœna legitima, ergo stellionatus neque publicum neque priuatum crimen est, sed extraordinarium. Extraordinarium crimen est, cui nulla specialis pœna imposita est legibus aut constitutionibus, sed liberum arbitrium est magistratui, qui de eo crimine cognoscit, causa cognita statuendæ pœnæ, *l. prima, de effract.* Statuendæ, inquam, pœnæ, quam nulla lex statuit: qua de causa hæc crimina extraordinaria à Rhetoribus in declamationibus dicuntur *crimina inscripta*, quod de eis nulla lex scripta sit, sicut de publicis vel priuatis: sed vel sunt inducta moribus, vt de crimine præuaricationis extraordinario dicitur in *l. 3. de prauar.* vel etiam constitutionibus adnotata sunt, non imposita certa pœna, quia & inscriptum esse videtur crimen, cuius pœna non adscripta est, etiamsi ipsum crimen sit scriptum, notumve legibus. Stellionatus autem est omne crimen, quod aliud nomen non habet proprium, vel malitiosa quælibet & vafra calliditas, quæ proprio nomine vacat. Exempla multa dat *l. 2. hoc titulo.* Est autem hoc crimen, licet publicum non sit, aliquando famo-sum.

ſum, vt ait *l. quid ergo, §. vlt. de his qui not. inf.* ſicut crimen expilatæ hereditatis, licet publicum non ſit, eſt famoſum tamen & turpe, *l. ſi te, C. ex quibus cauſ. infam. irrogetur*, non ergo ſola iudicia publica ſunt famoſa, ſed etiam priuata quædam & extraordinaria, *d. l. quid ergo §. vlt.* Plane præcidit crimen ſtellionatus eſſe famoſum, & tamen *l. 2. hoc tit.* ait crimen ſtellionatus non eſſe famoſum, ſed pœnam, coercitionem extraordinariam habere. Videtur eſſe ἐναντιοφανές, hoc nemo melius expediuit, quam Ioannes vetus interpres, ex *l. infamem, de pub. iudic.* quod dicat illa lex quædam iudicia, quæ non ſunt publica, irrogare infamiam, videlicet, vt ait, ſi ex cauſa infami deſcendant ea iudicia: ſi ex ea cauſa deſcendant ea iudicia criminalia, ea crimina, quæ non ſunt publica, quæ in ciuili iudicio condemnato importent infamiam, vt ſi deſcendant ex cauſa furti, quæ in ciuili iudicio, id eſt, in actione furti, proculdubio condemnato importat infamiam: nam actio furti eſt famoſa. Abſurdum autem eſt, actionem ciuilem eſſe famoſam, & criminalem, venientem ex eadem cauſa non eſſe famoſam, quæ actio aſperior eſt. Itaque rectiſſime Ioannes hac vtitur diſtinctione. Aut crimen ſtellionatus ex ea cauſa venit, quæ iudicio ciuili irrogat infamiam, veluti, ex cauſa depoſiti, & hoc caſu crimen ſtellionatus eſt famoſum: Aut venit ex ea cauſa, quæ in iudicio ciuili non importat infamiam, vt ex cauſa pigneratitia, vel ex cauſa empti, vel ex cauſa indebiti ſoluti, vt in ſpecie *l. 1. & l. tutor §. 1. de pigner. act. & l. cum æs pro auro, de furt. l. ſi fideiuſſor §. in omnib. mand. l. ſtatuliberum §. 1. de ſtatulib.* Et in his tantum cauſis procedit, quod ait *l. 2. h. tit.* crimen ſtellionatus non eſſe famoſum. Cauſa criminis eſt inſpicienda, hæc crimen famoſum facit, vel non facit.

Ad l. 12. Ad municipal.

Et ei contra nominati collegam actionem vtilem dari non oportere.

LEx eſt de magiſtratibus municipalibus, vt ea quæ præcedit, & ea quæ ſequitur, quibus hæc lex 12. interiecta eſt, vt in vrbe duo erant Conſules, qui rempub. adminiſtrabant, ita etiam inſtar conſulum in ſingulis municipiis creabantur quotannis duo magiſtratus municipales, qui & paſſim ob eam rem Duumviri appellantur. Duumviri & magiſtratus municipales idem eſt. Hi ſuo periculo rempublicam adminiſtrant: qua de cauſa & initio magiſtratus cauent datis fideiuſſoribus rempublicam ſaluam fore, quam ipſi adminiſtrandam ſuſcipiunt, & ſub finem anni, (quoniam, vt dixi, annuus eſt magiſtratus) ambo ſuo periculo ſibi nominant ſucceſſores: quam nominationem nunquam non ſequitur reſpublica, vel ordo ciuitatis, quare fit, vt ea nominatio etiam creatio appelletur, & nominatores creatores vocentur vel χειροτονηταί: Quoniam eam nominationem reſpublica ſemper ſequitur, quia ſuo periculo ſemper ſibi nominat ſucceſſores in ſequentem annum. Igitur ex nominatione & laudatione ſucceſſorum reipublicæ tenentur, perinde atque fideiuſſores, ſi quid ij male geſſerint in republica, quos ſibi ſucceſſores nominarunt. Obligatur etiam quiſque eorum pro collega ſuo, quia licet duo ſint, vnus tamen eſt magiſtratus, vna reſpublica cuius vicem ſuſtinent, *l. magiſtratus, hoc tit.* denique pro magiſtratu municipali ſiue duumviro obligatur fideiuſſor & nominator & collega. Sed videamus quo quiſque ordine conueniatur. Ac primum quidem, qui ob rem male à ſe geſtam in magiſtratu, veluti, ob pecuniam publicam non idoneis nominibus collocatam debitor eſt reip. principalis primum conuenitur is ſi ſoluendo non ſit tempore depoſiti magiſtratus, fideiuſſor eius conuenitur, poſt fideiuſſorem conuenitur nominator, vt in *l. ſeq.* & vltimo loco, ſi ab illis res ciuitatis

A ſeruari non poſſint conuenitur collega. Igitur fideiuſſor, prius conuenitur quam collega, itemque nominator, qui inſtar eſt fideiuſſoris prius quam collega: & ita definit Papinianus *in l. 11.* præcedenti, optima ratione: quia maior eſt ratio conueniendi nominatoris quam collegæ: nominator enim tenetur fidei ſuæ ratione, quia nominator eum quem nominauit idoneum eſſe fide ſua iuſſit, atque ita tenetur ex contractu ſuo & fide data: denique fidem ſuam pro eo obſtrinxit, quem ſuo periculo nominauit. At collega non tenetur fidei ratione, quia nullam fidem dedit, qui nihil cauit, nihil promiſit. At tenetur negligentiæ tantum & pœnæ nomine, quod negligens fuerit in admonendo collega, vt rem bene gereret in obſeruando actu omni collegæ ſui, vel etiam, quod rem quam collega geſſit male, non geſſerit ipſe: quoniam vtriuſque officium eſt indiuiduum & commune, vt ait *l. 11. in princ. hoc tit.* negli-
B gentiæ pœna hæc eſt, vt teneatur pro collega, qui male rempub. admininiſtrauit. In collegam igitur eſt pœna; in collegam, eſt culpa: in nominatorem eſt fidei datæ ſiue rei perſecutio. Et æquius eſt pœnæ exactionem poſteriorem eſſe: id eſt, non ante perueniri ad pœnam, quam defecerit omnis ratio ſeruandæ rei, vt in *l. 3. C. quo quiſque ord. conuen. lib. 11.* Apparet igitur hac in re nominatorem comparari fideiuſſori: nam vt fideiuſſor, ita nominator prius eſt conueniendus quam collega. Additur in hac l. 12. alia etiam in re comparari nominatorem fideiuſſori: nam vt fideiuſſor qui ſoli-
C dum ſoluit creditori, aduerſus alium fideiuſſorem non habet vtilem actionem, qua ab eo recipiat partem pecuniæ ſolutæ, vt conſtat ex *l. 5. de fideiuſſ. l. cum alter, C. eodem tit.* ita nominatori, qui ſolidum ſoluit, non datur actio vtilis aduerſus collegam, qui ſimul cum eo nominauerat ſucceſſores. & hoc eſt quod ait in hac lege: *Et ei qui nominauerit contra collegam vtilem actionem dari non oportere*: & additur, *ſicut nec fideiuſſori dari oportet vtilem actionem aduerſus confideiuſſorem.* & ſic vulgo legitur in hac *l. & ei qui nominauerit contra collegam vtilem actionem dari non oportet*, fruſtra repetitis ex l. proxima ſuperiori illis verbis, *qui nominauerit*, quæ ſunt in extremo legis ſuperioris. Qui verò nominauerit, fidei ratione conuenitur. Et ſubiicitur:
D *& ei.* fruſtra additur, *& ei qui nominauerit*, quod ſatis intelligitur coniuncta lege ſuperiori. Et etiam ea verba, *qui nominauerit*, in hac l. 12. ſuppleuiſſe interpretem aliquem verum eſt, cum nec ſint in Pandectis Florentinis: in quibus tamen Pandectis Florentinis etiam vocem *nominati*, quæ in eis ita legitur, *& ei contra nominati collegam*, hanc, inquam, vocem *nominati* ex interprete aliquo ſubrepſiſſe oſtendit Accurſij gloſſa, quæ vocem illam *nominati* ſupplet, & perperam, quia non contra collegam nominati ſucceſſoris, ſed contra collegam ſuum nominatori, qui ſolidum ſoluit reipubl. contra collegam ſcilicet nominatoris Papinianus denegat vtilem actionem. Denique detractis gloſſis ita legendum hoc loco: *& ei contra collegam actionem vtilem dari non opportet.* Ei, hoc eſt, nominatori, de
E quo ante egi ſicut fideiuſſori, qui ſolidum ſoluit contra collegam actionem dari non oportet, qua ab eo recipiat partem ſoluti. Quæ ſit ratio mox explicabimus, ſed prius opponamus huic reſponſo Papiniani, quod tutori, qui ſolidum ſoluit ex culpa communi admiſſa in adminiſtratione tutelæ aduerſus contutorem eſt vtilis actio pro parte pecuniæ ſolutæ, *l. 2. §. nunc tractemus, de tut. & rat. diſtrah. l. 2. C. de cont. iud.* Item quod duumuiro, qui ex cauſa adminiſtrationis in ſolidum ſatisfecit reipubl. aduerſus collegam datur actio vtilis, vt eſt diſertè proditum in *l. 2. §. ius reipub. de admin. rerum ad ciuitat. pertin.* Cur ergo fideiuſſori etiam qui ſolidum ſoluit non datur actio vtilis aduerſus confideiuſſorem? Cur nominatori qui ſolidum ſoluit quod debetur reipublicæ, non datur actio vtilis aduerſus connominatorem, id eſt, col-

legam suum? Ratio differentiæ hæc est: Quia duo fideiussores & duo nominatores sunt duo rei debendi: singuli debent solidum suo nomine, ipso iure: qui igitur ex iis soluit solidum, soluit suo nomine, vt se liberet obligatione qua tenetur in solidum. Non est igitur quod partem repôscat à collega, cuius nomine non soluit, sed suo tantum qui tenebatur in solidum. At duo tutores vel duo magistratus non sunt duo rei debendi; quoniam si ambo soluendo sint tempore depositæ administrationis, singuli non tenentur in solidum, sed pro vtilibus portionibus, *l. 2. §. nunc tractemus, de tut. & rat. distr. & l. si pupillus, de admin. tut.* Ergo ex iis, qui solidum soluit, non totum soluit suo nomine, quia suo nomine totum non debuit, sed partem suo nomine, partem collegæ nomine soluit. Proinde æquum est vt partem à collega recipiat, quem liberauit, vtili actione negotiorum gestorum, quia collegæ negotium gessit non pro se tantum soluendo, sed etiam pro collega.

Ad l. 15. Eodem tit.

Ordine decurionum ad tempus motus, & in ordinem regressus, ad honorem exemplo relegati tanto tempore non admittitur, quanto dignitate caruit. Sed in vtroque placuit examinari, quo crimine damnati sententiam eiusmodi meruerunt, durioribus etenim pœnis affectos, ignominia veluti transacto negotio postea liberari. Minoribus vero quam leges permittant, subiectos, nihilominus inter infames haberi. Cum facti quidem quæstio sit in potestate iudicantium, iuris autem auctoritas non sit.

IN primo responso vel in specie primi responsi quæritur: an decurio, qui ex crimine aliquo ad tempus ordine motus est, vel qui ad tempus relegatus est in insulam, aut partem aliquam prouinciæ: (nec enim omnis relegatio fit in insulam, sed & in ciuitatem & regionem aliquam,) an, inquam, expleto illo tempore decurionatum recipiat, an reducatur in ordinem, & ad nouos honores municipales aspirare possit? Papinianus relegato ad tempus comparat eum, qui ordine mouetur ad tempus: quoniam in hac re idem fere ius obseruatur in vtroque, puta, quod proponit initio legis, vt quanto quisque tempore dignitate & decurionatu caruit, tanto regressus in ordinem abstineat nouis honoribus ciuitatis vel municipii, vt si ordine motus sit vel relegatus in biennium, & expleto biennio redierit in ordinem decurionatu adepto vel recepto, non potest capere nouos honores antequam aliud biennium fecerit in decurionatu, quem recepit vel adeptus est, quod etiam proponitur in *l 2. C. de iis qui in exil. dati vel ord. moti sunt lib. 10.* Et ratio hæc est: quia vt nouo decurioni non statim patent honores reipubl. ita patere non debent ei, qui recens ex pœna rediit in ordinem, quo exciderat, decurionatus pristino honore recepto: nam & hic quasi quodammodo nouus decurio est. Aut sane sicut in honorib. petendis & adipiscendis antiquiores præferuntur nouis decurionibus, ita æquum est, vt ij quorum in vita nulla fuit intercapedo dignitatis, præferantur ijs qui dignitatis suæ intercapedinem aliquam fecerunt, deinde reuersi sunt in ordinem. Est quidem hæc differentia inter relegatum & remotum ad tempus, quod Senatu vel curia remotus domicilium non mutat, sedem non mutat, *l. 3. de Senat.* relegatus domicilium mutat & necessarium domicilium habet in eo loco, in quem relegatus est, vt ait *l. filij §. relegatus, inf. hoc tit.* At in eo, quod dixi ante, quodque Papin. proponit initio huius legis, ius est commune vtriusque, relegati ad tempus, remoti ad tempus, vt post reditum in ordinem tanto tempore abstineat nouis honoribus, quanto curia abfuit, nec statim affectet vel appetat nouos honores. Commune etiam hoc est vtriusque, vt neuter mutet statum, capite minuatur, hoc est, vt neque libertatem neque ciuitatem neque familiam mutet, *d. l. 3. de Senat. l. 7. §. siue ad tempus, de inter. & releg.* statum autem dignitatis vt vterque mutet; alius est status capitis, alius status dignitatis: statum capitis non mutant, statum dignitatis mutant, hoc est, habentur inter infames, *l. 2. de Senat. l. penult. §. minuitur, de extr. cogn.* Et ratio hæc est: quia nulla ex causa legibus solent irrogari eiusmodi pœnæ, vt reus eat in exilium, vel exeat ordine ad tempus, quæ non sit causa turpis & famosa. Crimen turpe æquum est vt sequatur pœna turpis, quæ importet infamiam. proinde decurio vel relegatus vel ordine motus ad tempus expleto tempore non potest redire in ordinem, quia ordo ille non admittit infamem, ac pro eo est ac si damnatus fuisset in perpetuum. Infamia tempore non aboletur sed tantum beneficio Principis aboletur, non beneficio temporis: Princeps famæ restituit, quia placitum principis lex est, & legis est tollere infamiam & restituere famæ. At tempus per se solum non restituit famæ. Infamiæ autem effectus hi sunt: vt in perpetuum priuet omni honore & dignitate, vt arceat Senatu, curia, equite, militia, rostris *l. 8. de int. & rel. l. 4. §. ad tempus, de re milit. l. 3. C. eod titul. l. quisquis §. filij C. ad l. Iuliam maiest. l. 2. C. de dignit l. 8. C. de decur.* & ita lege Iulia de vi nominatim cauetur, ne damnatus de vi, quam ea lex infamem fecit, fiat Senator, neve decurio, (qui & Senator est municipalis, minor Senator:) *neve*, ait, *vllum honorem capiat.* & addit. in *l. 1. sup. ad leg. Iul. de vi priu. neve in eum ordinem sedeat.* corrupte: quia lex Iulia scripsit, *neve in quatuordecim ordinibus sedeat.* Et hoc est quod ait Tertullianus libr. de spectaculis. *Damnatos ignominia & cum capitis minutione arceri equite.* & addit etiam lex Iul. *ne iudex sit, nec iudex dari possit*, vt *l. cum prætor, de iud. l. 2. de Senat.* quæ etiam adiicit, *nec testimonium dicat*, videlicet, qui iudicio criminali notatus est, non quocumque iudicio nam depositi damnatus ciuili iudicio fit quidem infamis, sed à testimonio non repellitur. Adde etiam nec infamem publico iudicio quemquam accusare, nec populari actione agere posse, *l. qui accus. de accus. l. 4. de pop. act.* nec in consilio magistratibus adsidere posse, *l. 2. de off. adss.* nec postulare posse pro omnibus, *l. 1. §. ait prætor, D. de postul.* Et postremo seuerius puniri infamem, si quid deliquerit, quam integræ frontis, non inscriptæ frontis hominem, *l. capitali §. vlt. de pœn.* Illi sunt effectus infamiæ. Summus ille, vt in perpetuum priuet omni honore & dignitate, vt excludat omni honore & dignitate. Nunc hoc adsumamus. At ille decurio ordine motus, vel relegatus, exactus ad tempus, notatur infamia, ergo decurio fieri vel esse non potest: denique in ordinem venire aut redire non potest, & tamen initio posui ordine motum vel relegatum ad tempus expleto tempore in ordinem reuerti: h. e. decurionem fieri vel esse, ac si nunquam desierit. Quid nunquid à me ipse dissideo? Aut qui hoc pono, sine iuris auctoribus pono? minime. Sciendum enim est, non semper notari infamia decurionem, qui relegatur vel remouetur ad tempus: notatur quidem infamia, si hanc pœnam relegationis vel remotionis ab ordine, in quam reum iudex damnauit, ipsa lex indixerit nominatim: quod est etiam proprium legis. Damnatio est iudicis; pœna est legis solius iure ordinario, cum rite & ordine agitur. Etiam notatur infamia is, cui lex grauiorem pœnam inflixit, si ei iudex extra ordinem hanc tanquam mitiorem pœnam indixerit: vt si cui lex indixerit deportationem, quæ capite minuit, iudex indixerit relegationem ad tempus, vel in perpetuum, quæ pœna non minuit statum: nec enim ideo minus, imo, ideo magis damnatum sequitur infamia, quia boni consulere debet humanitatem sententiæ, quæ eum releuat pœna,

legitima, quæ est acerbior, nec desiderare etiam potest contra legem præterque sententiam, vt etiam liberetur infamia quod proponitur in *l.3.tit.seq.* At non notatur infamia is, cui iudex duriorem pœnam inflixit, quam lex permittit, vt si quem lex mulctat parte bonorum, eum iudex ordine moueat vel releget ad tempus, quæ pœna vtique grauior est. Nam grauiore pœna videtur cum reo transactum de fama, vt scilicet, vrbe vel curia abiret illæsa existimatione, *l. quid ergo §. pœna, de his qui notant. infam. l. in seruorum §. vlt. de pœn. l. 5. tit. seq.* Et hoc est, quod ait Papinian. in hac lege: *Veluti transacto negotio.* h. e. *quia seueritas sententiæ cum cæteris damnis transigere videtur*, vt ait *l. 4. C. ex quib. caus. infamia irrog.* In qua vt hoc obiter admoneam, manifestum est, vbi est, *relegatum*, legendum esse *relegandum*, vbi *damnandum*, legendum esse *damnatum*: quæ commutatio est frequens in auctoribus: nam species hæc est: Proconsulem Possidonium in annum relegandum tantum, damnasse in quinquennium, & damnatum paruisse sententiæ, id est, quinquennium fuisse in exilio, non fuisse refugam pœnæ: nam refugæ pœnæ augeretur pœna. fuisse igitur Possidonium duriorem sententiam passum, quod sit damnatus in quinquennium, cum damnari tantum debuerit in annum: & ideo reuersum, ait, inter infames non haberi: licet actio ex qua damnatus fuerit, famosa sit: *quia seueritas sententiæ cum cæteris damnis transigere videtur.* Ergo ille, qui grauiorem sententiam patitur, ob hoc quod relegatur summouetur ad tempus, non fit infamis, aut certo expleto tempore videtur liberari infamia, & consequenter decurionatum adipisci vel recuperare, potest relegatus reuersus adipisci, si quis locus vacet, non etiam recuperare pristinum decurionatum: ordine autem motus recuperare potest, nisi quis in eius locum interim sublectus sit: & hæc est alia differētia inter relegatum ad tempus, & ordine motum ad tempus, quæ notatur in *l. 2. tit. seq.* notatur etiam in *l. 3.* illo loco: *non ad tempus sit relegatus, sed ad tempus sit ordine motus.* Quod ita ponit, quia hac in re inter hunc & illum differentia est. Et hoc etiam satis euidenter ostendit *l. falsi §. 1. ad leg. Corn. de fals.* dum ait: *Exulem post reditum decurionem recte creari.* decurionem, inquam, creari, non decurionem esse, *ordine motum ad tempus post reditum in curiam confestim decurionem esse*, quod est confestim decurionatum recuperare pristinum. At vterque nouos honores decurionatus adepto vel recepto capere potest: tanto tempore post reditum, vt dixi, in curia transacto, quanto pœna functus est & curia abfuit. Secundum hæc quæ certissima sunt multum interest, ex causa famosa iudex extra ordinem minorem an maiorem pœnam inferat quam lex ferat. Si minorem, non potest efficere, vt damnatum non sequatur infamia, si maiorem, damnatum non sequitur infamia, licet causa criminis sit turpis & famosa, videlicet si iudex reum onerauerit pœna non pecuniaria, vt si relegauerit vel ordine mouerit, quem lex pecunia tantum mulctabat: nam si eum onerauerit pœna pecuniaria tantum, vt si furem nec manifestum, quem lex 12. tabul. duplo subiicit, damnauerit in quadruplum, damnatum proculdubio sequitur infamia, *d. l. quid ergo §. pœna.* Et hoc est quod ait *l. non poterit, de furt.* non posse præsidem prouinciæ efficere, vt furti damnatum non sequatur infamia, non posse eius, quem furti damnat, seruare existimationem. Quod est generaliter verum. siue furi infligat pœnam legitimam, siue maiorem, siue minorem. Rationem autem differentiæ Papinian. proponit elegantissime hoc loco inter minorem & maiorem pœnam, non pecuniariam, quam iudex infligit, vt non maiorem, sed minorem sequatur infamia, quam rationem ex hoc ipso loco alias retulit Marcianus. *Quia facti quidem*, inquit Papinian. *quæstio est in potestate iudicantium: iuris autem auctoritas non est.* Retulit, inquam, hanc rationem Marcianus in *l. 1. §.*

A *sed non vtique, ad SC. Turp.* & sensus hic est: iuris auctoritatem non esse in potestate iudicis, hoc est, pœnam criminibus non imponi arbitrio iudicis, sed constitui lege: iudicem pœnam legitimam minuere vel augere non posse: corruptam videri sententiam si sit legibus mitior aut durior. M. Tullius in prætura vrbana: *lex est, pœnit est*, inquit, *Quid hoc ad eum, qui ius dicit? in pœnis ferendis nullæ sunt partes iudicis.* Et ideo quem pronuntiauit iudex calumniam, aut furtum fecisse videri, quæ causæ turpes sunt, etiam si ei legis pœnam non indicat nominatim, aut si indicat minorem, nihilominus pœna legis statim reum apprehendit, id est, infamia quæ ipso iure infligitur. Relegatio autem vel ordine motio, quia facti est, ipso iure non infligitur sine executione iudicis. Et punitur iudex, quod minorem pœnam inflixerit, quodve maiorem, vt *l. seruos, 8. in fi. C. ad leg. Iul.*
B *de vi. l. 8. C. Theod. de appellation.* Quod si iudex maiorem pœnam infligat reo, quam lex permittat, cessat pœna legis, hoc est, infamia, quia non tali pœna adfecto lex irrogat infamiam, sed multo minori. Et plane recessit iudex à legis pœna, qui minorem inflixit, At contra non omnino recessit à pœna legis, qui maiorem inflixit: nam in maiori minor inest, in minori non inest maior. Denique pœnam infamiæ sola lex exequitur. Pœnam relegationis vel remotionis ab ordine solus iudex exequitur, quia facti res est, &, vt ait, facti quæstio, hoc est, vt Græci interpretes notant, ἐπεξέλευσις est, in arbitrio iudicis, eaque res propterea sæpe iudici præbet materiam gratiæ vel ambitionis, *l. eum quia, in fine, de iudic.* non tantum infamia, sed & quælibet alia
C pœna legis est, sed infamia solius legis infamia iuris est. Alia pœna facti, hæc desiderat executionem iudicis, infamiæ pœna nullam desiderat executionem iudicis. Et hæc est huius quæstionis siue responsi interpretatio & definitio, cui hoc vnum tantum opponitur, quod est in *l. 1. C. de iis, qui in exil. dati & ordine moti sunt*, & *l. 3. C. ex quibus caus. infam. irrog.* etiam ordine motum ad tempus mitiore pœna, expleto tempore recipere pristinum decurionatum, addita ratione: *ne pœna, sententia determinata contra fidem sententiæ vlterius porrigatur:* quod etiam idem traditum de relegato ad tempus mitiore sententia, *l. Imperator §. 10. de postlimin.* At vt respondeamus vtendum est eadem separatione, qua ante vsi sumus ad *l. ob pecuniam, de furt.* In qua Papinianus ait, *eum qui subripuit pecuniam ciuitatis cuiusdam, non teneri*
D *crimine peculatus*: & tamen lex 4. §. *vlt. sup. ad l. Iuliam peculat. ait, eum teneri crimine peculatus*, sed addit, *ex constitutionibus Traiani & Adriani.* Papinianus non respicit ad constitutiones, sed ad ius ipsum, quod semper separatur à constitutionibus, vt *l. falsa, de cond. & demonstrat. l. 4. §. deinde ff. de doli except.* Plane apud Capitolinum Macrinus Imperator ius separabat à Constitutionibus, cum id se acturum testabatur, vt iure non rescriptis ageretur. Et ita quod ante maxime ex Papiniano proposuimus, iure ipso verum est: at ex constitutione Antonini aliud est receptum & constitutum; imo ex edicto Antonini, quod est grauius rescripto, vt ait *l. 3. hoc tit.* Cuius edicti pars est in *d. l. 1. C. de ijs qui in exil. dati sunt. ne posthac*, id est, ne in posterum (quibus verbis
E abrogat ius vetus quod sequitur Papinianus) *pœna temporaria post impletum pœnæ tempus vlterius porrigatur, & impediat quo minus quis vel recipiat pristinos honores, vel nouos adipiscatur.*

Ad §. In eum qui successorem.

In eum, qui successorem sub periculo nominauit, si finito magistratu successor idoneus fuit, actionem dari non oportet.

IN hoc §. ostenditur, non aliter dari actionem in nominatorem magistratus, quam si magistratus quem no-

minauit, non fuerit idoneus eo tempore quo conueniri potest, id est, tempore depositi magistratus, Responsum est de magistratibus municipalibus siue duumuiris, qui annui erant magistratus, & sibi sub finem anni successores nominabant, qui sequenti anno duumuiratu fungerentur & nominabant suo periculo: neque tamen si quid successores malè gessissent, ipsi, qui nominauerant, statim conueniri poterant, quia prius sunt excutiendi rei principales, hoc est, duumuiri, qui Rempub. administrauerunt, & ita demum agi potest cum nominatorib. si principales rei soluendo non fuerint, si ab eis respub. suum seruare non possit, aut consequi. Denique prius respublica conuenire & excutere debet reum principalem, qui rempub. gessit quam nominatorem vel fideiussorem, vt *l.17. §.filium, hoc tit. l.3.§.vlt. de adm. rer. ad ciuit pertinent. l. 1. C. de decur.* Et alia est ratio priuati creditoris, alia reipublicæ. Plus sæpe datur priuatis, quã fisco vel reipub, quoniã sunt acerbiores exactores, quam priuati creditores. In priuati creditoris arbitrio est, aut fuit sane in electione, quem prius conueniat, debitorem, ipsum principalem, an fideiussorem, vel nominatorem, puta, nominatorem tutoris, *l. 1. C. de fideiuss. tut. l. 3. C. de fideiuss.* Quod tandem ad extremum Iustiniani Nouella mutauit, adempta priuato creditori potestate electionis, & restituto iure vetustissimo, quo non licebat fideiussores appellare, cum reus principalis erat locuples & idoneus: aut sane, vt Marc. Tul. ait, hoc habuit quandam δυσωπίαν, fideiussorem appellare, cum reus est idoneus. Est igitur hodie hac in re idem ius priuati creditoris & reipublicæ vel fisci, vt excutiantur prius vires rei principalis, quam inquietetur vel fideiussor, vel nominator, aut affirmator, siue laudator, qui veluti fideiussor tenebatur, vel collega.

men emptoris & venditoris, ab vtroque defendi, & si di lui non possit, in vtroque puniri. Et placet elegans sententia Cypriani Epist. 68. *Qui iunguntur in culpa, in pœna non separentur.* vt similiter in *l. si quenquam, in fi. C. de episcop. & clericis.* Quos par facinus coinquinat, & æquat, vtrosque similis pœna comitetur.

Ad §. vltimum.

Ius originis in honoribus obeundis, ac muneribus suscipiendis, adoptione non mutatur. Sed nouis quoque munerib. filius per adoptiuum patrem adstringitur.

Ex responso vltimo huius legis notandum est, per adoptionem non mutari ciuitatem, in qua is, qui adoptatur vitam accepit, sed augeri cum alia ciuitate, vt si te, verbi gratia, Lugdunensem Massiliensis adoptauerit, duæ tibi sunt ciuitates, quasi bis genito: ciuem non tantum origo facit, sed etiam adoptio, *l. 1. hoc tit. l. ciues, C. de incolis, lib. 10. l. in adoptionem, C. de adopt.* Idcirco non tantum in ea ciuitate, vnde originem ducis, munera ciuilia facere debes, sed etiam in ciuitate & patria adoptatoris, quandiu durat adoptio, vt additur in *l. seq.* Si adoptio emancipatione soluatur, & filius esse desinis adoptatoris. desinis etiam ciuis esse eius ciuitatis, in quam per adoptionem tranfieras. Denique adoptatus & ius ciuitatis suæ retinet, & patriam adoptiui patris adsequitur. Patria à patre dicitur, *l. 1. C. vbi petant. tut.* vt alius est pater naturalis, alius ciuilis ei, qui adoptatus est, ita duplex est patria, naturalis, & ciuilis, nec enim adoptio naturalem patriam perimit. Ciuilis ratio non potest corrumpere ius naturale, originis & sanguinis.

Ad §. In fraudem.

In fraudem ciuilium munerum per tacitam fidem prædia translata, fisco vindicantur: tantumque alterum interdictæ rei minister de suis bonis cogitur soluere.

Vt intelligatur hic §. sciendum est, munerum ciuilium quædam esse patrimonialia, quæ prædiis & possessionibus indicuntur; alia esse *corporalia*, siue personalia quæ personis indicuntur, nec sumptum, aut impensam vllam requirunt, sed laborem corporis tantum. Personalia obsequia soluunt tam opulenti quam inopes. Patrimonialia fortunati tantum; quia ipsa non habendi necessitas, vt ait *l. 4. §. pen. de muner. & honor.* inopes satis excusat, etiamsi aliquando locupletes fuerint, vt in *l. 4. de iis, qui num. lib. vel paupert. excus. mer. lib. 10. C.* Inopes sunt, qui non habent prædia: nam opum nomine proprie continentur prædia tantum, quæ solo continentur, vt in *l. 11. §. si filio, ad l. Falcid. l. 2. C. quando & quib. quart. pars debeatur. lib. 10.* Quibus ita præmissis finge, aliquem in fraudem reipub. vt se subtraheret, liberaretve muneribus patrimonialibus, prædia, quæ possidebat, alienasse senatori populi Rom. qui ea munera non agnoscit, & alienasse per imaginariam venditionem, vel, vt Papin. ait, per tacitam fidem, id est, interposita fide seruandi sibi ea bona, eorumque bonorum reditus omnes, interposita tacita conuentione. Hoc vero genere fraus manifesta facta est reip. cui debentur munera ciuilia. Et hæc fraus etiam ex Constitutione aliqua plectitur, vt opinor, plectitur videlicet prædiis fisco vendicatis ab emptore, qui tacitam fidem interposuit seruandarum possessionum venditori, & quasi rei illicitæ minister fuerit, eo emptore inferente fisco eorumdem prædiorum æstimationem. vterque punitur venditor & emptor, quia communis est fraus, vt *l. 1. ad leg. Fab. de plagiar. l. circumcidere §. 1. ad l. Cornel. de sicar. l. 19. C. de cursu pub.* Plin. 2. Epist. ep. 11. *Æquissimum est commune cri-*

Ad l. 17. eod.

Libertus propter patronum à ciuilib. muneribus non excusatur. nec ad rem pertinet, an operas patrono, vel ministerium capto luminibus exhibeat. Liberti vero senatorum, qui negotia patronorum gerunt, à tutela decreto patrum excusantur.

Libertum non excusari à muneribus personalib. reipublicę, patriæ suæ, propter operas, propter obsequia, vel ministeria, quæ patrono suo debet & præstat, etiamsi, vt ait Papin. quod notandum, patrono, cui Deus cœlum abstulerat, ducatum exhibeat, si ductarius sit patroni luminibus orbi. Vtrique seruire debet patriæ & patrono, vt *l. 1. C. de libert. l. 1. C. ad l. Visell.* Patria vero liberto non alia est, quam quæ patrono, vt constat ex *l. filij §. municipes. & l. eius, l. assumptio §. vlt. hoc tit.* Manumissio quasi natalis dies municipem siue ciuem facit, *l. 1. hoc tit.* Ælius Gallus apud Festum, *Municeps est*, inquit, *qui in municipio à seruitute se liberauit à municipe.* Et hoc quidem, vbi Papin. proposuit initio huius legis, addit mox veluti exceptionem quandam in §. 1. vt libertus tamen senatoris, qui senatoris negotia omnia procurat, excusetur à tutelis, licet tutelæ etiam sint munera ciuilia, quod ait esse ex Senatusconsulto. Sed hoc Senatusconsultum iuris interpretes strictius acceperunt, puta, vt hanc immunitatem à tutelis habeat vnus libertus tantum senatoris, qui eius negotiis instat, non plures liberti, & vt libertus senatoris maris non fœminę, h.e. libertus clarissimi viri, non clarissimę fœminæ, *l. 15. §. libertus, de excusat. tut. l. 13. C. eod. tit.* & vt immunitatem habeat à tutelis tantum, non à cæteris muneribus ciuilibus: & rursus libertus, qui, vt dictum est, patroni senatoris negotia procurat, non etiam, qui tutelam filiorum eius administret, *l. libertus, eod. tit.* non etiam libertus, qui ius annuli aurei impetrauit, qui habetur pro ingenuo, non pro libertino, & ita est proditum in *l. 1. & l. cũ ex oratione §. vlt. eod. t. de*

excuſat. tut. Itaque apparet Senatuſconſultum, quod proponitur in hoc §. 1. accipi reſtricte.

Ad §. filium.

Filium pater decurionem eſſe voluit. Ante filium ex perſona ſua reſpublica debet conuenire, quam pater ex perſona filij. Nec ad rem pertinebit, an filius caſtrenſe peculium tantum poſſideat, cum ante militaſſet, vel poſtea.

NOtandum eſt, patrem, cuius voluntate filiusfam. decurio factus eſt, qua in re ſufficit tacita voluntas, id eſt, taciturnitas patris, quæ conſenſum imitatur, eum, inquam, patrem, cuius voluntate filiusfamilias decurio factus eſt pro filio reipub. obligari ex nuda voluntate atque tacita quaſi fideiuſſione, videl. eorum nomine, quæ filius geſſerit in rep. vt *l. 2. hoc tit. & l. 1. C. de filiisfam. & quemadmod. pater pro iis teneat lib.* 10. Sed vti proponitur in hoc §. filium prius conueniri debere ex ſua perſona ob rem male geſtam, quam patrem ex perſona filij *l. 1. C. de decurion.* ſicut ante diximus in *l.* 15. prius eſſe conueniendum nominatum ad magiſtratum vel munus publicum quam nominatorem; prius eſſe excutiendum reum principalem. Ergo in hoc propoſito pater non tenetur reip. aliter, quam ſi filius ſoluendo non ſit; vt ſi nihil habeat filius in boni proprium, nihil habeat: ſed ſi eo tempore, quo factus eſt decurio, habuerit caſtrenſe, vel quaſi caſtrenſe peculium, vel acquiſierit poſt decurionatum, nihil refert, vt ait Papin. quo quidem peculio periculum & damnum pecuniæ reip. ſarciatur; & ſi ſufficit, omnimodo liberatur pater, quia reus principalis eſt idoneus.

Ad §. Præſcriptio.

Præſcriptio temporum, quæ in honoribus reputandis, vel aliis ſuſcipiendis data eſt, apud eoſdem ſeruatur, non apud alios. Sed eodem tempore non ſunt honores in duab. ciuitatib. ab eodem gerendi. Cum ſimul igitur vtrubique deferuntur potior eſt originis cauſa.

NOtandum eſt legibus eſſe præſcripta tempora certa poſt depoſitum honorem municipalem, interualla certa temporum, vt ait, quib. is, qui perfunctus eſt honore aliquo municipali, neque repetere cogitur eundem honorem, neque capere nouum: hæc ſunt tempora quinquennij in repetendo eodem honore. Nam qui eo functus eſt ſemel, non cogitur eundem repetere ante quinquennium. In honore autem nouo adipiſcendo eſt præſcriptum triennium, vt oſtenditur in *l. 2. C. de muneribus & honor. non continuandis*, hæc obtinet in municipiis, vel prouinciis. In vrbe autem poſt depoſitum honorem conſulatus vel præturæ ex Senatuſconſulto ſeruabatur quinquennium, puta, ne quis ante quinquennium ſortiretur prouincias, vt ſcribit *Dio* 40. & 58. & 53. Ac ne volens quidem ante quinquennium poteſt poſt Conſulatum vel præturam obtinere prouinciam. At in municipiis etiam intra illa tempora, quæ dixi, quinquennij vel triennij volentes ad eoſdem, vel alios honores accedere poſſunt, modo non eoſdem iunctim percurrant atque continuent, nec omni quidem ſpatio intermiſſo ſaltem, & hoc eſt, quod ait l. 18. quæ ſequitur. *Interualla temporum, de quibus agimus in continuandis honoribus, inuitis non etiam volentibus conceſſa, dum ne quis continuet honorem ſine intermiſſione vlla.* Ergo qui perfuncti ſunt honore aut munere publico, intra ea tempora inuiti ſi vocentur ad eadem vel alia munera publica, ij poſſunt ſe tueri præſcriptione legib. conſtituti temporis, cuius immunitate vti licet, Item (vt Papinianus ait in hoc §.) *præſcriptio hæc temporum ſeruatur apud eoſdem.* Quod male initio Accurſius interpretatur de familia eius, qui ſe-

A mel munere publico, ſemel honore functus eſt, cum hoc potius velit, hæc tempora ſeruari apud eoſdem, id eſt, in eadem ciuitate, vt & in Baſil. ἐν τῇ αὐτῇ πόλει, non in alia ciuitate. Nam ſi duarum ciuitatum ciuis ſum, & in vna functus ſim hoc anno duumviratu vel curatione quadam publica, mox ſequenti anno in alia idem honos, idemve munus mihi inuito deferri poteſt. Præſcriptio igitur illa temporum pertinet tantum ad eandem ciuitatem, non ad aliam ciuitatem. At non omittit Papinianus, quod etiam non potuit omittere, non poſſe nos eodem tempore, eodem honore in duabus ciuitatibus fungi. Vt ecce non poſſum duumvir eſſe in duabus ciuitatibus. At cum forte in vtraque ciuitate, quæ me ciuem habet, ſimul mihi idem honos defertur, quid fiet? Potior erit cauſa ciui-

B tatis, ex qua ortus ſum, potior erit cauſa originis: plus debemus patriæ originali & naturali quam adſcititiæ aut ciuili In vindicando ciue duarum ciuitatum potiorem cauſam habet ciuitas, quæ genuit. Et hæc eſt ſententia huius §.

Ad §. Sola ratio.

Sola ratio poſſeſſionis, ciuilibus poſſeſſori muneribus iniungendis, circa priuilegium ſpecialiter ciuitati datum, idonea non eſt.

IN hoc §. Papinian. ait, Solam rationem poſſeſſionis muneribus ciuilibus iniungendis idoneam non eſſe,

C citra ſpeciale priuilegium quod ciuitati dedit Princeps. Hanc ſententiam Papiniani male Accurſius accipit de perſonalibus muneribus, cum nominatim loquatur de munerib. poſſeſſori iniungendis, hoc eſt, de muneribus quæ poſſeſſoribus iniunguntur, quæ conſtat eſſe patrimonialia, non perſonalia *l. 6. §. vlt. & l. vlt. §. patrimoniorum, de mun. & honor.* nominatim ergo loquitur de muneribus, quæ poſſeſſori ratione poſſeſſionis, tanquam poſſeſſori iniunguntur, quæ munera patrimonii ſunt. Munus patrimonij & munus poſſeſſionis idem eſt. Nec eſt quod Accurſius moueatur *l. form. §. is vero, de cenſib.* quæ, ſi hæc Papiniani ſententia accipiatur de patrimonialibus muneribus cum ea pugnare videtur, dum ait: Eum qui in territorio alienæ prouinciæ vel ciuitatis agrũ

D poſſidet, in ea ciuitate in qua ager eſt, tributum ſoli pendere debere: quod æquum ſit agri tributum eam ciuitatem leuare, in cuius territorio poſſidetur: & tamen Papinianus ait: Solam rationem poſſeſſionis agri non ſufficere, vt poſſeſſori indicantur munera, quæ poſſeſſionibus, poſſeſſoribusve indicuntur. Sciendum enim eſt, munera patrimonialia eſſe duplicia. Quædam poſſeſſoribus prædiorum indicuntur, tam exteris quam ciuibus & incolis; vt tributiones functioneſque ſolemnes, vt tributa ſolemnia, quæ debentur fiſco, *d. l. forma, §. is viro, & d. l. 6. §. vlt. l. vlt. §. patrimoniorum: de muner. & hon.* Eadem etiã munera, quæ dixi, omnibus poſſeſſoribus iniungi, iniunguntur & fœneratorib. licet nullum prædium poſſideant,

E quod maxime notandum eſt ex *l. filij §. vlt. hoc tit.* etſi poſſeſſionem non habeant. Plerumque fœneratores omne patrimonium in pecunia habent. Ideoque ab iis videntur eſſe muneribus immunes, quæ poſſeſſoribus indicuntur: quia ipſi poſſeſſores non ſunt: Nam poſſeſſores cum dicimus, prædiorum poſſeſſores dicimus. Et eam ob rem etiam veteri Senatuſconſulto fœneratores iubentur duas partes patrimonij in ſolo collocare, apud Sueto. in Tib. ne fraus fiat ſolemnibus intributionibus, vel tributis ſoli. At poſtea placuit vt fœneratores, tametſi rem ſoli nullam habeant, perinde atque poſſeſſores ſolemnibus intributionibus fungerentur, *d. l. filij §. vlt.* Quædam alia ſunt munera, quæ & poſſeſſoribus indicuntur, ſed debentur ciuitati, non fiſco; vt munus exigendi tributi, quod non penditur fiſco. Munus exigendi tributi patrimoniale eſt, quia exactio fit periculo eius, quem ciuitas

exactorem creauit atque constituit; itemque munus hospitis, (quod metatum dicitur) in domum recipiendi, quo etiam non fungimur sine sumptu aliquo & erogatione: hæc munera, quæ ciuitas indicit: hęc ciuitatis onera non indicuntur omnibus possessoribus, sed iis tantum, qui ciues sunt, vel incolæ, *d. l. 6. §. vlt.* Et hoc est, quod ait Papin. in h. §. solam rationem possessionis prędij, cui scilicet non est adiuncta causa originis, vel domicilij, seu incolatus, nudam rationem possessionis non obstringere nos iis muneribus, quæ ciuitas possessoribus indicere potest, quia sola possessio per se neque ciuem facit, neque incolam; & hoc est quod repetit idem Papin. in §. *sola domus, inf. Sola domus possessio, quæ in aliena ciuitate comparatur, domicilium non facit*, id est, eius ciuitatis incolam eum, qui domicilium in ea possidet, non facit, & consequenter non obligat eum sola domus possessio ciuilibus muneribus, ne iis quidem, quæ patrimonio iniunguntur, quod est proditum in *l. 4. C. de incol. & l. 52. C. Theod. de Decur.* Sedium positio & certa larium collocatio domicilium facit, non sola fundi aut domus possessio. & hoc est etiam, quod ait lex 35. hoc tit. Sententia legis hæc est, eum, qui in agro demoratur, vel diuersatur tantum ad tempus ruris colendi gratia, non esse eius loci vel ciuitatis, sub qua ager est, incolam. Qui moratur ad tempus in agro suo in aliena ciuitate, aut territorio alieno ciuitatis, non ideo est eius ciuitatis incola, quia non vtitur, vt ait, ἐξαιρέτοις, id est, eius ciuitatis munerib. non vtitur præcipuis, veluti foro, curia, balneo, spectaculo, honoribusque publicis. qui iis vtuntur, vel ciues sunt, vel incolæ, vt *l. eius, qui* §. 1. *hoc tit.* At iis hic non vtitur. Ergo neque ciuis est eius ciuitatis, neque incola: & ita etiam explicanda est *l. pupillus* 239. §. *incola, de verb. sign.* eum non esse incolam, qui vtcunque in oppido moratur, sed qui se in oppidum quasi in sedem suam recepit, qui in eo oppido sedes suas habet, & constitutionem rerum suarũ fecit. Et ita etiam explicanda est *l. 3. C. de incol.* si legatur negatiue vt vulgo. Verum huic sententiæ Papin. additur hæc exceptio; *Citra priuilegium specialiter ciuitati datum*, quibus verbis significatur, ex speciali priuilegio ciuitati dato etiam eos obligari omnibus patrimonialibus muneribus, qui neque ciues sunt, neque incolæ, si vel vnum prædium in ea ciuitate vel territorio possideant: iure communi non obligari, iure singulari, id est, priuilegio obligari, vt in *l. 6. C. de incol. l. vlt.* §. *præterea, de mun. & honor.*

A B C D

Ad §. postliminio.

Postliminio regreßi, patriæ muneribus obtemperare coguntur, quamuis in alienæ ciuitatis finibus consistant.

SEntentia hæc est: Captiuitate amissam patriam postliminio recuperari: omnia iura recuperari postliminio; ergo & ius patriæ. Sed ait, postliminio recuperari ius patriæ, etiamsi nondum ingressi simus ciuitatem ipsam, ex qua pater ortus est, sed in finib. consistamus, & in territorio alienæ ciuitatis in eadem prouincia tamen, vt in *l. postliminio* §. *postlim. de cap. & postlim. reuers.* Ideoque statim atque postliminio regressi patriam attigimus, patriæ muneribus obtemperare cogimur, id est, inuiti vocamur, ad munera ciuilia. proprie patria, siue, vt Cic. loquitur germana patria est ea, ex qua pater naturalis naturalem originem suam duxit, vt *l. assumptio* §. *si filius, h. t.* non ea, ex qua originem nostram duximus, quod aperte est proditum in *l. 3. C. de munic. & orig. lib.* x. Denique non ea, in qua nati sumus, sed in qua pater naturalis natus est. Itaque natus Lutetiæ, si pater sit oriundus à Roma, non Lutetiam, sed Romam habet patriam, Romanus nuncupatur, nisi & ipse pater Lutetiæ natus sit. Patria igitur non est omne natale solum, sed natale solum patris: hoc est iure ciuili certissimum.

E

Ad §. Exigendi.

Exigendi tributi munus inter sordida munera non habetur; & ideo decurionibus quoque mandatur.

MVnus exigendi tributi, quod est patrimoniale munus, (quoniã exactio fit exactoris periculo, *l. 1. §. 1. l. 3. §. exactionem, de mun. & honor.*) hoc inquam munus recte decurionibus mandatur, quia non habetur inter sordida & viliora munera. Decurionibus sordida munera non mandantur, veluti obsequium pistrini, vel coquendæ calcis, vel etiã panis ciuilis, *l. pen. C. de subscriptorib. & arcar. lib.* 10. at munus exigendi tributi, redigendi tributi quod debetur fisco, iniungi potest etiam decurionibus, Ergo non est sordidum munus.

Ad §. Ex causa.

Ex causa fideicommißi manumissus in muneribus ciuilibus manumissoris originem sequitur, non eius, qui libertatem relinquit.

DVbitabatur cuius originem sequatur is, qui ex causa fideicommissi manumissus est, an testatoris, qui reliquit fideicommissariam libertatem, qui rogauit manumitti: an heredis vel legatarij, qui manumisit? nam in plerisque causis is, qui manumisit ex causa fideicommissi, pro patrono non habetur, tametsi reuera sit patronus. Ideo autem in plerisque causis pro patrono non habetur, & ius patroni non habet, quia libertatem non dedit, sed soluit debitam. Is tantum iure ciuili videtur esse patronus, qui gratuitam libertatem dedit, non debitam. Hic quia libertatem debitam coactus dedit, in plerisq; causis ius patroni non habet, *l. nequaquam, de excus. tut. l. qui ex causa, de bon. liber. l. 1. C. de lib. & eorum lib.* Attamen in quæstione proposita placet manumissum ex causa fideicommissi, sequi potius patriam heredis vel legatarij, qui manumisit, & in ea fungi muneribus ciuilibus quam patriam testatoris: quia ea fuit mens testatoris, vt manumissoris patriam sequeretur, vtque eum solum patronum haberet, nec esset libertus orcinus.

Ad §. In adoptiua.

In adoptiua familia susceptum, exemplo dati muneribus ciuilibus apud originem aui quoque naturalis, respondere Diuo Pio placuit: quamuis in isto fraudis nec suspicio quidem interueniret.

IAm diximus in *l. 15. §. vlt. h. t.* filium adoptiuum etiam patris naturalis naturalem originem sequi, nedum patriam patris adoptiui, denique vtriusque patris originem sequi. Cur etiam patris naturalis? ratio, quam ibi non exposuimus, hæc est: nam si dicamus patriam patris naturalis amitti per adoptionem, per hanc causam, in fraudem reip. se quisq; dabit in adoptionem, vt se subtrahat munerib. patriæ suæ originariæ. Fraude carere adoptio debet, *l. cum ratio, de bon. damn. l. fideicommissum, de cond. & demon.* & Cic. pro domo sua: *Ne qua in adoptione calumnia, ne qua fraus, ne quis dolus adhibeatur.* Et huic adoptioni, aut omni adoptioni videtur inesse fraus, aut suspicio fraudis iusta; vt mutet quis familiam suam, ne patriæ suæ naturalis munerib. fungatur, sperans aut existimans per adoptionem mutari etiam ciuitatem: quod ius non patitur, ne commento adoptionis etiam fraus admittatur. Vnde dubitatur cum fraudis suspicio faciat, vt qui se dat in adoptionem, non ideo minus sequatur originem patriæ patris sui naturalis, an nepos ex filio adoptiuo natus, susceptus in adoptiua familia, aut naturalis originem sequatur, quia in nepote nato in adoptiua fa-

milia ex ex adoptiuo filio cessat suspicio fraudis, cum non sit datus, non adscitus in adoptiuam familiam, sed natus. Et eadem ratione mulier, per matrimonium longe aliter, quam per adoptionem desinit sequi originem patris sui naturalis, *l. vlt. §. item rescripserunt, h. tit. l. vni. C. de mulierib. in quo loco mun. sexui congr. & conu. exequi debent.* Quia scilicet nulla potest interuenire suspicio fraudis in votorum festinatione, in nuptiis cōtrahendis: nec videtur de fraudanda sua ciuitate potissimum cogitare, quæ per nuptias in aliam ciuitatem transit. Ideoque per matrimonium mulier amittit naturalem originem sui patris: quia necessario eligit nuptias, & in rem etiam publicam. At in nepote suscepto in adoptiua familia, licet datus non sit, sed natus in ea, quoniam hoc res ipsa attulit, natura perfecit, non opera nostra, non commentum nostrum, aut fraus excogitata à nobis, videtur æquum, vt desinat sequi patriam aui naturalis. Sed vt proponitur in hoc §. Diuus Pius idem constituit in nepote edito in adoptiua familia, vt sc. sequatur vtramque patriam patris sui, id est, filij adoptiui. Nam ita ius est, vt conditionem patris sequatur filius ex iustis nuptiis procreatus. Pater est duarum ciuitatum ciuis in hac specie. Ergo & duarum ciuitatum ciuis erit nepos ex eo susceptus.

Ad §. Error eius.

Error eius, qui se municipem aut colonum existimans, munera ciuilia suscepturum promisit, defensionem iuris non excludit.

QVidam cum falso existimaret, se esse municipem vel incolam certæ ciuitatis, vel colonum, per errorem ei ciuitati promisit, se facturum munera ciuilia, respublica in eo laboraret, & quæreret idoneum, qui ea obiret munera ciuilia. Denique per errorem promisit, se ea suscepturum munera, ac si deberet his muneribus fungi, tanquam ciuis vel incola. Ex hac promissione in eum reipublicæ competit actio, sed tueri se potest exceptione doli mali, qui rem indebitam promisit per errorem, quam Papinianus vocat iuris defensionem, vt *l. sufficit, de cond. ind.* Exceptio quid est? defensio iuris: poterit ergo se tueri exceptione doli mali: & addatur, ei quoque competere condictionem liberationis, condictionem incerti, vt scilicet eum liberet respublica, & absoluat promissione sua, argumento l. 2. *§. aliud iuris, ff. de donationib.*

Ad §. Patris domicilium.

Patris domicilium filium aliorum incolam ciuilibus muneribus alienæ ciuitatis non adstringit: cum in patris quoque persona domicilij ratio temporaria sit.

HOc loco necessario repetendum est, quod supra attigi, filium sequi originem patris naturalis, non originem propriam, *l. adsumptio §. filius, h. t. l. 3. C. de municip. & orig. lib. 10.* pro qua heri male adduxi *l. 3. C. de incolis*, quoniam est *l. 3. C. de municipib. & orig.* quæ aperte demonstrat, filium sequi originem patris naturalis, non propriam, nisi in ea retineatur iure domicilij, non etiam originem matris. Patria dicitur à patre, vt ostendit *l. 1. C. vbi petant. tut.* Patriam à patre dicimus, nō à matre, quod etiam ostendit *l. nullus, C. de decurionib.* Præter quam si speciale priuilegium datum sit ciuitati, vt eam ciuitatem sequantur, quibus matres sint eius ciuitatis ciues, *l. eos, qui, C. eod. tit.* Alias patrem patriæ non ducimus à matre, sed patriam à patre totam. Et inde notum, quod Virgilius lib. 8. ait

Gnatum exhortarer, ni mistus matre Sabella

Hinc partem patriæ traheret.

Non est secundum ius, sed poëtice dictum, vt & Sidonius Apollinaris docet 4. Epistol. cum ex eo loco Virgilij tentat, & originem matris computari in partem patriæ. Sequitur etiam filius originem patris adoptiui, vt dixi in §. *in adoptiua, & l. 15. §. vlt.* Domicilium autem patris filius non sequitur, & ita est expressum in *d. l. adsumptio §. filius.* filius ciuitatem, ex qua pater eius originem ducit, non domicilium sequitur: hoc Papinian. in h. §. ita verum esse declarat, vt filius non sequatur domicilium patris: si ipse filius non in ea ciuitate in qua pater domicilium habet, sed in alia ciuitate sibi domicilium fecit. De filiof. loquitur. filiusf. potest domicilium proprium habere vbicunque voluerit, *l. 3. & 4. hoc tit.* ergo non cogitur sequi domicilium patris, sed quodcunque vult sequitur, & addit rationem Papinian. quia in patris quoque persona domicilij ratio temporaria est, non perpetua; hoc est, incolatus patris non est certus, non est certum domicilium. Filius non sequitur incertam & temporariam sedem patris, sed eam, quam ipse sibi sedem delegerit. Cœli & domicilij libera cuique electio est, patrisfamilias vel filiosfamilias, *l. miles, hoc tit.* & ita siue etiam ingenuo siue liberto: nam & libertus si alterius ciuitatis sit incola, *h. e.* si in alia ciuitate domicilium fixerit, non sequitur domicilium patroni, originem sequitur. Originis ratio est perpetua, originem patroni sequitur, non domicilium, qui sibi aliud domicilium fecit, *l. eius, qui manumisit, hoc tit.* At filius vel libertus, si alterius ciuitatis sit incola, tum sane sequitur domicilium patris vel patroni, vt *l. adsumptio §. vlt. l. filij in pr. hic.* Et hæc sententia huius §. Quod dixi initio, originem patris naturalis patriam facere, non originem propriam; ex eo iure nostro, quod est certissimum, non iure quo vtimur, velim vos annotare, quoties in iure nostro fit mentio loci, ex quo quis oriundus est, (fit autem mentio innumeris locis, *l. adsumptio. in pr. l. pen. huius tit. l. pen. de senat. l. 7. §. interdicere, & §. seq. de interd. & releg. l. Diuus, de tut. & cur. datis*) in his omnib. locis oriundi, originis appellationem esse accipiendam proprie pro origine paterna, vt scil. notetur ea appellatione locus originis paternæ, non natale solum, in quo quis natus est. In his omnibus locis retenta propria est significatio verborum aliter, quam sentiat Ant. Augustin. & vt sentit Alciatus significatur locus originis paternæ, non natale solum in quo quis natus est. Nec obstat *l. prouinciales, de verb. signif.* quæ prima facie videtur esse difficilis, imo falsa, quia & generaliter facta est, & vera tamen specialiter, *h. e.* non pertinet ea lex ad omnes partes iuris, sicut nec vlla lex tituli illius, vel tituli de reg. iuris. Et ait, *prouinciales esse eos, qui in prouincia domicilium habent*: hoc est verissimum, sed subiicit, *eos non esse prouinciales, qui ex prouincia oriundi sunt*, id est, *qui patrem habent prouincialem*, quod generaliter est falsum, vt patet ex superioribus, Specialiter est verum: nam pertinere videtur tantum ea sententia ad eas constitutiones principum, quibus Præses prouinciæ, vel Procurator Cæsaris, vel Præfectus cohortis, vel tribunus militum, vel etiam quicumque in prouincia meret, & officium aliquod administrat, prohibetur mulierem prouincialem vxorem ducere, quia per impressionem sæpe & potestatem inuitas plerumque ducerent vxores nobiliores in ea prouincia, ideoque qui officium aliquod administrat in prouincia, prouincialem ducere nō potest, *l. 3. §. 1. de donat. inter vir. & vxor.* In his Constitut. prouincialis non æstimatur ex sola origine patris naturalis sine domicilio. Nam ea, quæ oriunda est ex prouincia Narbonensi, nec tamen eam prouinciam incolit. id est, in ea domicilium nō habet; iure ducitur vxor à Præside prouinciæ Narbonensis, vel ab eo, qui ibi meret, quia cessat ratio potentatus, qui huiusmodi nuptias prohibuit, *l. præfectus, de rit. nupt.* neque enim Præses prouinciæ, vel qui aliud officium in prouincia administrat, quidquam potest in eam, quę ibi domicilium non habet,

Igitur quod ait *l. si quis officium, de ritu nupt.* eum, qui officium administrat in prouincia non posse ducere ibi oriūdam, vel ibi domicilium habentem, pugnare videtur cum *d. l. prouinciales*, quæ pro prouinciali non habet eam, quæ prouincia oriunda est. Sed breuis distinctio rem expediet. Non potest ducere ex ea prouincia oriundam, si in ea habeat domicilium, sed alibi domicilium habentem, licet inde oriunda sit, quasi non habeatur pro prouinciali, iure ducere potest. Denique prouincialis non est in hac quæstione, quæ ex prouincia oriunda est, si in ea domicilium non habeat, si in ea larem non habeat, sed quæ in ea domilium habeat, licet aliunde oriunda sit. & ita explicanda *d. l. prouinciales.*

Ad §. in quæstionibus.

In quæstionibus nominatos capitalium criminum ad nouos honores ante causam finitam admitti non oportet. Cæterum dignitatem pristinam interim retinent.

HIs verbis non significat simpliciter nominatos ab indice, sed etiam accusatos capitalium criminum. Nam qui tantum nominatus fuit ab indice, necdum reus postulatus est iudicio publico, non prohibetur aut arcetur nouis honoribus, *l. 6. §. si quis accus. de munerib. & honor.* At qui accusatus est, qui factus ab accusatore reus capitalis criminis, nouos honores, quamdiu est in reatu, petere non potest ante causam finitam, antequam purgauerit innocentiam suam, ante sententiam, *l. 3. §. quod pater in reatu, & l. reus, de munerib. & honor. & l. 1. C. de reis post. lib. 11.* cum qua puto esse coniungēdam *l. reum, C. de proc.* quæ etiam reo postulato in causis agendis interdicit procuratoris officio. Tantum igitur abest, vt reus delatus, honore nouo fungi possit, vt non possit in litibus vt procurator pro alio interuenire. Recte ait, *Nouos honores*, nam pristinum retinet, vt si sit decurio, qui in crimen vocatur, decurionatus honorem retinet, ideoque tormētis & pœnis plebeiorum subiici non potest. Et hæc est sententia Papiniani. Vt priscos honores in crimen vocatus retineat, non nouos adipiscatur ante absolutionem, ante finitam litem. Quod ius ex vrbe videtur manasse ad municipia. nam apud Sallustiū legimus, Catilinam fuisse prohibitum consulatum petere, quod reus esset repetundarum. Et M. Tullius contra Rullum; cum recenseret iustas causas repulsarum, quæ tamen non erant exceptæ lege Agraria: *Hac lege*, inquit, *non excipitur adolescentia, non legitimum aliquod impedimentum, non magistratus, non potestas vlla aliis negotiis & legibus impedita, non reus denique, quo minus decemuir fieri possit.*

Ad §. penult.

Sola domus possessio quæ in aliena ciuitate comparatur, domicilium non facit. Nominati successoris periculum fideiussorem nominantis non tenet.

SEntentia hæc est: fideiussorē magistratus siue duumuiri municipalis, qui cauit rempublicam saluam fore, teneri pro iis quæ gessit magistratus in magistratu ipso: non teneri autem eum fideiussorem pro eo, quem honore deposito magistratus sibi successorē nominauit: quia sc. in causam administrationis fideiussit, nō in causam nominationis, vt *l. 2. C. de per. tut.* Tenetur ergo de administratione magistratus tantū, non ex nominatione, sed ipse solus, qui nominauit tenetur, si res seruare non possit ab eo quem nominauit, vt *l. 15. §. in eum, sup.* At notādum, aliud esse in patre, cuius voluntate filius decurio factus est, nam & hic reip. obligatur pro eo, quem filius sibi successorem nominauit in magistratu, *l. 2. h. t.* Plenior est obligatio patris quam fideiussoris, quoniam pro eo tenetur pater

A generaliter, quod gessit filius in rep. & in eo iure GESTI appellatio latissime manat. Pars gesti est nominatio. Ergo cum filius patris voluntate decurio factus sibi successorem nominauerit, eo nomine tenetur etiam pater, quia plus est quam fideiussor, & quasi reus ipse, cum pater & filiusfam. pro vno homine habeantur. Et hac distinctione inter fideiussorem & patrem etiam vtimur in specie §. vlt. ad quem venio.

Ad §. vlt.

Fideiussores, qui saluam rempublicam fore responderunt, & qui magistratus suo periculo nominant, pœnalibus actionibus B *adstringuntur, in quas inciderunt hi, pro quibus interuenerunt. Eos enim damnum Reipublicæ præstare satis est.*

FIdeiussores magistratus cauent, siue vt loquitur Papin. in hoc §. vlt. spondent rempubl. saluam fore, *h. e.* damnum præstare, quod re per magistratum male gesta reip. contigerit. Itemq; respondisse. i. spopondisse intelliguntur nominatores magistratuum, qui suo periculo successores nominant. vtitur Papin. vt dixi, *respondendi* verbo; cum etiam in idiotismo nostro vtimur aptissime, *Ie respons, ie fay bon pour toy,* quia omnis fideiussor aut quicūque pro fideiussore habetur, tenetur ex responso, aut velut ex responso, quod interroganti responderit, se daturū vel facturum id, de quo interrogatus est. Eodem sensu etiam Græci dicunt *ἀντιφωνεῖν* & *ἀντιφώνησιν*, *respondentem:* C sed nostri auctores eo verbo tantum vtuntur in constituta pecunia, nō fideiussione, quamquam & fideiussioni conueniret non minus. quam constitutæ pecuniæ respondēdi verbum. Ergo fideiussores & nominatores magistratuū cauent de re pecuniaria, cum caueāt remp. saluā fore, non etiam cauent de pœna aut mulcta, in quam inciderit magistratus, qui male administrauerit, quia pœna ea est extra remp. & consequenter tenentur tantū reipublicæ iis actionibus, quæ rei persecutionem habent, non actionibus pœnalibus: vt si magistratus pœnæ sit obnoxius, ob interuersam pecuniam publicam, eo nomine reip. non tenentur, *l. fideiussores, de fideiuss. l. vn. C. de per. eorum qui pro magistr. interuen. lib. 11.* Vt autem diximus in *§. penult.* aliud esse in patre, ita iure videmus nos posse dicere & in D hoc §. *vlt.* aliud esse in patre, quoniam latior est obligatio patris, cuius voluntate filius decurio factus est: ergo tenebitur pater in pœnam quam incurrit filiusf. culpa sua, qui præstat omne factum filij. Verum trahi velim, quod ait Papinian. in hoc §. vlt. de fideiussoribus magistratuum, etiam ad fideiussores tutorum: nam & tutela munus ciuile est, & stipulationis eadem est formula. rem pupilli saluam fore, in qua etiam nominatim dicitur in *l. cum pupillus, rem pupil. salu. fore,* id venire tantum quod venit in actionem tutelæ, quæ rem familiarem pupilli persequitur, vt salua sit pupillo, non pœnam, Ideoque fideiussor tutoris tenetur in ea, quæ veniunt in actionem tutelæ, quæ rem persequitur, non etiam E in ea, quæ veniunt in actionem rationibus distrahendis, quæ est pœnalis in duplum, quoniam non in causam pœnalem se obligauit, sed in causam tantum seruandæ rei pupillaris.

Ad l. 6. De decurion. & eor. fil.

Spurij decuriones fiunt: & ideo fieri poterit ex incesto quoque natus: non enim impedienda est dignitas eius, qui nihil admisit.

IN hac l. 6. respondet Papin, spurios, hoc est, natos ex stupro, ordine decurionum non prohiberi, quia, inquit, *impedienda non est dignitas eius, qui nihil admisit,* qui innocens est, qui patris, non suo vitio laborat, vt *l. legem,*

gem, *C. de natur. lib. l. 2. §. pen. hoc tit.* quia nec in potestate cuiusquam est, quemadmodum nascatur: eademque ratione, nec qui nati sunt ex incesto, prohibentur, decuriones fieri. Nascendi conditio infamem non facit, sed vitæ institutique tantum ratio turpis & nocens. Itaque spurij incesti si re & vita honesti sunt, non prohibentur decuriones fieri & Senatores municipales, maxime si deficiant competitores legitime quæsiti: quia id nec sordi erit ordini, cum ex eius vtilitate fit, semper ordinem plenum habere, *l. 3. §. spurios, hoc tit.* & contra ex inutilitate eius, & incommodo ordinem paucitate hominum languescere, vt in *l. 32. Cod. Theod. eod. tit.* denique propter penuriam maxime competitorum, qui legitime quæsiti sunt, vulgo quæsiti recipiuntur in ciuitatem & curiam: vt & ipse Aristot. ait 3. Politic.

Ad §. Minores.

Minores 25. annorum decuriones facti, sportulas decurionum accipiunt, sed interim suffragium inter cæteros ferre non possunt.

IN secundo autem responso ponit minores 25. annis decuriones creari & Senatores municipales, quod tamen non fit temere, vt ostendit *l. non tantum, hoc tit. & l. 3. C. quando prou. non est nec.* sed ex causa, vt si sit inopia ciuium maiorum natu, *l. 1. C. qui & adu. quos rest. in int. l. 1. C. qui ætate se excus. lib. 10.* vel si minor 25. annis liberos iam quæsierit ex iustis nuptiis: nam ex l. Iulia & Papia singuli anni per singulos liberos remittuntur, *l. 2. de minor.* vt si tres habeat liberos anno vigesimo secundo decurionatum in patria sua petere potest: nam quot habet liberos, tot etiam legi annuariæ deminuuntur anni. Idem etiam dat huius ætatis hominibus municipij longa consuetudo, *l. vlt. in fin. hoc tit.* aut princeps, vt *l. pen. §. 1. hoc tit.* nonnunquam etiam hoc datur infanti, vt à patre allegatur in ordinem decurionum, vt à patre detur curiæ, quæ datio etiam naturalem filium iustum & legitimum facit, & quandoque etiam infantes à patre cooptari in curiam ostendit *l. Lucius §. Impp. ad municipal. l. 1. C. de mun. & hon. non cont. l. 19. C. Theod. de decur.* Verum vt exponamus dictam *l. pen. §. 1. hoc tit.* initio ea lex ait, *Plebeios relegatos ad tempus, & reuersos finito exilij tempore, non posse allegi in ordinem decurionum sine permissu & indulgentia principis, quæ proficiscatur ex aliqua iusta causa,* cuius mox exemplum subiicit in §. 1. Si reuersus ab ex exilio minor sit 25. annis, quamuis eum repelleret à decurionatu, cum exilij causa, quod sustinuit, tum ætatis ratio; tamen permotus princeps vultu & dignitate, quæ in ea ætate potissimum efflorescit, hoc ei permisit, vt decurionatum in patria sua obtineret, peteret, nec expectaret Princeps progressum ætatis ab excellente eximiaque virtute, cujus spem faciebat dignitas, id est, reuerentia oris, vultus, indoles. Dignitas, id est, reuerentia oris, quæ etiam eo loco definitur certa spes eius honoris, certa spes bene gerendi magistratus, certa spes bonæ frugis, vt à Græcis indoles definitur καλὴ ἐλπὶς ἐν τῷ νεοτέρῳ. Verum in ea *l. pen. §. 1.* sic lego, *nisi eius ætatis fuerint, vt nondum decuriones creari possent, & dignitas,* addita subdistinctione, *certa spes eius honoris,* & alia addita subdistinctione, *id faceret, vt princeps id indulgere possit.* sic denique lego vt non recedam à Florent. nisi quatenus pro *spem* lego *spes certa.* Certa spes eius honoris, est definitio dignitatis, quo verbo etiam in eadem significatione vsus est Marcus Tullius pro Cælio: *Quid non tribui possit huic ætati?* inquit, *quid dignitati?* Dignitas oris id efficit, vt Princeps possit indulgere decurionatum minori 25. annis: & hic sensus est §. 1. *l. pen.* elegantissimus. nec in ea lectione quicquam potest demi. At si minores 25. annis ex causis supradictis, aut ex aliqua causa, quæ supradicta est, fiant decuriones, Papinianus docet hoc loco accipere quidem eos sportulas & honoria decurionum, sportulas, inquam accipere inter cæteros, quas ordini erogant noui decuriones, vt significat *l. 6. de donat int. vir. & vx. Si mulier,* inquit, *pecuniam à marito acceptam in sportulas pro cognato suo ordini erogauerit.* Erogantur pro introitu, sicut Plinius ait in *epist. ad Traianum lib. 10. ep. 48. & 115. de eiectione decurionum,* sicuti pro introitu militiæ in *l. pen. §. pen. & vlt. de leg. 3.* pro introitu sacerdotij apud Suet. in Claud. *Erogantur,* inquit, *sportulæ ordini à nouo decurione, nisi gratuito ei decurionatus concessus sit.* vt in antiqua inscriptione, quæ sic habet: *Titio ob merita patriæ honorem decurionatus gratuitum decreuit ordo decurionum & Augustus & plebs vniuersa.* Minor igitur 25. annis, si forte factus sit decurio, accipit quidem sportulas & commoda decurionatus inter cæteros, sed in curia interim suffragium inter cæteros non fert, antequam peruenerit ad iustam ætatem, id est, ad 25. annum. Et hæc est sententia huius responsi, quæ proponitur etiam in *l. 8. de mun. & honor.* & quod ante notaui ex *l. pen. §. hoc tit.* cōstat dignitatem in adolescente nonnunquam efficere, vt ei Princeps decurionatus honorem indulgeat: quod faciat certam spem bene gerendi huius honoris, congruit cum eo quod ait Marc. Tull. 5. Philippica, *ab eximia ætate non esse expectandum progressum ætatis.* Et Plin. in epist. *ab optima indole non exigi annorum numerum,* & Valerianus apud Vopiscum in Probo: *Non expectari ætatem in eo, qui fulgeat virtutibus & moribus polleat.* Et hoc solum est, quod nos adnotare oportet de minoribus 25. annis.

Ad §. Decurio.

Decurio etiam suæ ciuitatis vectigalia exercere prohibetur.

SEquitur in §. *decurio,* Decurionem non posse suæ ciuitatis vectigalia conducere & exercere, quod etiam est proditum in *l. 97. C. Theod. eo tit.* & videtur ab vrbe peruenisse ad municipia: nam in vrbe Senatoribus non licebat, neque per se, neque per interpositam personam ab ærario vectigalia conducere, vt Asconius scribit ad orationem in Antonium, & Dio in Adriano, μή τις βουλευτὴς, μήτε λογιστὴς τελώνης ἔστω, ne quis senator vllum vectigal, ne minimum quidem conducat, vel per se, vel per alium, quia res est indigna Senatore & decurione, qui est Senator municipalis. Qua ratione non possunt Senatores vel decuriones conducere publica vel fiscalia prædia, *l. 2. §. 1. de admin. rerum ad ciuit. pert. l. 1. C. quib. ad cond. præd. fisc. acced. non lic.* non licet conducere prædia priuatorum, *l. curialis, C. de loc. l. 4. hoc tit.* nec suscipere procurationem alienorum negotiorum: & quia indignum est, & ne auocentur aut summoueantur muneribus ciuilibus, *l. si quis procur. C. de decur.* μηδὲ ἐλάχιστα τελωνιζέσθω, Et conductio est procurationis species, vt eleganter ait Nouella Theodosij: ne curia alterius prædium conducat. Conductor est veluti procurator domini.

Ad §. qui iudicij.

Qui iudicij publici quæstionem citra veniam absolutionis deseruerunt, decurionum honore decorari non possunt, cum ex Turpilliano SC. notentur ignominia, veluti calumniæ causa iudicio publico damnati.

EX hoc §. intelligimus, infames fieri decuriones non posse, quia decurionatus honor est, quod habuimus in *l. 15. ad municip.* Sed ponit exemplum Papin. in hoc §. in damnatis calumniæ publico iudicio legis Rhemmiæ, qui vtique famosi sunt: itemque in accusatoribus

damnatis desertionis lege Petronia & SC. Turpilliano, A ob desertam iudicij publici accusationem non petita venia abolitionis. Et ait Papinianus, *Publici iudicij*, quia qui deserit accusationem extraordinariam, non incidit in pœnam SC. Turpilliani, nec si damnetur, notatur infamia, *l. si quis* §. 1. *ad SC. Turpill.*

Ad §. Pater qui.

Pater qui filio decurione creato prouocauit, etsi præscriptione temporis exclusus fuerit, si quod gestum est non habuit ratum, muneribus ciuilibus pro filio non tenebitur.

EX hoc §. notandũ est, Patrem, qui decurionatui filiif. non consensit, ciuilibus muneribus non obligari pro- B filio, in id, quod Reip. abest, ob ea quæ filiusfam. gessit in republica, quia huic honori non consensit, vt *l.* 3. *C. ne fil. pro pat.* Et non cõsentire patrem Pap. ait, si filio decurione creato contrariam voluntatem contestatus sit, vt *l. seq.* §. vlt. vel vt Pap. si, quod gestum est, ratum non habuit, etiamsi appellauerit à nominatione seu creatione filij ad decurionatum, & forte causam vitio suo perdiderit, per præscriptionem lapsis temporibus appellationis, vt in *l. furti* §. 1. *de his qui not. infam. l. Herennius* §. *vlt. de euict.* quia etiam necesse non habuit appellare, *l. vlt. C. de filiisf. & quemadm. pater pro iis ten.* Itaque facile potuit omittere appellationem, nec exequi, cui satis erat contradicere ciuitati nominanti filium, & vocanti ad decurionatum, apud acta Præsidis vel alio modo. Et hæc est sententia huius §. cui tamen prima facile videtur obstare *l.* 2. *C. de filiisf. & quem adm. pater.* dum ait, patrem, qui filio crea- D to decurione appellat, ostendere causam ad se pertinere, hoc est, causam suam facere, cum satis habuerit contestari contrariam voluntatem: quod cum non fecit, appellando causam suam fecit, & reip. tenebitur, si pronuntiatum sit, non iuste appellatum fuisse. Sed apparet eam l. 2. esse intelligendam de patre, qui appellauit, cum contrariam voluntatem contestatus non esset: hic siue perferat causam appellationis & vincatur, siue non exequatur, acquiescere & consentire creationi videtur, quia appellando rem suam fecit. At in hoc §. Papinian. ponit, patrem, quod gestum est, id est, nominationem filij ratam non habuisse, hoc, contradixisse, ac deinde appellasse, quæ appellatio cum sit superuacua, etiam omittitur impune, ac si non interuenisset.

Ad §. Vltimum.

Priuilegiis cessantibus cæteris, eorum causa potior habetur in sententiis ferendis, qui pluribus eodem tempore suffragiis E *iure decurionis decorati sunt. Sed & qui plures liberos habet, in suo collegio primus sententiam rogatur, cæterosque honoris ordine præcedit.*

PApinianus in hoc §. ostendit, quo ordine in curia rogentur sententiæ à decurionibus, & ordo quidem vetus & translatitius, cuius exemplum etiam ab vrbe peruenit ad municipalia, hic est, vt antiquiores primi rogentur sententiam, primi proponant arbitrium suum, vt *l.* 1. *tit. seq.* Sed Papinian. ostendit in hoc §. aliquando præferri etiam iuniores, aut nouos decuriones, puta eos, qui pluribus suffragiis eodem tempore concordibus honore decurionatus decorati sunt tanquam excellentiores & potiores. Et præferri etiam eos, qui numero liberorum subnixi sunt: nam patres & in sententiis ferendis, & in processu, & concessu, & in albo scribendo præferuntur orbis, l. *in albo*, *C. eod. tit.* Constat etiam omnino eos præferri, qui specialem suffragij prærogatiuam habent, quam in Senatu plerumque habuit Princeps, vt de Tiberio Tertullianus scribit in Apologetico, *retulisse Tiberium ad Senatum de Christo cum prærogatiua suffragij sui.* Constat etiam eos præferri, qui priuilegium aliquod summæ dignitatis habent, vt *l.* 1. *tit. seq.* Sed his priuilegiis cessantibus, vt Papinian. ait hoc loco, quæ sunt potiora, sane ordine primi rogantur sententiam, qui plurium consensu decurionatum adepti sunt: & qui liberos habent, hi rogantur post priuilegia. Qui primus sententiam rogatur, princeps Senatus dicitur in vrbe, & Senator primæ sententiæ: secundus vero senator, dicebatur secundæ sententiæ, aut consularis secundæ sententiæ apud Spartianum in Adriano, & Vopiscum in Aureliano & Tacito: consularis primæ sententiæ.

Ad l. 8. de vacat. & excus.

In honoribus delatis neque maior annis septuaginta, neque pater numero quinque liberorum excusantur, sed in Asia sacerdotium prouinciæ suscipere non coguntur numero liberorum quinque subnixi, quod optimus maximusque Princeps noster Seuerus Augustus decreuit, ac postea in cæteris prouinciis seruandum esse constituit.

EX primo responso huius legis intelligimus à muneribus ciuilibus in prouinciis excusare numerum quinque liberorum, qui modo incolumes sint, id est, viuant, siue bello amissi sint, quoniam in bello amissi pro superstitibus habentur, *l. vlt. hoc tit. l. bello, de excus. tut.* quia vt est in Instit. *per gloriam viuere intelliguntur, qui pro Republica ceciderunt*, qui per virtutem bellicam interierunt. Et additur à muneribus ciuilibus excusare ætatem septuaginta annorum, à munerib. ciuilibus personalibus, veluti à cura frumenti comparandi, *l.* 3. §. *quo minus &* §. *cura, sup. tit. prox.* vel à tutelis & curationibus, & aliis muneribus personalibus, *l.* 3. *tit. seq. l. si vltra, C. de decur.* & iampridem ostendi in *l. vlt. C. qui ætate se excus. lib.* 10. non esse legendum maiores LV. annis, sed maiores LXX. annis, inuitos ad munera personalia non vocari, quia non nisi huius ætatis senes à muneribus personalibus excusantur: at ab honoribus municipalib. neque ætas LXX. annorum excusat, neque numerus quinque liberorum, sed neque à muneribus, quæ honoribus cohærent. Excusat quidem à muneribus personalibus, sed non etiam ab honoribus vel muneribus, quæ honores necessario consequuntur, *l.* 2. §. 1. *hoc tit. l.* 2. §. *vlt. de decur. l.* 1. *C. qui num. lib. se excus.* vbi hoc modo legendum est: *Numerus liberorum ab honoribus non excusat*, id est, numerus quinque liberorum: & hoc est quod ait Papinianus in hoc primo responso, In honoribus delatis, neque maiorem annis LXX. neque patrem numero quinque liberorum excusari, qui tamen in re decurionatus, quamuis hic quoque honos sit, multum distat à cæteris honoribus: nam à decurionatu excusat ætas LV. annorum, *l.* 2. §. *vlt. l. non tantum, ff. de decur.* ab aliis honoribus nulla ætas excusat. Distat & in aliis plerisque: nam ab honore ad eundem, vel alium honorem, est certi temporis, puta, quinquennij vel triennij vocatio, *l.* 17. §. *præscriptio, ad munic.* à decurionatu suscepto ad alium honorem nulla intercapedo est, nulla vacatio, *l.* 5. *hoc tit.* item impuberes ex causa ad decurionatum admittuntur, *l. Lucius* §. *Imperatores, ad municip.* non ad alios honores, nec si sit inopia ciuium, antequam peruenerint ad iustam ætatem, *l.* 2. §. *vlt. tit. seq.* item decurio vel plebeius relegatus ad tempus finito tempore beneficio Principis decurio creari & in ordinem legi potest, non etiam adipisci nouos honores, antequam tantum temporis in curia, in quam allectus est, fuerit, quantum fuit in exilio, quod habuimus supra in *l.* 15. *ad munic.* At hæc dicere quis posset & obloqui? Si à decurionatu excusatur maior LV. annis, & per consequentiam à cæteris honoribus

excuſatur, quia cæteri honores ſolis decurionibus deferuntur, non plebeiis, *l. honores §. pen. de decur.* Ergo falſum eſt, maiores LXX. annis non excuſari ab honoribus. Equidem facile concedo, maiores ſeptuaginta annis, imo quinquaginta quinque annis per conſequentiam excuſari ab omnibus honoribus ſi ſe excuſarint à decurionatu: at ſi quis ad decurionatum vocatus fuerit, antequam exceſſiſſet LV. annum, vel cum exceſſiſſet, ſi ſua ſponte decurionatum ſuſcepit, vt in *d. l. 2. §. vlt. de decur.* tum ſane verum eſt, quod proponitur in hoc reſponſo, maiores LXX. annis, qui ſcilicet decuriones ſunt, nō excuſari honoribus municipalibus: & adde etiam non excuſari muneribus, quæ honoribus adhærent, ſicut nulli fere erant honores in Rep. ſine ſumptibus, ſine erogatione aliqua, veluti datione ſportularum, vel editione muneris, aut venatione, vt ſacerdotium prouinciæ, honor erat, cui tamen onus in honorem deorum ludorum edendorum adhærebat, vt recte Baſilica in *l. 8 C. de mun. patrim.* ſacerdotium interpretantur, τὸ ἐπιτελεῖν τὰς κυνηγεσίας, *edere munus, edere venationem.* Et quamuis ab aliis honoribus & muneribus non excuſet numerus quinque liberorum: tamen hoc loco Papinianus docet, iure ſingulari & ſpeciali numerum quinque liberorum excuſare à ſacerdotio prouinciæ, & hoc primum decreuiſſe ait Seuerum Auguſtum in Aſiæ ſacerdotio, quod proprio nomine dicebatur Ἀσιαρχία, & qui eo munere fungebantur Ἀσιάρχαι, vt in Act. Apoſtolorum, *cap. 19.* & Ruffinus *munerarios* interpretatur. Et poſtea, ait idem, Seuerum conſtituiſſe in omnibus aliis prouinciis, vt ſcilicet à ſacerdotio cuiuſcunque prouinciæ excuſaret numerus quinque liberorum incolumium: & idem conſtituiſſe in omnibus ſacerdotiis prouinciarum, vt in Syriarchia, Bithyniarchia, Cappadocarchia, *l. 1. C. de naturalib. lib. l. 6. §. ἔθνους ἱερωσύνη*, id eſt, *prouinciæ ſacerdotium, de excuſ. tut.* pro varietate prouinciarum varia ſunt horum ſacerdotiorum nomina, & Alytarchia eſt ſpeciale nomen ſacerdotij & flaminis ciuitatis Antiochenæ, *l. 1. de offic. Comit. Orient.* vbi hodie, vt arbitror, conſtat pro *Lyciarchiæ* legendum eſſe *Alytarchiæ.* & ſimiliter ex veteribus & Baſil. in *l. vlt. C. de cupreſſis* Ἀλυταρχία. *l. 2. C. Theod. de expenſis publicorum ludorum, l. 15. C. Theod. de iure fiſci.*

Ad §. non alios.

Non alios fiſci vectigalium redemptores à muneribus ciuilibus ac tutelis excuſari placuit, quam eos qui præſentes negotium exercerent. Vacationum priuilegia non [vetant] liberos veteranorum.

SEquitur in hoc §. conductores ſiue redemptores vectigalium fiſci, id eſt, publicanos excuſari à tutelis & cæteris muneribus ciuilibus. Hæc eſt Conſtitutio Diuorum fratrum, *l. pen. §. conductores, tit. ſeq.* & non honori publicanorum hoc priuilegium, vel hæc immunitas data eſt, ſed ne in gerendo munere ciuili minuantur eorum facultates, quæ conductionis nomine tacite fiſco obligatæ & ſubſignatæ ſunt, vt ait in *l. penult. §. conduct. tit. ſequenti.* Idque etiam de iiſdem in antiqua inſcriptione cautum legi his verbis: *Qui publica redemerit, prædes dato, prædiaque ſubſignato, duumuirum arbitratu.* Ne igitur publicani patrimonium ex alia cauſa oneretur, ne minus idoneus fiat exercendis vectigalibus fiſci, ideo hæc ei vacatio & excuſatio munerum ciuilium datur, ſed iis publicanis tantum, vt ait Papinianus hoc loco, qui præſentes hoc negotium exercent: ac ſi idem non habeant abſentes, qui per alios, quibus hoc mandauerint, idem negotium exercent, quod omnino eſt falſum, *l. 1. C. de conduct. vect. fiſci. lib. 10.* Itaque in Baſilicis pro *præſentes*, recte ſcriptum, *per ſe*, eos, qui per ſe negotium exercent, δι' ἑαυτῶν, quod eſt ſuo nomine officium exercent in *d. l. 1.* dum ait, eos tantum à muneribus & honoribus vacationem habere, qui ſuo nomine, hoc eſt, per ſe à fiſco vectigal conduxerunt, non etiam eos habere vacationem ab honoribus & muneribus, qui ab eis publica quædam vectigalia exercenda acceperunt, quoniam ea non exercent ſuo nomine, ſed alieno, puta, publicani nomine, qui ſolus vacationem habet, quia cum eo ſolo contraxit fiſcus, & in eius tantum bonis habet tacitam hypothecam conductionis nomine, non etiam in bonis eorum, quibus mandauit vectigalium curam, quæ cauſa tacitæ hypothecæ facit, vt excuſetur à muneribus ciuilibus, vt initio dixi. Neque huic ſententiæ Papiniani quicquam obſtat *l. decimaquinta. §. qui vectigal, de excuſat. tut.* quæ ait: *Conductorem vectigalium ciuitatis à tutelis non excuſari*, quia, vt breue faciam, non loquitur ea lex de conductoribus vectigalium fiſci, de quibus loquitur Papinianus, ſed de conductoribus vectigalium ciuitatis, in quibus ceſſat ratio Papiniani: quia in bonis conductoris fiſcus habet tacitam hypothecam ſuo iure, ciuitatis autem non habet: hæc eſt differentia inter Rempublic. ſiue ciuitatem & fiſcum, *l. 2. C. de iure Reipubl. l. ſimile, ad municip.* quæ differentia inducit aliam, vt conductor vectigalium ciuitatis non excuſetur à tutela vel muneribus ciuilibus; conductor vectigalium fiſci excuſetur: & mox ſubiicit Papinianus, vacationum priuilegia non ſpectant ad liberos veteranorum: Veterani habent vacationem à decurionatu, & omnibus honoribus & muneribus perſonalibus, non patrimonialibus. habent vacationem à tutelis & curationibus, à nauium fabrica, ab exactione tributorum, quamuis non ſit ſordidum munus, *l. 3. hoc tit. l. 2. & 5. de veteran. l. vlt. §. penult. ſup. tit. prox.* Eſt autem hoc priuilegium, quod veteranis conceditur, perſonale priuilegium, quia nec ad liberos veteranorum tranſit, & bene ait, *Vacationum priuilegia:* nam alia priuilegia, quæ veteranis Conſtitutionib. conceduntur, tranſeunt ad liberos eorum, vt priuilegium, quod habent in pœnis, ne ſubiiciantur tormentis aut pœnis plebeiorum, hoc tranſit etiam ad liberos eorum *l. 3. de veteran.* non priuilegium vacationis: & in Pandectis Florentinis ſcriptum eſt hoc modo, *vacationum priuilegia non vetant liberos veteranorum*, id eſt, non tranſeunt ad eos, non excuſant filios. Ex auctoribus noſtris ſoli Papiniano amicum eſt abuti verbo priſco; ſolus dixit, *inſuper habere*, pro *neglegere.* & ſolus, *vetare*, pro, *tranſire.*

Ad §. qui muneris.

Qui muneris publici vacationem habet per magiſtratus ex improuiſo collationes indictas recte recuſat: eas vero quæ è lege fiunt, recuſare non debet.

OStenditur in hoc §. quid ei, cui Princeps conceſſit vacationem publicorum vel ciuilium munerum, remiſſum videatur. Et ait Papinianus, non videri remiſſas ſolemnes & ordinarias intributiones, quæ legibus vel Senatuſconſultis vel Conſtitut. iniunguntur, vt *l. 1. C. de vacat. pub. mun.* vbi his verbis, *merito reſponſum eſt*, proculdubio ſignificatur reſponſum hoc Papiniani, vt cui conceſſa eſt ſpecialiter vacatio munerum ciuilium, non excuſetur à ſolemnibus muneribus, indictionibus, functionibus, quia nec poſſunt remitti reſcripto principis, *l. 3. C. de ann. & trib. l. 1. C. de immunit. nemini conced.* Itaque reſcripto Principis ſpecialiter certæ perſonæ data vacatione publici & ciuilis muneris, videntur tantum remiſſa onera extraordinaria, quæ ex improuiſo ad tempus indicuntur, vt munus muniendæ vel ſternendæ viæ militaris, *l. qui munerib. ſup. tit. prox. l. 6. hoc tit. l. 15. §. ὁ λαβών, de excuſ. tut.* Beneficium principis non interpretamur latiſſime in fraudem publicam.

Ad §. Philoſophis.

Philoſophis qui ſe frequentes atque vtiles per eandem ſectam ſtudiorum contendentibus præbent, tutelas, item munera ſordida corporalia remitti placuit: non ea quæ ſumptibus expediuntur. Etenim vere philoſophantes pecuniam contemnunt, cuius retinenda cupidine fictam adſeuerationem detegunt.

DOcet quod eſt apertiſſimum, Philoſophis dari vacationem à tutelis, & ſordidis muneribus perſonalibus, non à muneribus patrimonialibus, in quibus ſumptus maxime poſtulatur, addita ratione elegantiſſima: quia, qui hæc munera refugiunt, quæ patrimonio imponuntur, iam produnt ſe fictos eſſe, non veros philoſophos, quia veri Philoſophi pecuniæ ſtudioſi non ſunt: idemque proditum eſt in *l. 6. §. Philoſophi, de excuſ. tut. l. 6. C. de muner. patrimon. l. 8. C. de profeſſor. & medic.* eademque ratione vtitur in Chriſtianis *l. 104. C. Theod. de decurionib.* quæ tamen abrogatur in *l. 12. C. de epiſc & cleric.* namque ait *d. l.* 104. decuriones, qui clerici fieri malunt, vt Eccleſiæ potius ſeruiant, quam curiæ, non aliter liberari curia, quam ſi patrimonio ſuo cedant, & nudi eant in clerum: quia, inquit, animos diuina obſeruatione deuinctos non decet patrimoniorum deſideriis occupari: aut ſane, qui iis deſideriis occupantur, hoc ipſo ſatis produnt, ſimulatam eſſe religionem ſuam. Notandum maxime quod ait, & vſu ſeruatur in omnibus profeſſoribus, philoſophiſque, hanc ſcilicet immunitatem dari tantum eis, qui ſe frequentes atque vtiles per eandem ſtudiorum ſectam contendentibus præbent, vt in *d. l. 6. §. Philoſophi.* qui iuuenibus publice proſunt, non aliis: & ita eleganter in *l. 9. C. de ſacroſ. eccleſ.* neminem ſub ſpecie muneris, quod minus exequitur, alterius muneris oneribus releuari debere, quod congruit cum *l. pen. § licet, tit. ſeq.*

Ad §. qui maximos.

Qui maximos Principes appellauit, & cauſam propriam acturus Romam profectus eſt: quoad cognitio finem accipiat, ab honoribus & ciuilibus muneribus apud ſuos excuſatur.

PApinianus in *§. vlt.* docet, eum qui Romam profectus eſt, apud Principem exequendæ appellationis cauſa, interim excuſari à muneribus ciuilibus patriæ ſuæ, qui locus eſt ſingularis: nec enim puto alibi notari eam ipſam ſpeciem vacationis.

Ad l. 7. de legationibus.

Filius decurio pro patre legationis officium ſuſcepit, ea res filium quo minus ordine ſuo legatus proficiſcatur, non excuſat: pater tamen biennij vacationem vindicare poterit: quia per filium legatione functus videtur.

SCiendum eſt, legationem publicam eſſe perſonale munus non patrimoniale, quia plerumque ſolo miniſterio eius, quem ciuitas mittit legatum de certis rebus ad principem, & ſumptu publico peragitur, dato viatico de publico, quod legatiuum dicitur in *l. vlt. §. legati quoque, de muner. & honor. l. ſecunda §. vlt. l. 6. hoc tit. l. Titio, ad municip.* Et hoc quidem munere decuriones funguntur in orbem vice pari, ex περιόδου & περιδρομῆς in *l. quarta §. penultimo. hoc tit.* Ordine vnumquemque decurionum munere legationis fungi debere, hoc proponitur ſimpliciter initio huius §. & ita mox explicatur, vt non alias decurio compellatur munere legationis fungi, quam ſi ij, qui priores in curiam lecti ſunt, functi ſint eo munere;

A ſeruandum eſſe ordinem albi in deferenda legatione, quæ pro ciuitate ſuſcipitur ad principem. Deinde ſubiicit veluti exceptionem in eodem §. ſi legatio deſideret, id eſt, ſi res propter quam legatio ſuſcipitur, deſideret mitti aliquem de primoribus viris ciuitatis, & ij, quos ordo albi vocat, inferiores ſint, non eſſe ſeruandum ordinem albi, & ita reſcripſiſſe Adrianum, hoc eſt, non eſſe mittendum eum, qui ordine prior eſt, ſed eum, qui potior eſt. Ex quo loco omnino explicanda eſt lex *honores, in princ. de decur.* dum ait, *honores & munera non ordinationibus, ſed potioribus potius iniungenda eſſe.* Ordinationem vocat χειροτονίαν, & hoc vult, non ſemper ſpectandum eſſe, qui priores in ordinem venerint in deferendis honoribus, ſed qui potiores ſint, quoties ratio poſtulat mitti aliquem de primoribus viris: alioquin ordo albi & allectionis obſer-

B uandus eſt. Dixi, plerumque munus legationis decerni ſumptu publico dato legatiuo de publico, non ſumptu legati, atque ideo corporis munus eſſe non patrimonij. Dixi, inquam, *plerumque*, quia aliquando ſunt, qui gratuitam legationem obeunt, hoc eſt, ſuis ſumptibus, non accepto legatiuo è Republica, *l. 2. in fine, & l. 11. hoc titulo.* Et hi quidem, qui gratuitam operam præbent Reipubl. hac in parte quemlibet alium ſuſcepta legatione vicarium dare poſſunt, quem in legationem mittant vice ſua, *dicta l. vndecima.* At qui ſumptibus Reipublicæ legationis obeunt munus, non ſuis ſumptibus, alium vicarium dare non poſſunt, qui legatione fungatur, quoniam eorum opera potiſſimum electa eſt & induſtria

C cum ſumptu publico: alium, inquam, vicarium dare non poſſunt, niſi filium ſuum, *l. 4. §. legati, hoc titulo.* Hoc cognito finge; Patrem legatum creatum decreto publico, decreto curiæ, filium ſuum vicarium dediſſe, qui eam legationem obiret ſumptu publico, filium legationem ſuſcepiſſe iure patris, vice patris, an ideo minus filius ſuo ordine legatione fungatur, cum ſcilicet pater & filius decuriones ſunt? Et reſpondet Papin. in hac lege, non ideo filium excuſari, quo minus vice ſua legatione fungatur, & patri, qui filium vicarium dedit, perinde atque ſi ipſemet legatione functus fuiſſet, expleta legatione per filium vice patris dari vacationem biennij, ſicut conſtitutum eſt à legatione ad aliam legationem, vel ad aliud munus, aliumve honorem publicum eſſe vacationem

D biennij, vt conſtat ex *l. 8. §. 1. l. 3 C. de leg. lib. 10. l. 2. C. de mun. & honor. non cont.* Patri igitur, quia pro eo habetur, ac ſi ipſemet legatione functus fuiſſet, qui filium vicarium dedit, qui legationem expleuit, à finita legatione dabitur vacatio biennij, cæterum filio non dabitur; nec excuſabitur, quo minus ſuo ordine legatione fungatur, ſi res exigat. De hac præſcriptione biennij agitur hoc titulo, & aliud eſt reſponſum Papiniani de ea in *l. 13.* quam nunc ordine explicabo.

Ad l. 13. eod.

Vicarius alieni muneris voluntate ſua datus, ordine

E *ſuo legationem ſuſcipere non admiſſa biennij præſcriptione cogetur.*

QVod definiuit Papinia. in filio vicario patris *l. 7.* idem ſtatuit in quolibet vicario iure dato, vt ſi decurio, qui gratuitam legationem ſuſcepit, alium decurionem vicarium dederit: hic enim vicarius, qui vice alterius, verbi gratia, hoc anno legatione perfunctus eſt, non ideo excuſabitur anno ſequenti quo minus legatione fungatur, ſi hoc exigit albi & ordinis ratio, nec poterit ſe tueri illa præſcriptione biennij, quia non ſuo nomine legatione functus eſt, ſed alieno; non ipſe, ſed alius, cui indicta erat legatio, legatione functus videtur, quemadmodum diximus in *l. 8. §. 1. de vacat. mun.* vacationem tantum dari publicanis, qui ſuo nomine vectigalia exercent. In propſioto ita recte dico: vacationem tantum

dari legatis, qui suo nomine proprio, propria sua legatione perfuncti sunt. Et hoc ita procedit, vt vicario functo legatione indicta, alteri non detur vacatio biennij. Hoc ita procedit, inquam, si vicarius datus sit sua sponte sine decreto Curiæ: nam si inuitus datus sit vicarius ex decreto Curiæ, dico ei dandam esse vacationem biennij, perinde ac si ab initio principaliter ei delata legatio fuisset, quia hoc casu non tam alieno, quam suo nomine videtur legatione functus, nimirum, vt obtemperaret Reipub. quæ vicariam istam operam iniunxit. Et hoc puto significari in hac *l.13.* his verbis, *voluntate sua datus;* ac si idem non sit in eo, qui inuitus datus est, quoniam is, qui inuitus sit vicarius, suo potius nomine videtur rem exequi. Et hæc sunt, quæ continentur in *l.13.*

Ad l.3. de administrat. rerum ad ciuit. pertinent.

Curatores communis officij, diuisa pecunia, quam omnibus in solidum publice dari placuit periculo vice mutua non liberantur. [Vlpianus] *Prior tamen exemplo tutorum conueniendus est is qui gessit.*

IN primo responso huius legis agitur de duobus Curatoribus communis officij, communis muneris. Finge, ordinatos fuisse duos curatores frumenti parandi, & omnibus publice in solidum datam fuisse pecuniam, qua frumentum reipubl. coemerent: post, eos inter se pecuniam eam & curam diuisisse, quæ data & iniuncta erat singulis in solidum. Quæritur, si in eo munere vnus negligenter aut fraudulenter versatus sit, an alter pro eo conueniri possit? Quod videtur, quia commune fuit & indiuiduum officium, & communiter in solidum omnibus data est pecunia ad annonam ciuitatis comparandam. Ergo commune periculum esse debet, & communis ratio præstandi damni, quod fecit respublica, vt in *l. Imperator, in prin. ad munic.* Denique singuli reipub. tenentur etiam nomine collegæ in solidum. Nec quicquam mutat diuisio illa, quam fecerunt inter se, quia nec potuit illa diuisione facta priuatim inter eos conuelli ius reipublicæ, *l.2.§. ius reipub. hoc tit.* & ita Papinianus respondet: quod & notat Vlpianus, quæ nota subiicitur huic primo responso, addito tamen hoc modo, vt prius conueniatur, qui rem male gessit ex sua persona, quam qui non gessit ex persona collegæ, et si res ab eo seruari non possit, qui rem male gessit, si inueniatur non esse idoneus, tum vult, vt eatur ad collegam, vt in *l. 1. C. quo quisque ord. conuen. libr. 11.* Prius esse executiendas facultates eius, qui rempublicam gessit & perdidit, vt fit in duobus tutoribus, quum indiuidua tutela est; & ipsi tutores inter se priuata conuentione administrationem diuiserunt, quia alter non conuenitur pro altero statim. Tutor non conuenitur pro contutore, inexcusso contutore, qui rem pupilli perdidit, qui gessit, & perdidit, sed ita demum, si contutor, qui rem gessit, soluendo non sit *l. 3. C. de diuid. tut. l. 2. C. de hered. tut.* cui definitioni, licet sit certissima, Accursius opponit leg. 2. §. *vlt. de curat. bon. dando.* Cuius sententia hæc est: cum à defuncto relictis multis creditoribus nondum vllus extat bonorum possessor, nec vllus heres, tum postulatu creditorum bonis defuncti custodiendis curatores dantur, & si res exigat, distrahendis. Finge, plures curatores constitutos bonis: quosdam rem defuncti attigisse, quosdam nihil attigisse, an coguntur creditores prius agere cum iis, qui rem attigerunt, quam cum aliis? minime: sed eorum arbitrio est, quem conueniant: arbitratu suo, illo non seruato, quis gesserit vel non? Sane necessario dicendum est, aliud esse in curatore bonis dato. Et ita est omnino. Ratio enim discriminis hæc est: quia munus ciuile quale est tutela, iniungitur inuitis. At vt est expressum in *d. l. 2. §. penult.* curator bonis non constituitur, nisi voluntarius, præterquam, si aliud iubeat Princeps ex magna causa. Regulariter non nisi voluntarius. Cum ergo voluntate sua hoc munus suscipiat non inuitus, non est, quod ei quidquam indulgeatur, tribuatur beneficium excussionis, quod datur tantum eis, qui inuiti munera ciuilia suscipiunt. Qua de causa *d. l. 2. §. vlt.* ait: *quoties Princeps ex magna causa inuitum curatorem bonis fecit, tum non esse prius conueniendum eum, qui nihil attigit:* quod ostendit magnam esse differentiam inter curatorem voluntarium & coactum. Non omittam quod Papinianus proponit in hoc responso, curatoribus rei frumentariæ datam fuisse pecuniam publicam omnibus in solidum. Vnde quæret aliquis: an igitur si data sit eis pecunia pro virilibus portionibus & separatis, non sit curæ & administrationis commune periculum? Et omnino dicendum est, non esse prorsus hoc casu commune periculum, & multum interesse, an indiuiduum sit officium an diuiduum, pro diuiduis & virilibus portionibus: nam si sit diuiduum ipso iure, singuli tenentur pro portionibus virilibus, pro quibus rempublicam attigerunt, vt *l. 1. C. quo quisque ordine conueniat.* & si forte vnus non sit soluendo, non ante conueniri collegam, quam sit excussus fideiussor & nominator eius, qui soluendo non est, vt *l. 2. C. eod. tit.* At si indiuiduum fuerit officium, ipso iure singuli in solidum tenentur vice mutua, & vno non existente soluendo, statim pro eo alter conueniri potest tanquam correus principalis, etiam inexcusso fideiussore ac nominatore eius, qui soluendo non est, *d. l. 2. & l. 3. C. de conuen. fisc. deb.* quod etiam receptum est exemplo tutorum, vt patet ex *l. 4. C. de magistratib. conuen.* Et hoc omnino ita se habet in muneribus ciuilibus: Nam in magistratibus municipalibus, vt in duumuiris hac distinctione non vtimur, sed siue diuisum sit eis iniunctum officium, siue pro indiuiso; prius sunt excutiendæ facultates rei principalis, & fideiussoris, & nominatoris, quam veniatur ad collegam, vt omnium nouissimus collega conueniatur *l. 3. & 4. C. quo quisque ordine conueniat. l. Imperator, ad municip.* Et ratio differentiæ hæc est: quia in munerib. ciuilibus, duo collegæ correi sunt debendi, in magistratibus non vsque adeo. Quod patet, quia si ambo magistratus sint soluendo tempore depositi officij, non nisi pro parte conueniri possunt, qui tamen si omnino essent correi, possent conueniri in solidum, *l. si pupillus, de admin. tut.*

Ad §. prædium publicum.

Prædium publicum, in 5. annos idonea cautione non exacta, curator reipublicæ locauit: cæteris annis colonus, si reliqua traxerit, & de fructibus prædij mercedes, quæ seruari non potuerint, successor, qui locauit, tenebitur. Idem in vectigalibus non ita pridem constitutum est, scilicet vt sui temporis periculum singuli præstarent.

EX secundo responso videtur posse colligi: Curatorem reipublicæ, de cuius magistratu memini me ante dicere, hoc ipso libro in *l. vlt. de offic. adsess.* fuisse quinquennalem magistratum, quemadmodum in hoc secundo responso Papinianus ponit; eum locasse fundum reipub. in quinquennium: nam & ita in vrbe censor à quo etiam prædia publica locari solebant in quinquennium, olim fuit magistratus quinquennalis auctore T. Liu. lib. 4. Proponit autem Papinianus Curatorem reipub. locasse fundum reipub. in quinquennium, vt solebat fieri, non exacta, vt debuit, à conductore idonea cautione, mercedes recte solui, exacta quidem cautione, sed non idonea non locuplete. Cæterum eo quinquennio nihil ex ea causa reipub. attulit damni, nihil reipub. abfuit, conductor mercedes persoluit quinquennij: at cum successor Curatoris reip. in sequens quinquennium eidem eun-

dem fundum locasset iisdem mercedibus, conductor reliqua traxit plurima, debita plurima, nec soluit reip. & de fructibus fundi, qui tacite pro mercedibus pignori obligati sunt, *l. in prædiis, sup. ex quib. caus. pig. tac. contr.* ex iis fructibus, inquam, & hypothecis tacitis mercedes, quas conductor reliquatus est, seruari non possunt, denique versatur in damno resp. Quæritur, in id quod reipub. abest, quis reip. teneatur? Priorne curator reip. qui auctor est conductionis, & qui à conductore non exegit idoneam cautionem, an posterior curator reip. qui probauit eam conductionem, probauit cautionem alteri præstitam, nec aliam exegit? Et recte respondet Papinianus posteriorem tantum curatorem teneri, quia æquum est sui quemque temporis periculum præstare reipub. Idemque est in duobus conductoribus vectigalium, si vnus vectigalia conduxerit in quinquennium, B deinde alius, successor eius vectigalia in aliud quinquennium conduxerit, posita eadem specie, quod summe notandum

Ad §. in eum qui.

In eum qui administrationis tempore creditoribus reipublicæ, nouatione facta, pecuniam cauit, post depositum officium actionem denegari non oportet. Diuersa causa est eius, qui solui constituit. Similis etenim videtur ei qui publice vendidit aut locauit.

PRoponitur hæc species: Curator reip. creditoribus reip. cauit nouatione facta; quo genere liberauit rempublicam creditoribus, & in se transfudit omnem C obligationem. Quæritur, an teneatur creditorib. etiam post depositum officium? Et respondet teneri, quia obligationem suam fecit, alioquin creditores versarentur in damno, quia iam non possent experiri cum republica, quæ nouatione liberata est. Verum addit, diuersum esse si Curator reip. creditoribus reip. constituerit, se pecuniam debitam soluturum, qua ratione obligatio non nouatur. Non nouat constitutum siue constituta pecunia, sicut fideiussio non nouat priorem obligationem, *l. item illa §. vlt. & l. vbi quis, de constit. pecun. l. si filiusfa. de in rem vers.* Et hic quidem deposito officio liberatur, D & potest dici audacter eum quidem deposito officio liberari citra captionem creditorum, cum eis sit salua actio in remp. quia constituto non fuit nouata obligatio, & quidquid hic constituit se soluturum, constituit tantum reip. id est publico nomine. Idem etiam erit si quid curator reip. vendat publico nomine, vel locet publico nomine, & emptori vel conductori caueat, conductori habere licere, emptori de euictione publico nomine, quia deposito officio emptori vel conductori est salua actio in remp. & æquum est eum liberari, qui inuitus munus publicum obiit, nec propriam suam obligationem fecit nouationis genere. Huic responso Papin. opponitur *l. procurator, de proc.* vbi ponit lex procuratorem priuati hominis vendidisse rem domini, & cauisse E de euictione, tum negotia eius domini gerere desiisse. Quem tamen lex ait deposito officio procuratoris, non releuari onere obligationis contractæ, ex causa venditionis & euictionis postea secutæ.

Dico aliud esse dicendum in procuratore priuati hominis, aliud in procuratore reipub. quod probat eadem *lex procurator*, Quæ in Florentinis est ex lib. 2. Resp. Pap. In aliis libris omnibus est ex lib. 1. quod magis placet: vindico ergo legem illam lib. 1. & consequenter eam coniungo cum hoc §. qui est ex lib. 1. respons. hæc coniunctio quum sit, apparet hanc certe esse differentiam constituendam hac in re inter procuratorem priuati hominis & procuratorem reip. nam & ratio differentiæ est euidens: Quia curator reip. inuitus creatur, & ideo æquum est ne vltra tempus suæ administrationis tenea-

A tur his, quibus publice cauit: at ille procurator negotiorum priuati hominis est amicus voluntarius: qua ratione etiam tenetur post depositum officium, quod vltro suscepit: nam cur se huic obligationi immiscuit vltro, & qua ratione curator reip. qui publice constituit se soluturum, vendidit vel locauit non facta nouatione post depositum officium liberatur, ita etiam tutor quoniam gerit munus plublicum quod defertur inuito, deposito officio tutelæ soluitur obligationibus, quas contraxit nomine pupilli, *l. 1. C. quan. ex fac. tut. l. cum quidam, C. de admin. tut.* nisi tutor, vt diximus, in curatore Reipub. fecerit nouationem transfusa in se obligatione, vt est in *l. post mortem, quan. ex fac. tut. & curat.*

Ad §. filium.

Filium pro patre curatore Reipublicæ creato cauere cogi non oportet. Nec mutat, quod in eum pater emancipatum, prius quam curator constitueretur, partem bonorum suorum, donationis causa contulit.

IN §. pen. ostenditur filium emancipatum non cogi cauere pro patre curatore Reip. Remp. saluam fore, licet in eum pater tempore emancipationis donationis causa partem suorum bonorum contulerit, vt in emancipando moris erat, semper patrem donare aliquid filio, *l. vt liberis, in fi. C. de collat.* donare aliquid quo vitam toleraret, *l. 2. & vlt. C. de eman. lib. l. 8. de bonis proscrip. &* in *l. vlt. Cod. Theod. de reuoc. donat. & Nouella Leonis 25.* Et huius rei legimus vestigia apud Spartianum in Adriano: *Filiam*, inquit, *dato patrimonio emancipauerat.* Alioquin abdicatio potius esset, quam emancipatio. At vt sæpe fit, licet in emancipatum filium multa pater contulerit donationis causa, tamen filius pro eo facto curatore Reipub. fideiubere non cogitur, quia scilicet inter volentes tantum stipulatio contrahitur, & fideiussor obligatur tantum per stipulationem. & sic est in *l. æstimationem §. inuitus, de munerib. & hon.*

Ad §. vltimum.

Pro Magistratu fideiussor interrogatus pignora quoque specialiter dedit: in eum casum pignora videntur data, quo recte conuenitur: videlicet postquam res ab eo seruari non potuerit.

IN hoc §. vlt. ostenditur eum, qui pro magistratu fideiussit, & pignora certa dedit, non aliter posse conueniri actione in personam. Itemque non aliter posse excuti pignora quæ supposuit, & non aliter posse distrahi, quam si res ab ipso magistratu seruari non possit, vt ait *l. 15. §. 1. & l. 17. §. filium, ad municip.* Prius esse excutiendum reum principalem, prius magistratum, quam fideiussorem aut nominatorem, aut pignora, quæ Reip. fideiussor opposuit nomine magistratus.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIA in Lib. II. Responsorum Aemilij Papiniani.

Ad l. 31. de negot. gest.

Liberto vel amico mandauit pecuniam accipere mutuam,

cuius literas credita secutus contraxit: & fideiussor interuenit. Etiamsi pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fideiussori scilicet ad exemplum institoriæ actionis.



HVic libro hanc legem vindico, qui *l. 67. de procurat libro* I. vindicaui. Sunt autem in hac *l. 31.* septem octoue responsa, breuia admodum, si verba numeres, sed comprehensione rerum longa atque obscura. Primi responsi species hæc est: liberto vel amico meo mandaui per literas, vt negotia quædam mea gereret, puta, creditoris mei, vel pignoris mei liberandi causa, pecuniam mutuam acciperet à L. Titio, non ab homine incerto, vt Glossa ponit, sed ab homine certo, puta, à L. Titio, vt ponit *l. pen. C. de instit. act.* quæ congruit omnino cum hoc responso Papiniani: Procurator meus libertus ille vel amicus, quem in hanc rem procuratorem feci, literas meas ostendit L. Titio, & mox L. Titius meas literas secutus, amicitia & contemplatione mei, negotiorumque meorum, procuratori meo pecuniam credidit. Interuenit etiam quidam amicus meus, qui inspectis literis meis, eas literas secutus pro L. Titio eo nomine fideiussit, me absente & ignorante. At postea ea pecunia non est versa in rem meam, in negotia mea. Finge, periisse pecuniam illam: quæritur, an in me Luc. Titius creditor, vel fideiussor, si ei soluerit, negotiorum gestorum agere possit, quod vterque habuerit animum gerendi negotii mei, & me obligandi si non procuratorem meum, vterque intuebatur meas litteras, non procuratorem meum? Et creditor quidem videtur in me agere non posse negotiorum gestorum, quia pecunia non est conuersa in mea negotia: quod si verum est, creditorem in me agere non posse: sequitur ergo nec fideiussorem, si forte creditori soluerit, ea actione vti aduersum me posse, quia negotium meum gessisse non videtur; negotium meum non gessit, qui ei soluit, cui obligatus non sum. Et tamen respondet hoc loco Papinianus, vtrique competere vtilem actionem negotiorum gestorum ad exemplum institoriæ actionis, *h. e.* quasi institoriam actionem, licet pecunia non sit consumpta in rem meam. Omnis actio vtilis dicitur dari ad exemplum & ad similitudinem directæ actionis, quia in casu tantum adsimili datur, non prorsus eodem; & dicitur quasi illa esse actio, cuius exemplo datur, vt quasi Seruiana, & quasi institoria in hoc proposito, *l. actori, C. de reb. cred. l. is cui §. patri, vt in possess. legat.* At institoria actio vel quasi institoria quæ dicitur, adiectio siue appellatio est, quæ accomodatur cuilibet actioni legitimæ vel honorariæ: vt institoria actio mandati, institoria actio ex empto; & in hoc proposito institoria negotiorum gestorum, vel quasi institoria negotiorum gestorum. Creditori igitur in me competit actio negotiorum gestorum; quia negotiorum meorum contemplatione pecuniam credidit procuratori meo. Nec quicquam obstat, quod pecunia illa perierit, nec versa sit in rem meã, quia quantum in eo fuit, rem meam gessit, & animo meo obtemperauit; & teneor negotiorum gestorum actione, ad exemplum institoriæ actionis, vt quemadmodum, qui institori meo, quem præposui tabernæ vel negotiationi, eius rei contemplatione pecuniam credidit, habet in me actionem institoriam negotiorum gestorum: ita qui procuratori meo constituto mutuæ pecuniæ accipiendæ, credidit pecuniam mei contemplatione, habeat in me vtilem actionem, quasi institoriam negot. gestorum, quod eum procuratorem veluti institorem videar præposuisse mutuæ pecuniæ accipiendæ. Denique vt ex contractu institoris teneor, quem habuit cum aliquo eius negotiationis causa, cui erat præpositus: sic etiã ex contractu procuratoris, veluti institoris teneor, quasi actione institoria, quod etiam Papinianus non tantum hoc loco tradit, sed etiam in *l. pen. in prin. de inst. act.* & confirmat *l. pen. C. eod. l. 6. §. 1. hoc tit.* vtilem, *inquam,*

A actionem, h. e. quasi institoriam, non directam, quia eum non præposui vt institorem propter quæstum, sed vt procuratorem propter necessitatem negotij mei, *l. 5. §. sed & eum, de inst. act. l. Iulianus §. si procurator, de act. emp.* Qua ratione & ex contractu villici, quem etiam præposui mercibus distrahendis, quasi institoria teneor, non institoria directa, quia eum habui principaliter vt villicum propter fructus percipiendos, non vt institorem, *l. si cum villico, de inst act.* Non datur etiam in hac specie creditori in me actio mandati, quia nihil ei mandaui, sed procuratori tantum meo per epistolam mandaui, vt ab eo pecuniam mutuam acciperet: cæterum ei nihil mandaui. Non potuit igitur inter me & eum contrahi obligatio mandati; eademque ratione nec fideiussori, qui me absente & ignorante fideiussit, in me potest compe-

B tere actio mandati, sed negot. gest. tantum, vt in fideiussore infra explicabitur *l. ex mandato §. 1. inf. mand.* Alia est species *l. si literas, C. mand.* quam hic adduxit Accursius, quoniam proponitur in ea, mandasse me L. Titio, vt tibi pecuniam numeraret in rem tuam, quo casu Titio in te est condictio creditæ pecuniæ, in me est actio mandati, quia auctor fui L. Titio, vt tibi pecuniam numeraret, & ita est explicanda *d. l. si literas.* At in specie proposita hoc loco nihil ponitur me mandasse Luc. Titio: non datur ergo creditori in me actio mandati, neq; actio institoria directa, sed quasi institoria siue vtilis negot. gest. Quod verum est, etiamsi procurator meus, qui pecuniam mutuã accepit, sit soluendo, qui stipulanti creditori Luc. Titio promiserit, se soluturum eam pecuniam. Nam hoc casu non tantum procuratorem L. Titius ex

C stipulatione obligatum habet: sed etiam quasi negotiis meis gestis me obligatum habet, vt *l. pen. de inst. act. l. 6. §. 1. hoc tit.* Addita hac ratione, quia creditor ex abundanti, *inquit,* hanc stipulationem interposuit, id est, quo magis sibi cautum esset, non vt me liberaret, non nouandi animo. Quæ ex abundanti cautio interponitur, non nouat priorẽ obligationem, *l. pen. §. vlt. de in rem verso.* Prior autem & principalis fuit obligatio gesti negotij mei, quæ permanet etiamsi procuratorem quoque meum creditor sibi obligauerit per stipulationem. Igitur interposita huiusmodi stipulatione, obligatione huiusmodi, vtrumque creditor obligatum habet, me iudicio neg. gest. exemplo institoriæ actionis; procuratorem autem meum actione ex stipulatu: at non interposita huiusmodi stipulatione, me solum habet obligatum iudicio negotiorum gestorum vtili, exemplo institoriæ actionis: procuratorem autem meum non habet obligatum mutuæ pecuniæ

D nomine, vel alio nomine, quia non procuratorẽ meũ, sed me solum creditor obligare voluit, quas literas meas secutus, quas scripseram procuratori meo, cognita mea voluntate, mox, cognito meo desiderio, pecuniam procuratori meo credidit in negotia mea, contemplatione mei, neque à meo procuratore quidquam stipulatus est. Me igitur solum obligatum habet, quasi negotiis meis gestis: nulla autem mutui obligatio contrahitur; mutua pecunia datur procuratori meo, & nemo ex causa mutui obligatur ea actione, quæ ex mutuo nascitur, h. e. actione si certum petatur, sed propter mutuum quod mei contemplatione interuenit, in me solum datur actio quasi insti-

E toria, cum procuratori meo mei contemplatione pecunia data est; nam si non mei contemplatione procuratori meo mutua pecunia data sit, siue ei mandauerim, vt eam sumeret mutuam, siue non: hoc casu solus procurator tenetur ex causa mutui, & vere cõtrahitur obligatio creditæ pecuniæ, *l. eum qui, C. si cert. pet.* Quod autẽ dixi de creditore, idem obtinet in fideiussore, quẽ posui fuisse adhibitum huic obligationi, si fideiussor creditori soluerit, & me ab eo liberauerit, cum scilicet fideiussisset mei contemplatione, vt quemadmodum creditori est quasi institoria actio in me, si ei non soluerit fideiussor, ita etiam fideiussori si ei soluerit, in me competat quasi institoria actio negotiorum gestorum: perinde, atque si pro insti-

tore meo tabernæ præposito fideiussisset, quod & idem Papinianus respondet *lib.3.l.idemque.§.idem Papin.mãd.* Sed hoc plus est in hoc responso, quam in illo responso libri tertij, quod in hoc responso libri secundi, non tantum fideiussori, sed etiam creditori datur quasi institoria actio: item quod in hoc responso datur indistincte, siue pecunia sit versa in rem meam, siue non: quoniam satis est, quod mihi vterque rem cœpit gerere bono animo & vtiliter, etiam si euentus non sit secutus, vt in *l. sed an vltro §.vlt. l. successori, §.vlt. & l. siue hereditaria, hoc tit.*

Ad §. inter negotia.

Inter negotia Sempronij quæ gerebat ignorans Titij negotium gessit: ob eam quoque speciem Sempronio tenebitur: sed ei cautionem indemnitatis officio iudicis præberi necesse est aduersus Titium, cui datur actio. Idem in tutore iuris est.

SPecies hæc est: In gerendis negotiis Sempronij etiam Titij negotium gessi ignorans, quod forte permistum erat negotiis Sempronij, sed putaui me tantum gerere negotium Sempronij, cum partim esset Titij. Quæritur: An Sempronio tenear negotiorum gestorum actione, non tantum Sempronij, sed etiam Titij negotij nomine? Titio sane teneor, quamuis non eius contemplatione negotium gessi, quia reipsa & in rei veritate negotium eius gessi, & teneor Titio vtili actione, ne in damno versetur Titius. At vice versa mihi etiam Titius tenetur vtili actione neg. gestorum: quia æquum est ne verser in damno, quia reipsa Titij negotium gessi: & ex hoc contractu est actio vltro citroque, actio mutua, directa & contraria. Et si Titio teneor, consequens est & vicissim, vbi causa subest, Titium mihi teneri eadem actione; atque ita proditum est in *l. 6. §. si Titij seruum, h. t.* Curaui, ne Titij seruus occideretur, cum putarem esse seruum Sempronij. Reipsa seruaui rem Titij, quamuis animus mihi fuerit seruandæ rei Sempronij, non Titij, & mihi Titius eo nomine tenetur, vt in *d. §. si Titij seruum.* Idemque confirmat *§. quid ergo d.l.6. & l.15.insi. & l.quæ vtiliter §. vlt.hoc tit. & l. in hoc iudicium 14. §.diuersum, comm.diuid. & l. si mandauero 2. §. si curator, mand.* quæ, dum ait, ei, cuius negotia gessi ignorans, dari actionem in factum; non aliam significat actionem, quam vtilem negotiorum gestorum: Nam in factũ appellatio non est nomen actionis, sed appellatio, quæ aptatur cuilibet actioni vtili, cõparatæ ad exemplum actionis in factum. Omnis actio vtilis est in factum, & retro omnis actio in factũ est actio vtilis. Ergo cũ inter negotia Sempronij, gessi etiã negotium Titij, & ego Titio teneor, & vicissim Titius mihi vtili gestorum negotiorum, etiamsi ignorauerim, negotiũ esse Titij. Quamobrem quod additur in *l.6.§. si quis, h. t.* in eadem specie, scientem me gessisse negotium Titij, hoc abundat, vt Accursius sensit recte: nam subintelligitur maxime: nam idem etiam est in ignorante; sed in ignorante Papinianus ponit speciem augendæ dubitationis gratia. At idem Papinianus in hoc responso ostendit, me non tantum teneri Titio, cuius reipsa negotium gessi, sed etiam Sempronio, cuius contemplatione negotium gessi. Æquum est, me non idem bis præstare, me non vtrique respondere in iudicio. Ideoque subiicit Papinianus: quod si mecum agat Sempronius Titiani negotij nomine, non aliter ei me condemnabit iudex, quam si mihi cauerit, indemnem damno seruari me aduersus Titium, cui etiam in me est actio negotiorum gestorum. Sic fit, vt idem bis non soluam, remedio cautionis de indemnitate, quam officio iudicis mihi præstabit Sempronius, si prior mecum agat negot. gest. At quod dicitur, etiam Sempronio in me esse actionem Titiani negotij nomine, pugnare videtur cum *l.5.in fi. & l.6.§. quid ergo, hoc tit.* quæ negat, eum negotiorum gestorum agere vel conueniri posse, cuius negotium putaui me gerere, cum esset negotium alterius. in hac specie putaui, me gerere negotium Sempronij, cum esset Titij, ergo Sempronio in me nulla competit actio, sed Titio soli in me competit actio, quod vtique verum est, si Sempronij nihil intersit: nam omnes actiones nunquam dantur nisi eis, quorum interest, hoc est, quod Marcus Tullius ait: *Dari actionem ex damno & iniuria cuiusque.* Ei cuius nihil interest non datur actio. At si Sempronij intersit, bene gestum esse negotium Titij, finge, Sempronium fuisse procuratorem negotiorum Titij, atque ita me in rebus Sempronij inuenisse etiam res Titij, easque attigisse errantem, tanquam Sempronij, non Titij, æquum est hoc casu Sempronio, cuius cõtemplatione negotium Titij gessi, ignorans esse Titij, in me dari actionem negotiorum gestorũ oblata cautione indemnitatis. Et ita hic locus accipiendus est, vt suadet, quod subiicit Papinianus, idem in tutore iuris esse, puta, vt si Titius inter negotia Sempronij gesserit etiam negotia pupilli, cuius Sempronius erat tutor, Sempronio teneatur, cuius interest propter officium tutelæ, ita tamen, vt officio iudicis Sempronius Titio præbeat cautionem indemninatis aduersus pupillum, cui etiam in Titium competit actio: sicut vice versa non tantum competit actio Titio in Sempronium, sed etiam in pupillum, si pupillus ex gesto locupletior factus sit, *l. 6. in princ. hoc tit.*

Ad §. litem.

Litem in iudicium deductam, & à reo desertam frustratoris amicus vltro egit, causas absentiæ eius allegans iudici: culpam contraxisse non videbitur, quod sententia contra absentem dicta ipse non prouocauit. Vlpianus notat. Hoc verum est: quia frustrator condemnatus est. Cæterum si amicus cum absentem defenderet, cõdemnatus negotiorum gestorum agetur poterit ei imputari, si, cum posset, non appellasset.

QVæstio quæ proponitur in §. *litem*, est de defensore absentis voluntario, cuius duas partes facio. Prima est de defensore eius, qui litem contestatus est. Secunda de defensore eius, qui litem contestatus non est. De prima parte primum dicamus. Si reus litem contestatam deserat, nec edictis aut literis iudicis euocatus ad iudicium adsit, peracto isto ordine edictorum vel literarum, vel denuntiationum, quibus denuntiatus & euocatus sit, si non pareat, si non adsit iudicio, contumax est, quia contemnit iudicis auctoritatem, quem adierat semel, & apud quem litem inchoauerat: vt Iurisconsultus in *l. contumacia 53. §.1. de re iudic.* ait; contumacem esse eum, qui contemnit. & Nonius, hoc nomen venire à contemnendo. Frustrator dicitur hoc loco à Papiniano contumax, quia frustrandi tantum actoris causa iudicio abest, ne possit actor litem ad exitum perducere, *l. vlt. de procur.* dum scilicet putat litem non posse ad exitum perduci, nisi præsente vtraque parte, vt cauetur lege XII. tabularum, *Ne cuiquam lis addicatur, nisi vtraque parte præsente.* Quã tamen in re longe opinione fallitur, quia ea lex non sequatur in contumace tergiuersatore, frustratore, Nam contra absentem per contumaciam ex eremodicio dicta sententia valet. At frustratoris huius siue contumacis, si extiterit defensor aliquis, qui amicitia ductus, litẽ, quam ille deseruerat, vltro sine mandato redditis iudici causis, cur ille abesset, suscepit, & nihilominus absens quasi ex eremodicio peracto ordine edictorum condemnatus sit; Quæritur: an si ab ea sententia defensor non appellauerit, tanquam culpæ reus & quasi re gesta negligenter, teneatur absenti iudicio negotiorum gestorum: quia negotiorum gestor, non tantum dolum præstat, sed etiam culpam siue negligentiam, vt *l. si negotia, hoc tit. l. tutori, C. eod. tit.* Et Papinianus respondet, eum defensorem voluntarium nullam culpam fecisse, & contraxisse videri, quia non appellauerit à sententia dicta contra amicum

amicum abſentem, cuius ille defenſionem ſuſceperat. Et ratio ſtatim apponitur ex nota Vlpiani, (qui ſcripſit notas ad libros reſponſorum Papiniani) *quia fruſtrator condemnatus eſt.* Legamus totam hanc partem legis: *litem in iudicium deductam, &c.* Et deinde: *Vlpianus notat. hoc verum eſt, quia fruſtrator condemnatus eſt.* quam rationem, quæ vim & proprietatem omnem huius reſponſi continet, Interpretes noſtri nullo modo interpretantur, qui omittunt per cõniuentiam rationem legis non ſine ſcelere: cum ratio ſit, vt quidam Rhetor ait, anima, medullaq; legum, quæ æquum & bonum tuetur. Ratio eſt elegantiſſima: qui vltro ſuſcepit defenſionem contumacis abſentis, eo condemnato, ſi non appellauerit, nullam culpam contraxit, quia condemnatus eſt reus, cuius ille, B qui non appellauit, ſuſceperat defenſionem, ex eremodicio, ex fruſtratione, ex contumacia, ex deſertione litis, hæc omnia idem poſſunt. Et condemnato ex contumacia ius appellandi non eſt, *l. & poſt edictum* §. *vlt. de iudic. l. properandum* §. *cum autem, C. eod. tit. l.* 1. *quorum appellat. non recip. l. ex conſenſu* §. 1. *de appellat. & Nou.* 82. Eſt iuris certiſſima regula. & hoc eſt, quod ait *l. contumacia, de regul. iur.* Contumaciam litis damno coërceri, quia ſcil. ad eam litem contumax nullum regreſſum habet, ſi condemnatus ſit, neque per appellationem, vt fit plerumq;, neque per reſtitutionem eremodicij, niſi ſit minor xxv. annis, *l.* 7. §. *vlt. de minor.* Itaque non culpatur defenſor, qui non apellauit, cum non poſſet appellare. Non potuit appellare, quia reus contumax condemnatus eſt; & vero reus ipſe, non defenſor condemnandus fuit, quia cum reo fuit lis conteſtata, non cum defenſore. Defenſor ſuperuenit liti conteſtatæ: & æquum eſt, vt cuius quiſque litis C initium fecit, eius etiam euentum excipiat, nec vnquam accidit, vt alius damnetur, quam, qui litem conteſtatus eſt. Merito ergo fuit condemnatus reus principalis, non defenſor, qui ſuperuenit liti conteſtatæ, & quia condemnatus eſt ex eremodicio, ex contumacia, ideo neque per ſe, neque per alium appellare poteſt, quia quod quis non poteſt per ſe ſuo nomine, neque per alium, *l.* 2. *de adm. rerum ad ciuit. pert. l. quæritur, de Carbon. edict.* Et hæc eſt ſententia euidentiſſima huius partis prioris. Sequitur altera pars, quæ eſt de defenſore abſentis, qui litem conteſtatus non erat. Finge: cum moueret quidam controuerſiam hominibus L. Titij abſentis de proprietate fundi, quem Titius poſſidebat, quidam abſentis poſſeſſoris amicus ſe rei defenſioni obtulit vltro, & inter eum & actorem lis conteſtata eſt. Si ſecundum actorem iudici videatur danda eſſe lis, condemnandus eſt defenſor, non poſſeſſor, qui abeſt; quia defenſor litem conteſtatus eſt tanquam alieni iuris vicarius: abſens enim D nunquam huic iudicio adfuit. Et ita oſtenditur in *l.* 1. *C. de ſent. & interloc. omn. iudic.* lite inchoata & conteſtata inter actorem & procuratorem, vel geſtorem ſiue defenſorem voluntarium, non eſſe condemnandum eum, qui iudicio abfuit, ſed procuratorem vel geſtorum tantum. Idem oſtenditur in *l. minor. & l. Plautius, de procurat. l. alia cauſa, ſol. matrim.* Hoc autem caſu ſi defenſor, qui condemnatus eſt ſententia non appellauerit, culpam cõtrahere videtur, quod cum poſſit, non appellauit; hæc, inquam, culpa, vel ei imputabitur vel repenſabitur, ſi agat iudicio directo negotiorum geſtorum: vel obiicietur ei ſi cum eo agatur directo iudicio negotiorum geſtorum. Et hoc eſt, quod ſubiicit Vlpian. in hac eadem nota, quam facio ſecundam partem huius §. *Cæterum, &c.* E directo iudicio negotiorum geſtorum aget voluntarius amicus, & bonæ fidei defenſor, licet condemnatus ſit, vt recipiat, quod ob rẽ iudicatam ſoluit, veluti litis æſtimationem, quam ſoluit, ſed non etiam, vt recipiat ſumptus in eam litem factos, quia apparuit non fuiſſe ei rationem litigandi. Et ita eſt proditum in *l.* 5. §. *in hac ſtipulatione, iud. ſol.* Et hoc quum condemnatus ſit. Nam ſi vicerit, ſi cauſam tenuerit, etiam ſumptus litis recipiet, perinde ac ſi rem defendiſſet ex mandato rei, ſi litem, ex mandato

A ſuſcepiſſet. Quo caſu, ſiue vicerit, ſiue non, recuperat ſumptus ad eam litem factos, ſumptus litis: quia quidquid fecit, ex mandato fecit. Et ita hic §. explicandus eſt. Male aute Ioannes & Accurſius ſtatuunt contra ea, quæ diximus, defenſorem vltro interueniente poſt litem cum reo conteſtatam, eſſe condemnandum. Quod eſt contra manifeſtiſſima verba prioris partis, quæ condemnat reum principalem, qui litem conteſtatus eſt. Neque quidquam mutat, quod defenſor in hac priore parte tantum allegauit cauſas abſentiæ, quia hoc tantum ſupererat defenſioni, quoniam ſe reus in litis conteſtatione ſatis defenderat, vel rem, de qua agebatur: nec ſi quid ſuperfuiſſet amplius, id defenſor omiſiſſet: denique hoc tãtum ſupererat, vt allegaret cauſas abſentiæ, idque efficeret, ne iudex grauem ſententiam dare feſtinaret aduerſus abſentem. Quod cum non obtinuerit, æquum eſt, vt condemnatio recurrat ad eum, qui litem fecit, & conteſtatus eſt. Contra, male Doctores omnes Accurſium reprehendunt, ſcribentem hoc loco, etiam actorem inuitum agere compelli cum eo, qui vltro ſe liti offert & defenſioni rei abſentis, abſente reo paratus ſatiſdare iudicatum ſolui, vt ſit, alioquin non admittetur, non erit defenſor idoneus, itemque paratus nouare obligationem, & in ſe transferre liberato abſente, pro quo intercedit. Hæc eſt ſententia Accurſij, vt actor compellatur cum eo agere, qui ſe offert defenſioni litis, reo abſente, & ſatiſdationem offert & nouationem: quæ veriſſima ſententia eſt. Quia iuſtius eſt eiuſmodi defenſorem admitti, etiam inuito actore, quam abſentem quaſi contumacem & indefenſum graui condemnatione percelli à qua non poſſit appellare, quæ ſunt verba *l. exigendi, in fi. C. de procur.* Æquiſſima eſt ſententia, à qua non debuit dimouere Doctores *l. ſi mandatu* 1. §. 1. *mand.* qua vtuntur, quæ nihil huic ſententiæ aduerſatur. Nam hoc tantum vult, non cogi creditorem nouatione facta mutare obligationem reſtituendo eam in priſtinum ſtatum, ſiue reponendo in priorem perſonam, à qua obligatio errauit ad defenſorem, qui interceſsit nouandi cauſa; non dicit creditorem non cogi nouare obligationem, puta, iudicio accepto cum defenſore voluntario ſatiſdante iudicatum ſolui, & in ſe transferente principalem obligationem, hoc eſt, expromittente: ſed dicit ita forte ſemel mutatam obligationem rurſus mutare creditorem non compelli. Remaneamus igitur in ſententia Accurſij.

Ad §. qui aliena.

Qui aliena negotia gerit, vſuras præſtare cogitur: eius ſcilicet pecuniæ, quæ purgatis neceſſariis ſumptibus ſupereſt.

Ex hoc §. hoc tantum intelligimus, negotiorum geſtorem debere vſuras pecuniæ debitæ ob cauſam adminiſtrationis, quam percepit vel percipere potuit. Eam autem duntaxat pecuniam debere, ac proinde eius tantum pecuniæ vſuras præſtari, quæ ſupereſt deductis neceſſariis ſumptibus, quos negotiorum geſtor fecit in rem alienam. Quod eſt Papiniani hoc loco, *purgatis ſumptibus neceſſariis,* vt purgatis rationibus in *l.* 12. *C. de bon. proſcript.* Apud Suetonium in Caligula: *Decimo quoque die apud iudicẽ rationes ſuas purgabat.* Sed adde etiam purgari debere ſumptuum vſuras, quia & veniunt in contrarium iudicium negotiorum geſtorum *l. ob negotium C. eod. tit.*

Ad §. libertos.

Libertos certam pecuniã accipere teſtator ad ſumptum monumenti voluit, ſi quid amplius fuerit erogatum, iudicio negotiorum geſtorum ab herede non recte petetur de iure fideicommiſſi: cum voluntas finem erogationis fecerit.

POnit teſtatorem [illegible] miſſum rogaſſe [illegible]dem, vt daret duc[illegible]is ſuis, ad ſumptum extruendi monumenti, [illegible]os autem expendiſſe trecenta, quod forte minore ſumma non poſſet extrui monumentum pro dignitate patroni. Quæritur: an quod amplius expenderunt, ab herede recuperare poſſint actione negotiorum geſtorū, veluti hereditario negotio geſto? vt *l. hereditas* [illegible] *de petit. hered.* Et ait, libertos, neque iudicio negotiorum geſtorum petere poſſe, quod amplius erogarunt in extructionem monumenti, *nec iure fideicommiſſi.* Ita enim habent omnes alij libri. male Florentini, *de iure fideicommiſſi.* Et addit rationem, quæ eſt, communis, hoc eſt, quæ vtramque actionem excludit, negotiorum geſtorum & fideicommiſſi: quia *voluntas teſtatoris finem erogationis fecit*: noluit amplius expendi, dixitque, vt expenderentur ducenta. Quod confirmatur arg. *l. vlt. C. eod. tit.* Et inde Ioannes recte putat; quod ſi mandaui tibi, vt mihi fundum [illegible]es octo, & emeris decem, eius quod ſupereſt, tibi re[illegible]em non eſſe. Quid tamen fiet, ſi libertus minus expenderit in exſtructionem monumenti? Id quod reſtat hoc caſu, conſtat heredis cōmodo proficere, *l. Lucius §. 1. de leg. 2.* Atqui dicitur, non minus erogari poſſe, quam iuſſit teſtator, *l. cum in teſtamento, de verb. ſignif.* Sed vt reſpondeam illi loco, heredem iuſſit in monumentum, vel funus certam duntaxat ſummam expendere, [illegible] hoc articulo *duntaxat*, & heredem, ait, non videri facere contra voluntatem teſtatoris, ſi plus expendat, ſed ſi minus expēdat, quia articulus *duntaxat*, qui abeſt ab hoc §. modum facit in *d. l. cum in teſtamento.* Non tantum quoad erogare liceat, ſed etiam quoad neceſſarium ſit. Et ita hoc mihi explicandum videbatur.

Ad §. tutoris.

Tutoris heres impubes filius, ob ea, quæ tutor eius in rebus pupillæ paternæ geſſit, non tenetur: ſed tutor proprio nomine iudicio negotiorum geſtorum conuenitur.

HVius §. quæſtio eſt: Tutor pupilli & heredis patris, id eſt, qui heres extiterat patri, qui quidem pater tutelam cuiuſdam pupilli, cum moreretur adminiſtrabat, hic, inquam, tutor non tantum negotia pupilli ſui geſſit, ſed etiam negotia eius, cuius tutelam pater pupilli ſui, cum moreretur, adminiſtrabat. Quæritur, an ex hoc facto tutoris, pupillus paterno pupillo teneatur? Et reſpondet Papinianus, non teneri, ſed ſolum tutorem, qui geſſit, ſui nomine ei teneri iudicio negotiorum geſtorum, non pupilli ſui nomine, quia pupillus ipſe nihil geſſit in rebus pupilli paterni, nec gerere quicquam potuit aut debuit; atque adeo nec explicare potuit, aut debuit ea, quæ pater inchoauerat in rebus pupilli ſui, *l. 1. de fideiuſſ. tut.* Quod pupillus ipſe explicare non debuit, ergo nec tutor eius nomine, vt eum, non ſe obligaret. Quamobrem pupillo paterno ſolus tutor obligatur iudicio negotiorū geſtorum, quod negotium eius geſſit ſuo nomine, vel ſi pupilli nomine quod non debuerit pupilli nomine, quod non debuit, nec potuit pupillus ipſe: Pupillus non eſt legitimus adminiſtrator rerum alienarum, quia nihil ſcire intelligitur, *l. vlt. de iur. & fac. ign.* Et valde ſane corrupta eſt *l. 3. hoc tit.* in §. *pupillus*, quo ſcriptū eſt, pupillum ſi negotia aliena geſſerit, teneri iudicio negotiorum geſtorū in id, quo locupletior factus eſt ex ea adminiſtratione. Quia cum pupillus nō ſit legitimus adminiſtrator rerum alienarum, conſequens eſt, & ex adminiſtratione ſiue negotio, quod geſſerit, eum non teneri, quaſi nihil egiſſe videatur, qui quod gerit, neſcit. Et ſane illo loco pro *pupillus*, eſſe legendum *pupilli*, manifeſte quod præcedit, quodque ſequitur, indicat. Quod præcedit: quia cum in edicto prætoris de negot. geſtis ſcriptum eſſet hoc modo, *Si quis negotia geſſerit alterius*, ante eum paragraphum, *Pupillus*, interpretatur hanc vocem, *Alterius*, etiam pertinere ad fœminam, vt ſit, *Si quis negotia geſſerit alterius*, id eſt, *maris*, vel *fœminæ.* Idem oſtendit etiam quod ſequitur, quia *Alterius* interpretatur pertinere ad f[illegible]ſum, vt ſit *alterius*, ſani vel furioſ[i]. Ex quo ſequitur in in[illegible] medio, id eſt, in §. *pupillus*, eū interpretari, *alterius*, etiam ad pupillum referri, vt ſit *Alterius* pupilli vel puberis, vt ſcilicet ſi pupilli negotia geſſerim vltro, in eum agere poſſim, id eſt, contrario iudicio negotiorum geſtorum, in id, quo locupletiorem eum feci bene gerendo eius negotium. Aut viciſſim ſi is agat directo iudicio negotiorum geſtorum, me poſſe ei imputare quod geſſi, quoque locupletiorem eum feci. Mutemus ſpeciem huius §. Si patri tutori pupilli cuiuſdam filius non impubes, id eſt, iuſtæ ætatis, heres inſtitutus, heres extiterit, & aliquid geſſerit in rebus pupilli paterni poſt mortem patris, quamuis ipſe filius non ſit tutor, quia tutela non ſequitur heredem tutoris: morte finitur; tamen ob ea, quæ geſſit in rebus pupilli paterni, non dicemus eum teneri negotiorum geſtorum, ſed tutelæ actione, qua defunctus tenebatur cuius heres negotia pupillaria geſſit, aut gerere perſeuerarit *l. 4. de fideiuſſ. tut.* etiam finita tutela in heredem tutoris. Nam non tantum ob ea, quæ geſſit defunctus, ſed ob ea, quæ ipſemet gerere perſeuerarit, datur actio tutelæ.

Ad §. quanquam.

Quanquam mater filij negotia ſecundum patris voluntatem pietatis fiducia gerat: tamen ius actoris periculo ſuo litiū cauſa conſtituendi non habebit, quia nec ipſa filij nomine recte agit, aut res bonorum eius alienat, vel debitorem impuberis accipiendo pecuniam liberat.

FOemina nec filij ſui impuberis tutrix aut curatrix eſſe poteſt, niſi hoc ſpecialiter à principe impetrauerit, *l. vlt. inf. de tut.* vel niſi certis conditionibus hodie ex conſtitutione Valentiniani, *l. 2. C. quan. mat. tut. off. fungi poſſ.* at regulariter nec filij ſui mater tutrix eſſe poteſt: at negotia eius adminiſtrare non prohibetur: non tamen temere aut paſſim, ſed ſi forte pater teſtamento ea commendauerit & commiſerit matri, vt plerumque, pietatis maternæ fiducia pater libentius committit matri negotia filij communis, quam extero, & hanc fiduciam habuerit pater de ipſa, cum iniunxit matri adminiſtrationē negotiorum filij communis quem relinquebat impuberem. Tutorem vel curatorem matrem dare teſtamento pater non poteſt: at negotia filij communis ei committere & iniungere potuit. Alioquin mater non habet ius adminiſtra[tio]nis in rebus filij ſui impuberis, *l. filia, in fine, de ſolut.* ſed ex ſuprema voluntate patris habet ius adminiſtrationis. Nec enim abs re poſuit Papinianus, matrem geſſiſſe negotia filij ſui patris voluntate: nam citra volūtatem patris nō habet ius adminiſtrationis rerum filij vel filiæ. Denique inter matrem & filium non poteſt eſſe iudiciū tutelæ, vel curationis iudicium, negotiorum geſtorū ex hac cauſa poteſt eſſe vltro citroque. Et cōſequenter, licet commiſſa ſint matri negotia filij impuberis teſtamento patris, tamen nō poteſt ea agere omnia, quæ tutoribus permittuntur vel incumbūt. Quod Papinianus breuiter hoc loco demonſtrat exemplis quatuor: aliam ſcil. eſſe cauſam tutoris, aliam matris, cui pater teſtamento cōmendauit negotia filij communis. Primum non poteſt mater filio impuberi ſuo periculo litiū cauſa actorem cōſtituere, quod permittitur ſoli tutori vel curatori, vt litiū pupillarium cauſa actorem conſtituat, qui eas lites agat, quoties diffuſa ſunt negotia pupilli, aut dignitas vel ætas, aut valetudo tutoris id poſtulat: quod multis locis oſtenditur, *l. tutor, quan. ex fac. tut. l. decreto, de admin. tut. §. vlt. Inſtit. de curat. l. 10. C. de appell. l. 10. C. qui dare tut. vel curat. poſſ.* & in *tit. C. de act. à tut. ſiue curat. dan.* Et aliquando hic actor à tutore neceſſario conſtituitur, vt puta, ſi pupillus procuratorem ad lites facere non

possit tutore auctore, quod absens sit pupillus, vel quod infans sit *d.l.decreto.* nam ipse tutor sine pupillo non potest facere procuratorē ad lites, nisi ad eas lites, quas ipse tutor iam contestatus est. Cæterum ante litem contestatā, tutor non potest facere procuratorem litis, quia ipse non est dominus litis, sed pupillus, *l.neque, ff.de procur.* Sed decreto Prætoris vel Præsidis, si litibus sufficere non possit contestādis pupilli nomine, ei permittitur, vt causæ actorem constituat ad lites, adiutorem ad cætera negotia si id postulat negotiorum multitudo, *l.solet, de tutel.* Hoc soli tutori vel curatori permittitur specialiter ex decreto iudicis non permittitur procuratori vel gestori negotiorū alienorum. Ac ne matri quidem ex voluntate patris gerēti negotia filij. Hoc igitur primum ostendit Papin. maxime distare matrem, cui permissa est administratio rerum filij testamento patris, à tutoribus & curatoribus. Sequitur alia differentia. Tutor pupilli nomine rectè agit in iudicio: rectè rem pupilli deducit in iudicium. At mater, quæ negotia pupilli gerit, rem pupilli in iudiciū deducere non potest. Aliæ igitur sunt partes tutoris, aliæ matris, cui hoc commissum est à patre. Aliud officium tutoris aut curatoris, aliud matris, cui hoc permissum est à patre. Neque vero mirum, si mater non possit negotium pupilli in iudicium deducere, quia nec vllam rem alienam potest vltro, nisi parentis nomine ex causa, si non sit alius, qui agat parentis sui nomine, *l.fœminas, de procur.* filij autem sui impuberis nomine idem non potest, quia tutorem ei petere potest qui agat, *l.alienam, C.de procur.* Non potest etiam mulier ex mandato vt procurator agere litem alienā, nisi in rem suam, *l.4.C.de procur.l.2.de reg.iur.* Et hac ratione Pap. probat matrem sane actorē pupillo constituere non posse: quia, inquit, nec ipsa filij pupilli nomine rectè agit. Actorem non facit, qui ipse agere non potest: iudicem non facit qui ipse iudicare nō potest. Adducuntur & aliæ differentiæ inter tutorem & curatorem, & inter negotiorum gestorē. Tutor rem pupilli legitime alienare potest, si hoc exigat vtilitas pupilli, *l.si cum plures §.1.de adm.tut.* at gestor voluntarius ius alienandi nullum habet. Item tutor debitorem pupilli liberare potest, pecuniam debitam accipiendo, vel rem nouando, quod gestor non potest, qui mandatum non habet, aut volūtatem creditoris, *l.vero §.quod si forte, de solut.l.22.de admin. tut.* Ergo in specie proposita mater, cui in testamento pater mandauit administrationem negotiorum filij communis impuberis, nō potest debitorem filij, hereditarium puta, liberare accipiendo pecuniam debitam; & debitor filij soluendo matri, non rectè soluit; hoc est, solutione matri facta non liberatur. Huic sententiæ obstat vehementer *l. filiæ, de solut.* Species est elegantissima. Mater negotia filiæ suæ pupillæ gessit vltro, non ex voluntate aut præcepto patris, sed ipsa se immiscuit negotiis filiæ pupillæ suæ, & res eius vendendas argentariis dedit, quod tamen iure non poterat, quia nec ius vllum administrādi habebat, vt eadem l. *filiæ* nominatim ait, quæ voluntatem patris aut mandatum non habebat: Argentarij vero ex mandato matris eas res vendiderunt, & pretium persoluerunt, ac pertulerunt ad matrem: quæritur: an rectè soluerint matri? an iure sint liberati? Et Scæuola illo loco respondet, iure liberatos esse. Ergo mater, quæ negotium gerit pupillæ, pecuniam accipiendo debitam pupillo, iure liberat debitores pupilli. Iure, hoc est, iure ipso quod est contra hunc §. Iure, inquam, quia vt ad Scæuolam notat Claudius illo loco, superest illa quæstio, quæ pendet ex iurisdictione. hoc est, quæ officio iudicis dirimenda est, ac si diceret: Bene ait Scæuola, iure liberatos, hoc est, ipso iure, summo iure, quoniam subest adhuc quæstio, quæ pendet ex officio iudicis: an scil. nihilominus argentarij pupillæ condemnandi sint, si scil. ignorauerint negotia pupillæ fuisse, si existimauerint matris fuisse, quæ mandabat res vendi, & mater non sit soluendo; denique si ignorauerint matrem administrare rem pupillæ, nec habuisse ius administrationis, & falso existimauerint fuisse matris res

A illas: Nam hoc casu melius est, vt dicamus non esse liberatos, nec liberandos officio iudicis, cum mater soluendo non sit, hoc est, cum à matre filia rerum suarum pretia recuperare non possit atque seruare. Et Scæuolæ responso ita demum locus non est, si sciebant argentarij negotia pupillæ fuisse, & matrem non habuisse ius administrationis, & mater soluendo non sit: quia non liberantur, nec enim scientes debuerunt soluere matri inopi & egenę. At huius casus inspectio pertinet ad officium iudicis, vt eum excipiat à responso. Ergo responso ita demum locus est, si argentarii nescierunt pupillæ fuisse negotium, vel si sciebant, & mater sit soluendo. Vnde res omnis, adhibita huiusmodi distinctione, facile expedietur. Aut debitores pupillæ soluerunt, quod debent ex causa negotii, quod

B gesserunt cum matre pupillæ idonea aut locuplete, & rectè ei soluerunt, & liberati sunt. Aut soluerunt ex causa hereditaria, quia debitores erant patris, cui pupilla ab intestato heres extiterat, & tunc non rectè soluerunt matri, cum qua nihil contraxerunt, nec liberati sunt soluendo matri. Hæc distinctio totam rem expediet. In summa autem hoc ait Papinian. in hoc §. vt ostendat quantum intersit: an tutela pupillæ permittetur matri, an negotiorum administratio, quantumque interuallum sit interiectum inter hæc duo genera administrationis, inter tutelam & negotiorum gestionem.

Ad §. vlt.

C *Vno defendente causam communis aquæ, sententia prædio datur: sed qui sumptus necessarios probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet.*

SPecies §. vltimi hæc est. Lis est de seruitute ducendæ aquæ, vel hauriendæ, quæ est communis mihi & tibi, hoc est, quæ debetur fundo communi meo & tuo: Tu eam litem defendisti solus aduersus vicinum, qui negabat eam seruitutem deberi, & eam obtinuisti: tu igitur commune negotium gessisti. Quæritur, An sumptus in litem factos necessarios ac probabiles à me repetere possis pro parte iudicio negotiorum gestorum? In hanc actionem veniunt tantum sumptus necessarii & probabiles §. *qui aliena*, §. *libertos, sup.* hac lege, *l.25.*

D *hoc tit.* At videntur in hac specie non venire sumptus, quos tu in eam litem fecisti, quia sententia dicta est tibi, qui eam litem defendisti, non mihi qui cessaui. Ergo non videris gessisse rem communem. Sed hoc Papinianus negat, quia non tibi sententia dicta est, sed dicta est fundo communi, cui debebatur seruitus aquæ, non tibi, vel mihi. Et ratione fundi vicisti non minus mihi quam tibi, vicisti etiam mihi, *l. loci §. si fundus, si seruit. vind.* Ergo æquum est, litis sumptus esse communes, quia victoria est communis. At quod ait Papinianus, eos repeti actione negotiorum gestorum, id valde pugnat cum *l. 6. §. hoc autem, comm. diuid.* quę generaliter dat actionem communi diuidundo, denegat negotiorum gestorum: ideoque eam opponit Accursius

E ibid. Illa lex dat actionem communi diuidundo, cum quid necessario actum est in solidum, quod pro parte commmode explicari non possit, & ita impensa facta ab vno in riuum aquæ communem, vel in viæ communis eundem locum, Cassius & Pomponius, qui fuit ex Cassii amicis, dabat actionem communi diuidundo impensæ pro parte recuperandę gratia, vel pro socio, non negotiorum gestorum, *l.cum duobus §.item si in commun. pro soc. l.arbor §.si eundem, comm. diuid.* quia seruitutis causa indiuidua est, & qui diuiserit seruitutem, eā corruperit: non potuit in causam seruitutis fieri vllus sumptus pro parte. quicumq; igitur factus est, in solidum necessario factus est. Ergo venit in iudicium communi diuidundo: nam in iudicium negotiorum gestorum id tantum venit, quod gestū est in solidum cum possit experiri

pro parte, vt definitur in *d.§.hoc autem.* Et ita in proposito casu, cum communis seruitutis causa fuerit indiuidua, & necessario fuerit defensa in solidum ab vno, nec potuerit defendi pro parte, videtur sumptus in litem factus esse repetendus iudicio communi diuidundo, non iudicio negotiorum gestorum. Sed hæc opinio Cassij refellitur in *d. l. arbor §. si per eundem.* elegantissima ratione, quia proprie communis nulla seruitus est; Duorum proprie non est communis aqua, aut via, quæ ad duos pertinet, siue ad fundum communem. Commune est, quod pro parte indiuisa meum est, pro parte tuum: at aqua vel via, vel quæ alia seruitus, vnicuique nostrum in solidum competit, non pro parte. Et hoc est quod ait lex *si duorum, ff. de oper. libert.* indiuiduorum nullam esse iuris communionem. Seruitus, ius est indiuiduum: ius commune diuiduum esse nequit, nec cogitatione quidem scindi in partes. Et ait *l. arbor §. si per eundem*, *qua communio iuris separatim intelligi potest.* Sensus hic est: Seruitus vniuscuiusque separatim est in solidum: Ergo inter eos nulla potest esse seruitutis communio. Communio & separatio sunt contraria. Atque vbi vna est, alia esse non potest: & ideo impensa facta seruitutis communis tuendæ gratia, quæ debetur prædio communi, & facta ab vno ex sociis non venit in iudicium communi diuidundo, quia licet prædium sit commune, cui seruitus debetur, ipsa tamen seruitus non est communis: at venit ea impensa in actionem negotiorum gestorum; quia cum possem rem defendere, quasi mihi in solidum competente iure aquæ, malui defendere communi nomine meo & tuo, te cessante. Quæ species in hoc §. necessario ponenda est, alioquin difficile esset hanc rem expedire.

Ad l. 42. de recept. arb.

Arbiter intra certum diem seruos restitui iussit: quibus non restitutis, pœna causa fisco secundum formam compromissi condemnauit: ob eam sententiam fisco nihil adquiritur; sed nihilominus stipulationis pœna committitur, quod ab arbitrio statuto non sit obtemperatum.

INter duos orta est controuersia de quibusdam seruis, quos vnus eorum possidebat, alter dicebat, sibi deberi ex causa depositi, vel commodati, vel mãdati. Et ex compromisso sumptus est arbiter, qui eam litem, eam controuersiam dirimeret, qui statueret, an serui essent restituendi petitori. Vtrinque vt fit (alioquin inanis & inutilis esset sumptio arbitri) promissa pœna aureorum quinquaginta, si quis arbitri sẽtẽtiæ non staret; & in cõpromisso prẹterea cautum est, vt eum, qui arbitri sententiæ non staret, arbiter condemnaret centum pœnæ nomine fisco inferre. Post arbiter iussit seruos restitui petitori intra Calẽdas proximas, & iis non restitutis intra Calendas proximas, iussit vt compromisso promissum erat, non obtemperantẽ præstare fisco pœnæ nomine aureos centũ. Quæritur, an ex ea sententia fisco pœnæ petitio sit? Et ait Papin. non esse, quod verum est: quia nec ipse fiscus eum arbitrum elegit, quoniam ad fiscum ea res non pertinebat: nec si eum elegisset, vlla actio esset ex sententia arbitri, quia sententia arbitri rem iudicatam non facit, *l. 1. C. de recept arb.* & seruatur tantum metu pœnæ compromissæ; qua de causa sine vinculo pœnæ, nihil valet electio arbitri compromissarij: imo nec compromissarius est iudex, nisi vtrinque pœna compromissa. Sed pœna quinquaginta inter eos promissã, qui cõpromiserunt in eum arbitrũ, ex stipulatu peti & exigi potest ab eo, qui arbitro non paret, qui arbitri sẽtẽtiæ non stat: pœna fiscalis non fuerat in stipulationem deducta, nec si fuisset deducta, fisco adquireretur actio, quia per liberam personam non adquiritur actio, *l. 1 C. per quas pers. l. solutum §. per liberã, de pign. act.* Neque obstat *l. 1. de iure fisc.* quæ ait, fisco deberi pœnam ex contractu priuati: quia, vt breue faciam, quod est

A facillimum, in ea lege non intelligit pœnam, de qua conuenerit inter cõtrahentes, vt fisco inferretur, sed pœnam legitimam, & iure irrogatam iis, qui contraxerunt illicite, & adiudicatam fisco, vt in *l. Senatus, de contrahen. empt.* Ita Græci hoc loco ad eam legem respondent, & ita eam ipsam suo loco accipit Accurs. Bartolus aliter, & male.

Ad l. 44. de iudiciis.

Non idcirco iudicis officium impeditur, quod quidam ex tutoribus post litem aduersus omnes inchoatam, reipublica causa abesse cœperunt: cum præsentium & eorum, qui non defenduntur administratio discerni, & æstimari possit. Cum postea B *seruus apparuit, cuius nomine per procuratorem fuit actum, absolui debitorem oportet, qua res domino quandoque propriam litem inferenti non obstabit.*

SVnt duo responsa in hac lege. Ad primum sciendum est in primis, Regulariter non valere sententiam, quæ dicta est non præsente vtraq; parte, non præsentibus omnibus, quos causa contingit, vt ait *l. de vnoquoque, de re iudic. De vnoquoque negotio præsentibus omnibus, quos causa contingit, iudicari oportet:* quod obtinet non tantum in sententia iudicis; sed & in arbitri compromissarij, *l. diem §. si quis, l. inter, de recept. arb.* Et manat ex XII. tabul. in quib[9] ita est, *Præsente ambobus litem addicito.* Hoc cognito finge: Plures fuisse tutores pupilli, plures contutores, cum quibus finita tutela pupillus egit actione tutelæ, vt reddãt C rationes, & litem cum iis omnibus contestatus est. Post litem contestatam iudicio tutelæ (vt ponũt Basilica) quidam ex tutoribus Reipub. causa abesse cœperunt, nec vllum defensorem reliquerunt, quæritur, an iis absentibus cæteris prẹsentibus, iudex suo officio fungi & sententiam dicere possit? Dubitationis causa hæc est, quod omnes litigatores præsentes non sunt, & exigat rite iudicatũ præsentiam omnium, ad quos res pertinet. Et tamen Papin. respondet, iudicem suo officio fungi posse, & sententiam dicere, non quidem de re absentium, sed de re præsentiũ tutorum tantum: quia administratio absentium & præsentium à iudice diuidi & discerni potest. Ergo & iudicari separatim, & sic administratio præsentium recte separatim æstimabitur sententia iudicis, pupillo præsente: nõ D prohibetur iudex litem diuidere, si ita res exigat, idque constitutio Græca Iustiniani definit in *l. pen. C. de sent. & interl.* & confirmat *l. cum in vna, in princip de appell.* Nec obstat quod ait *l. nulli, C. de iudic.* causæ continentiam, id est, πειοχὴν non posse diuidi. Quia non loquitur de iudice, sed de litigatore, qui diuidit continentiam aut consequentiam causæ: puta qui apud vnum iudicem agit de proprietate, apud alterum de possessione eiusdem rei, cum apud eundem de vtroque agere debeat, *l. ordinarij, C. de rei vindicat.*

Ad secundum responsum huius legis hæc pertinent. Certissimum est cum seruo nullum consistere iudicium, nullam litem: ac proinde seruum non posse habere procuratorem litis, *l. seruum quoque, de procur.* Vnde si eum, qui per procuratorem egit de pecunia debita, tanquam de pecunia sibi debita, aut suo nomine, celans tamen, se E esse seruum (quoniam si palam fuisset in ingressu iudicij, eum esse seruum, repulsus statim fuisset à iudice,) eum, inquam, qui per procuratorem de pecunia debita egit, si postea seruus appareat, facere, vt debitor absoluatur, cum quo egerat. Creditori autem suo obligatus manet, id est domino serui, quia absolutus tantum ab obseruatione iudicij, quod nullum est cum seruo; non ab obligatione, principali qua tenetur creditori suo. Et hæc est sententia huius secũdi responsi. Nullum igitur est iudicium, quod postea apparuit fuisse habitum cum seruo, vel procuratore serui: sicut etiam nulla est libertas, quam dedit is, qui postea seruus apparuit, *l. nulla competit, qui & à quib. manu. lib. non fiant.* item nullum est testamentum, quod obsi-

gnauit is, qui postea seruus apparuit, vt ex contrario sensu demonstrat *l. 1. C. de testam.* A

At contra non est nulla sententia, quam dixit vt iudex legitimus is, qui postea seruus apparuit, *l. Barbarius, de offic. Praet. l. 2. C. de sentent. & interloc.* Nihil est quod tam facile explicari possit. Respondeo separanda esse, quae quis sua auctoritate priuata constituit, ab iis, quae publica auctoritate. Si sua auctoritate, vt si manumisit, si testamentum obsignauit, litigauit, nihil egisse videtur, qui postea seruus apparuit. Si publica auctoritate, vt si iudex creatus à Principe iudicauit, rata sunt ea, quae iudicauit, licet postea seruus appareat: quia vt iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris, *l. quamuis pupillus §. infans, de adquir. poss.* ita quod eius iudicio deest, suppletur auctoritate Principis, qui etiamsi sciens seruū iudicem fecit, vtique & liberum fecisse videbitur: sed si ignorans, non etiam videbitur fecisse liberum. Caeterum, quia quidquid fecit iudex, iure publico fecit: humanius est, vt ait d. *l. Barbarius,* conseruari ea, quae iudicauit, vel propter vtilitatem eorum, qui apud eum egerunt, & quietis causa finisque litium: vt Cicero suadet, conseruari acta Caesaris, vel otij & quietis causa, quantumuis ipso iure nulla fuerint. Sensus huius responsi hic est: quod cum eum, qui per procuratorem eius de debita pecunia, ex suo contractu, postea seruum esse apparuit, debitor absoluitur: domino autem serui obligatus manet, quia ab obseruatione tantum iudicij, quod nullum est, debitor absoluitur, & ab obligatione παραστάσεως id est, iudicio sistendi, quod nullum est, sed non etiam absoluitur ab obligatione principali qua tenetur domino eius serui. Et hanc interpretationem omnino exigit verbum *domino*, quod est in eo responso: nam intelligit dominum eius serui, qui procuratorem dederat ad petendam pecuniam debitam ex suo contractu.

Ad l. 16. de inoffic. testam.

Filio qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit, & obtinuit, filia quae non egit, aut non obtinuit in hereditate legitima, fratri non concurrit.

HVius legis duo sunt responsa. In primo proponitur casus, quo per querelam inofficiosi testamenti (quae liberis aut parentibus exheredatis datur) testamentum rescinditur pro parte tantum, hoc est, testator fit intestatus pro parte tantum, & pro alia parte manet testatus: quod videtur esse παράδοξον: nec enim ab initio fieri potest vt si quis partim testatus, partim intestatus, nisi sit miles testator; sed ex post facto fieri potest, veluti per querelam inofficiosi testamēti, vt in casu huius responsi. Tres sunt fratres, duo praeteriti testamento matris, cuius praeteritio pro exheredatione habetur, vnius heres institutus: Contra heredem institutum egerunt querela inofficiosi testamenti fratres praeteriti à matre separatim de parte hereditatis singuli, & vnus obtinuit, alter non: Testamentum pro parte rescinditur, ita vt habeat heres testamentarius semissem, alterum semissem praeteritus, qui obtinuit in querela tanquam legitimus heres ab intestato, prorsus excluso fratre, qui non obtinuit. Idem est; si vnus ex eis egit querela, alter non egit, repudiandi animo scilicet, vt in *l. seq. & l. si ponas §. vlt. hoc tit.* Denique qui repudiantis animo non agit, vel qui agit & non obtinet, partem non facit fratribus, hoc est, non numeratur in partibus faciendis, & pro nullo habetur. Et hoc Papinianus respondet initio huius legis, qui tamen alio loco, hoc est in *l. Papinianus §. quoniam, hoc tit.* dicitur respondisse, diuersum esse, si quis non repudiandi animo taceat, & non queratur de inofficioso testamento, in quo est exheredatus, quoniam hic partem facit fratri: idque forte huic primo responso etiam subiecerat Papinianus.

Ad §. contra tabulas.

Contra tabulas filij possessionem iure manumissionis pater accepit, & bonorum possessionem adeptus est. postea filia defuncti, quam ipse exheredauerat, quaestionem inofficiosi testamenti recte pertulit. Possessio quam pater accepit, ad irritum recidit: nam priore iudicio de iure patris, non de iure testamenti quaesitum est. Et ideo vniuersam hereditatem filiae cum fructibus restitui necesse est.

AD secundum responsum huius legis sciendum est, patri praeterito testamento filij emancipati, id est, instituto, nec exheredato, quia ea praeteritio pro exheredatione habetur, competere querelam inofficiosi testa- B menti vt patri: vt manumissori autem, si filium in emancipatione manumiserit; quod non faciebat semper pater qui emancipabat nisi contraxisset fiduciam vt ipse manumitteret mancipatū alij filium, vt manumissori, inquā, si in emancipatione filij manumissor extiterit, exemplo patroni competit bonorum possessio contra tabulas, *l. 1. §. vlt. si à paren. quis man. l. 14. hoc tit. l. si à milite §. vlt. de testament. milit.* Multum autem interest, quo iure pater praeteritus veniat ad hereditatem filij emancipati: Nam per querelam inofficiosi testamenti aufert totam hereditatem: per bonorum possessionem contra tabulas, semissem tantum, vel hodie trientem debitum verecundiae manumissoris. Item si filius emancipatus, qui patrem praetermisit, quod pro exheredatione habetur, etiam filium suum exheredauerit, & prior pater egit C querela inofficiosi testamenti & obtinuerit, victoria eius proficit filio exheredato, patri non proficit, *l. 6. §. si quis, hoc tit.* quod non fit quidem directo, quia res inter alios iudicata aliis non proficit, sed per consequentiam: propterea quod re iudicata, secundum eum, qui egit querela inofficiosi testamenti, testator factus est intestatus, hoc est, rescissum est testamentum. Patet igitur via filio vindicandae hereditatis ab intestato, qui in causa intestati praefertur patri: sic fit, vt victoria patris prosit filio, hoc est, nepoti eius patris, non ipsi patri. At alio casu, si pater prius acceperit bonorum possessionem contra tabulas certae partis, nihil hoc proficit filio exheredato, nepoti suo, imo nec patri, si postea filius exheredatus agat querela inofficiosi testamenti, & obtineat contra heredem scriptum, aut contra patrem, siue auum suum, qui iure bonorum possessionis contra tabulas partem bonorum filii emancipati occupauit. Victoria filii exheredati in querela inofficiosi testamenti excludit heredem scriptum, atque etiam patrem, qui anteuertat accipere possessionem bonorum contra tabulas, & vterque filio tenetur in hoc, vt filius habeat assem, hoc est, vniuersam hereditatem cum fructibus, nisi sint consumpti iam bona fide: & ratio differentiae redditur à Papiniano, quia in quaestione accipiendae bonorum possessionis contra E tabulas, de iure tantum patris quaeritur, pater ius manumissoris habeat, nec ne? non de iure testamenti. Et si rem obtineat pater, ius suum obtinet, id est, legitimam portionem datam patrono pro beneficio libertatis, non etiam rescindit testamentum, non repellit heredem scriptum. At in querela inofficiosi testamenti quaeritur de iure testamenti, an in ea causa sit testamentum vt rescindi debeat: quod etiam in *l. si impubes §. 1. de Carb. edict.* declaratur: qui in querela obtinet, testamentum rescindit, testatorem intestatum facit, & consequenter filius, qui postea in querela obtinet, patrem excludit commodo bonorum possessionis ante acceptae: quia locum habere non potest haec possessio bonorum contra tabulas, quae patrono datur, aut quasi patrono debetur: locum, inquam, habere non potest ab intestato, in hereditatem legitimam vocato defuncti filio beneficio querelae inofficiosi testamenti.

Ad l. 51. de petit. hered.

Heres furiosi substituto, vel sequentis gradus cognato fructus medij temporis, quibus per curatorem locupletior furiosus factus videtur, præstabit: exceptis videlicet impensis, quæ circa eandem substantiam tam necessarie quam vtiliter facta sunt. Sed & si quid circa furiosum necessario fuerit expensum, & hoc excipiatur, nisi alia sufficiens substantia est furioso, ex qua sustentari potest.

Sciendum est homini tantum sanæ mentis, non etiam furioso aut mente capto hereditatem, aut bonorum possessionem ex testamento, vel ab intestato, legibus aut edictis deferri, *l. 1. §. furiosi, de success. edic. l. 1. de bon. possess. fur. comp. l. 1. C. de suc. ed.* quia deferri dicitur ea hereditas, vel bonorum possessio, quæ potest adquiri, B vel repudiari: atqui adquiri potest, & tantum repudiari vtiliter ab homine sano; igitur insano non defertur. Ideoque certum est, hereditatem neque furiosum adquirere, neque bonorum possessionem accipere iure & ex edicto, neque per se, neque per procuratorem suum. Excipitur vnus casus, si suus heres patri, vel si necessarius heres domino furiosus existat: Existit enim heres ipso iure etiam ignorans, & sine curatoris auctoritate, §. *sui autem, Inst. de hered. qua ab intest. l. vlt. §. sin vero perpetuo, C. de curat. fur. l. 63. de acqui. hered.* vbi additur alius casus, si per eum, quem habet in potestate furioso obuenerat hereditas, adeuntem iussu curatoris. Iis duobus casibus exceptis, furiosus, neque per se, neque per C curatorem suum hereditatem adquirere potest, neque accipere bonorū possessionem edictalem, & ordinariam. At decretalem bonorum possessionem, quæ scilicet extra ordinem datur decreto Prætoris vel Præsidis ex causa, non ipso iure, non edicto promittitur, curator furiosi nomine accipere potest, vt interim furiosus fruatur bonis, & inde se alat atque exhibeat, *l. 2. §. si quis ex liberis, Senatusc. Tertul. l. pen. §. nos itaque, C. de cur. fur.* Quæ tamen decretalis bonorum possessio datur temporis causa, quandiu furiosus in ea conditione fuerit, *par prouision*: neque enim ideo bona habiturus est, de quibus agitur, perpetuo & directo iure, antequam resipuerit, & præterea mox acceperit edictalem possessionem, vel hereditatem adierit. Ideoque petita à curatore furiosi bonorum possessione decretali, curator cauere vel satisdare debet hoc modo: *Si furiosus in eodem statu decesserit*, hoc est non resipuerit, *& ex eo aut in eo morbo diem suum obierit, neque adita hereditate, neque adquisita possessione bonorum edictali; se bona restituturū eis, ad quos ea res pertinet*, veluti substituto furiosi, ad quem, furioso herede instituto non acquirente hereditatem ex testamento, hereditas defertur iure substitutionis vulgaris, quia in hunc casum substitutus est: *Si institutus heres non erit*, quæ est causa substitutionis vulgaris. Et verum est eum heredem non esse, qui in eo statu decessit, licet interim nomine eius curator bonorum possessionem adeptus sit, qui non iure & ex edicto eam adeptus, sed ex decreto temporis causa, quandiu institutus fureret. Non pono igitur, furioso heredi instituto datum fuisse substitutum in secundum casum, vt Accursius ponit, ad exemplum & similitudinem pupillaris substitutionis, hoc modo: *Si institutus heres erit, & in eo furore decesserit, ille heres esto*; non sic pono, datum substitutum in hunc casum, qui dicitur secundus casus substitutionis, *l. precibus, C. de impub. & al. substit.* ideo autē non sic pono vt ponit Glossa, quia ante Iustinianum hoc iure in eum casum furioso substitui non potuit sine speciali venia principis, *l. ex facto, de vulg. substit.* sed pono ei datum fuisse substitutum vulgari modo, hoc est, in primum casum: *si heres non esset*, vt in *l. 1. de bon. poss. fur. comp.* Et Albericus, & Angelus Perusinus ponunt rectissime reprehenso Accursio. Et huius positionis fortissimum argumentum est in hac lege, quia in lege ponit, *Ab extero quolibet furioso heredi instituto substitutum datum, non à patre*; ergo in primum casum, *Si heres non erit*, quæ est vulgaris, non in secundum casum, id est, *si heres erit, & in eo statu decesserit*, nec ex constitutione Iustiniani hodie, id est, ex l. *humanitatis C. de imp. & ali. substit. l. vlt.* §. *sui autem parentis, C. de cur. fur.* potest à quolibet furioso substitui in secundum casum, sed à patre tantum vel auo, qui furiosum habet in potestate. Aliud etiam huius rei argumentum rectissime ducitur ex hoc responso Papiniani: quoniam Papin. in eo alium facit heredem furiosi, quam substitutum, legitimum heredem scilicet ab intestato, qui substituto furiosi restituat hereditatem tantum eam, ex qua furiosus testamento extranei heres fuit institutus: ergo substituto in primum casum: nam ad substitutum in secundum casum, si is datus fuisset furioso, non tantum ea hereditas pertineret, sed etiam cætera omnia bona furiosi vndecumque quæsita, *l. sed si plures, §. ad substitutum, de vulg. substit.* nec alium haberet heredem furiosus quam substitutum, quia substitutio facta in secundum casum nihil aliud est, quam testamentum siue datio heredis, *l. Papinianus §. sed neque impuberi, de inoff. testam.* Ergo his argumentis freti dicamus, curatorem, qui accepit bonorum possessionem furiosi nomine, vel agnoscit, vt fit hodie nuda voluntate sine solemnitate decreti, exemplo tamen decreti Constitutione Iustiniani, hoc est, *ex l. vlt. C. de cur. fur.* debere cauere in hunc modum: bona restituturū furioso substituto in primum casum: vel vt hodie obtinet ex eadem Constitutione, ipso iure ea bona pertinent ad substitutum in primum casum, id est, ad substitutionem vulgarem, mortuo scilicet furioso in eadem conditione. Et addamus, vel si non sit furiosus heres institutus, eiq; datus substitutus vulgaris, sed cum defuncto esset proximior cognatus, nomine eius curator decretalem bonorum possessionem accepit, curatorem cauere debere bona restitutum iri cognato sequentis gradus, ad quem ea bona peruenissent, si furiosus defuncto proximior non fuisset, videlicet furioso moriente ante sanitatem receptam & petitam bonorum possessionem edictalem: nam decretalis finitur sanitate & resipiscentia, eaque finita suo nomine petere debet bonorum possessionem edictalem, aut iure ciuili hereditatem adire: aut sane locum faciet substituto vulgari, vel sequentis gradus cognato, *d. l. 2. §. si quis ex liberis, ad Senatusc. Tertullia.* D His cognitis res erit facilior, quæ iis incognitis vix poterat intelligi. Finge: furiosus testamento Lucij Titij heres institutus est, eique datus est substitutus vulgari modo, vt si is heres non esset, ille heres esset: vel L. Titio mortuo ab intestato, furiosus ei proximior cognatus est: deinde ex testamento vel ab intestato bonorum possessionem curator furiosi agnouit eius nomine: interim temporis causa & ex illis bonis fructus percepit. postea mortuus est furiosus in eodem statu, & furioso Caius ab intestato heres extitit, nunc à Caio legitimo herede furiosi, substitutus furiosi vel sequentis gradus cognatus (qui scilicet eum, quem furiosus contingebat primo gradu, contingit secundo) petit hereditatem L. Titij, quam possidet pro E herede. Iusta petitio est, eamque hereditatem Papinianus ait, Caium heredem legitimum furiosi debere restituere substituto vulgari vel sequentis gradus cognato, cum fructibus medio tempore à curatore perceptis, quibus per curatorem furiosus locupletior est factus. Et recte: *quibus locupletior est factus*, quia bonæ fidei possessor (qualis fuit furiosus, cum ex decreto vel ex Constitutione Iustiniani per curatorem bona possideret) eos tantū fructus petitori hereditatis restituere tenetur, quibus locupletior factus est, *l. illud §. in bonæ fidei, hoc tit.* Et hoc est quod ait Papin. initio huius l. *Heres furiosi*, &c. quæ verba agnosco esse Papin. At quæ sequuntur stylus prodit esse Triboniani, nempe hæc: *Exceptis videlicet impēsis, quæ circa eandem substantiam tam necessario, quam vtiliter factæ sunt.* Quibus verbis adiecit Papiniano Tribonianus, fructus, qui in restitutionem veniunt, vt dixit Papin.

A esse intelligendos deductis sumptibus,non tantum factis fructuum quærendorum,cogendorum,cōseruandorumque gratia,quod est certissimum,& obtinet in omni parte iuris,etiam deductis sumptibus factis in res & corpora hereditaria, si necessarij vel vtiles illi sumptus fuerint, vt in *l. plane,hoc tit.* Quid si voluptuarij fuerint, vt si in prædiis hereditariis curator furiosi medio tempore fecerit picturas vel incrustationes? nihil scribitur de voluptuariis. Vnde apparet, eum non dare deductionem sumptuum voluptuariorum, quæ tamen datur bonæ fidei possessori, *l. vtiles,h.t.* Et ratio hæc est: quia non debuit curator superuacaneos sumptus facere,superuacuas facere impensas in bona, quæ possedit furiosus temporis tantum causa, in bona restitutioni forte subiecta: dat tamen heredi legitimo furiosi deductionem sumptuum factorum, B furiosi ex eis bonis alendi & exhibendi causa, si eum curator aliunde tueri non potuit & alere. Quoniam & ij sumptus minuunt hereditatem, nec repeti possunt aut reputari heredi legitimo furiosi à substituto vel à sequentis gradus cognato, vt fit in bonorum possessione Carboniana, quæ etiam est decretalis & temporaria: nam finitur pubertate, & datur impuberi, cui fit controuersia status & bonorum paternorum, vt interim fruatur bonis,& ex iis toleret vitam suam, qui sumptus, si factus pubes excedat bonis (quod probatum forte fuerit filium eum non esse defuncti) non repetuntur. Interim igitur de alieno alitur, *l. vlt. C. de Carbon. edic.*

Ad §. fructuum.

C *Fructuum post hereditatem petitam perceptorum vsuræ non præstantur. Diuersa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxerunt.*

IN hoc responso facit differentiam inter fructus perceptos ante petitam hereditatem, ante illatam actionem hereditatis, id est, ante litem contestatam, quorum fructuum vsuras præstari ait: & fructus perceptos post petitam hereditatem,quorum vsuras præstari negat. Et hoc intellige de fructibus venditis & in sortem redactis, vt in *l. 4. de pact. dotal. l. eum qui, de iis quib. vt indig.* nam corpora ipsa fructuum in iudiciis vsuras non recipiunt, sed pretia tantum & sortes. Rationem autem huius differentiæ Papinianus non explicat aperte, sed subindicat & innuit eam, dū ait, *fructus perceptos ante petitam hereditatem, ipsam auxisse hereditatem*; non igitur etiam eos auxisse hereditatem,qui percepti sunt post petitam hereditatem. D Nam si fructus percepti post petitam hereditatem non auxerunt hereditatem, sequitur eos non fuisse deductos in petitionem hereditatis, non fuisse petitos, sed venisse in iudicium officio iudicis, vt etiam ait, *l. neque,de vsur.* Eius autem,quod officio iudicis accedit, alia accessio nulla esse potest: accessionis accessio non est, ne sint infinitæ præstationes, *d. l. neque.* Denique vsura vsuræ, compendium compendij, commodum commodi non est, vt ait *l. 5. §. si indemnitas, de admin. re ad ciuit. pert.* & constat ex multis aliis. Ita fructuum, qui vice accessionis officio iudicis veniunt,non deductorum in iudicium, non petitorum, alia accessio veluti vsura, & quasi fructuum fructus esse non potest. E At fructus percepti ante petitam hereditatem, quia hereditatem auxerunt, actione hereditatis peti intelliguntur, & in iudicium veniūt actionis iure & potestate, non officio iudicis. Nam hæc verba petitionis hereditatis, *si paret hereditatem meam esse*, etiam fructus continent, quibus aucta est hereditas, tanquam partes hereditatis, *l. item veniunt §. fructus, h.t.* Denique fructus percepti ante petitam hereditatem, petita hereditate peti intelliguntur tanquam pars hereditatis & rei principalis; & ideo facile accipiunt accessionem vsurarū. At fructus percepti post petitam hereditatem non intelliguntur peti actione hereditatis; itaque accedunt hereditati officio iudicis: ex quo sequitur, huius accessionis aliam accessionem esse non posse. Et hanc quidem rationem differentiæ etiam Irnerius probauit, & Græcus interpres: & quis non probaret Papiniano ipso eam innuente, dum ait, *fructus perceptos ante aditam hereditatem auxisse hereditatem*, quod non ait de fructibus perceptis post petitam hereditatem? Ex hoc discrimine & illius potissimum, quod ponit, sumenda est ratio. nec hanc differentiam quicquam infirmat quod Accursius obiicit ex regula iuris: non fieri deteriorem conditionem eius qui litem contestatus est, quod litem contestatus sit, sed plerumque meliorem, *l. non solet, de reg. iur.* Atqui deteriorem fieri conditionem petitoris, si non præstentur ei vsuræ fructuum perceptorum post litem contestatam. Quæ assumptio pernegandа est: nam fieret quidem deterior conditio actoris,si vsuræ,quæ ceperint ante litem contestatam, eædem post litem contestatam non currerent,quod etiam non fit: nam lite contestata vsuræ non consistunt, sed porro currunt semper, *l. lite, de vsuris*: At si post litem contestatam vsuræ non incipiunt, deterior non est conditio actoris, quia eius res vel ius non minuitur. Quod autem ait Papinianus, fructuum perceptorum post litem contestatam vsuras non præstari, in vtroque possessore verum est, non tantum bonæ fidei, sed etiam malæ fidei, quia & post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse, etiam qui ab initio bona fide possederunt, *l. sed etsi lege §. si ante, h.t.* Omnes igitur præstant fructus perceptos post petitam hereditatem, etiam ij, qui ab initio bona fide possederunt, ignorātes rem alienam esse: sed eorum fructuum vsuras, qui percepti sunt post litem contestatam nec malæ fidei possessor præstat, *d. l. neque.* Quod item ait de fructibus perceptis ante litem contestatam, vt vsuræ eorum præstentur, etiam aliquatenus in vtroque possessore verum est, non per omnia; quoniam id tantum in eo plurimum locum habet, & indistinctè siue omnimodo, qui malæ fidei possessor fuerit, nam bonæ fidei possessor non præstat fructus perceptos ante litem contestatam, nisi quatenus ex iis locupletior factus est, vt dixi in primo responso. Et horum quoque fructuum, quibus locupletior factus est ante litem contestatam, vsuras non præstat, nisi à die litis contestatæ, quo primum sciuit rem esse alienam, *l. 1. C. de petit. hered.* Et eatenus quidem, quod ait de fructibus perceptis ante litem contestatam, etiam dici potest in vtroque possessore verum esse. Nec abs re Papinianus nullam fecit mentionem possessionis aut fidei possessoris, quoniam quod ait de omni possessore, aliquatenus verum est, vel etiam per omnia: vt quod ait de fructibus perceptis post litem cōtestatam, per omnia verum est in vtroque. Quod de perceptis ante litem contestatā, aliquatenus tantū, siue ad aliquid, quoniam magis id conuenit soli malæ fidei possessori, qui fructus perceptos ante litem contestatam omni modo restituit cum vsuris legitimis; & ita scriptum hoc est nominatim in malæ fidei possessore in *l. heredem, & l. eum qui, de his quibus vt indign. l. illud §. prædo, hoc tit.* vbi ait, Prædonem, id est, malæ fidei possessorem, Fructuum, qui hereditatem auxerunt (ij sunt fructus præteriti, qui sunt percepti ante litem motam) fructus præstare, hoc est, vsuras fructuum eorum, pretij vsuras prædonem præstare. Vsura est fructus pretij pecuniæ. Vsura est fructus pecuniæ. Idem ait *d. l. neque.* Verum eadem lex *neque* pugnat valde cum eo, quod ait Papin. hoc loco, fructuum perceptorum ante litem contestatam vsuras præstari, quoniam ait *l. neque*, nec eorum fructuum vsuras prestari, qui ante litem contestatam percepti sunt, qui quasi à malæ fidei possessore ante litem contestatam percepti condicuntur. Non loquitur ea lex de petitione hereditatis, in qua, si cum malæ fidei possessore agatur, omnimodo veniunt fructus percepti ante litem contestatam actionis iure tanquam rei hereditariæ; & quia de hereditatis petitione non loquitur, ideo vtitur verbo condicuntur: sed loquitur de condictione fructuum, de condictione

sine causa, vel ex iniusta causa, quam scil. intendit is, qui A vicit actione proprietatis, id est, actione in rem speciali, vt *l. 3. C. de cond. ex lege.* Quoniam in actionem in rem specialem veniunt quidem fructus percepti post litem contestatam officio iudicis, sed non etiam ante percepti, nisi nominatim petiti sint, *l. 2. C. de pet. hered.* sed finito iudicio proprietatis, in quo fructuũ ratio habita non sit, vel deducta à petitore, qui vicit rem suam esse, deinde extantes fructus vindicantur, consumpti condicuntur à malæ fidei possessore. fructus enim rem certam, hoc est, corpus certum augere non intelliguntur, vt eo corpore petito & ipsi petiti intelligantur. At hereditatem fructus augere intelliguntur, quia hereditas est nomen iuris, quod scilicet intellectũ tantum abstrahitur & percipitur, non sensu. Hereditas est ius successionis; & hoc ius, augmentum & diminutionem recipit, & sic fit, vt petita B hereditate, quæ ei augmenta accesserunt, etiam petita intelligantur. Differentia autem est maxima inter petitionem hereditatis & condictionem, de qua loquitur *l. neque*, quia condictio sine causa est actio stricta: petitio hereditatis est actio bonæ fidei; & in strictam actionem non veniunt vsuræ, nisi sint deductæ in stipulationem, *l. Titius, de præscr. verb.* Et ideo in condictionem fructuum præteritorum, quæ intenditur aduersus malæ fidei possessorem, qui de proprietate victus est, vsuræ non veniunt, quia non sunt deductæ in stipulationẽ, nec possunt deberi, nisi ex contractu. At in bonæ fidei iudiciis vsuræ veniunt officio iudicis citra obligationem ex tempore moræ, ex sola mora, *l. mora. §. in bonæ fidei, de vsur.* Est tamen notandus vnus casus, quo etiam in petitionem hereditatis non veniunt vsuræ fructuum ante litem contestatam perceptorum à malæ fidei possessore, puta si fiscus petat hereditatem ex causa taciti fideicommissi ab C herede; qui tacitã fidem interposuit incapaci restituendi fideicommissi, qui quidem heres est loco prædonis, *l. prædonis, hoc tit.* nobis prædo est, quicunque malæ fidei possessor, non inuasor tantum: hoc vero casu benigne decreuit, vt ait Papinianus, Seuerus Imperator, non admissa superiore distinctione temporis, nec post litem motam, id est post petitam hereditatem, nec ante, ex hac causa taciti fideicommissi perceptorum fructuum vsuras præstari, *l. eum qui, de his, quæ vt indig.* Benigne hoc decreuit in hoc casu: Ergo regulariter aliud esse sequitur, sed in hoc casu noluit nimium fauere fisco suo: & cum ea legẽ *eum qui*, nihil pugnat *l. cum quidam §. in tacito, de vsur.* quam obiiciunt: quæ non dicit heredem, qui tacitam fidem interposuit, præstare vsuras fructuum, sed præstare vsurarum emolumentum, quod scil. ipse percepit à debitoribus: nam vsuræ ab eo collectæ omnimodo restituendæ sunt; fructuum autem collectorum vsuræ nequaquam. At rursus quod ait *d. l. eum qui*, excepto illo casu taciti fideicommissi, malæ fidei possessorem post litem contestatam, hoc est, à die tantum litis contestatæ, præstare vsuras fructuum ante litem contestatam perceptorum, hoc congruit cum *l. 1. C. de his, quæ vt indig.* sed non tamen bene congruit cum Senatusconsulto de petitione hereditatis, quo bonæ fidei possessori hoc tantum datur vt fructuum ante litem contestatam perceptorum, quibus scil. locupletior factus est, vsuras præstet à die litis contestatæ tantum, *l. 1. C. de petit. hered.* Quamobrem Vlpian. in *l. item veniunt §. caterum, hoc tit.* mirum in modum coarctat eam *l. 1. C. de his, quæ vt indig.* quæ idem videtur statuere hac in re in malæ fidei possessoribus, quod præcipue Senatusconsultum dedit bonæ fidei possessori. Et eum modum igitur, quem imponit Vlpian. *d. l. 1.* quæ est etiam Seueri constitutio ad Celerem, nos oportet addere *d. l. eum qui*, quæ congruit cum eo rescripto Seueri. Modus hic est, quem ponit Vlpianus *d. l. 1.* vt locum habeat *d. lex 1.* & quod ex ea tradit Papinianus in *d. l. eum qui*, in iis tantum fructibus aut rebus, quas malæ fidei possessor vendidit ante litem contestatam, quæ onerarent magis hereditatem, quã fructui essent, veluti, quod essent res steriles aut tempore perituræ. Harum rerum siue fructuum, quos ex iusta causa vendidit malæ fidei possessor non præstat vsuras, nisi ex die litis contestatæ. Et ita auctore Vlpiano accipienda est *l. 1.* Aliarum autem rerum vel fructuum, qui vsui & fructui esse poterant; qui seruari poterant, si eos distraxerit ante litem contestatam malæ fidei possessor, eum vsuras præstare statim à die petitionis, nec petitionis tantũ, sed à die venditionis, si hoc actor malit, aut res ipsas vel fructus debere præstare, quoniam eas, eosue possidere intelligitur, qui dolo malo desiit possidere. Dolus pro possessione est, ergo districte in eum agi potest, vt eas res, eosue fructus, quos distraxisset, præstet, quasi possessor, vt redimat ab emptore, & præstet, aut si nõ possit præstare, vt damnetur, quanti in litem iurarit actor, hoc est, quanti eas res iuratus actor, eosue fructus æstimarit: quod plerunque est immensum pretium vel infinitum. & hinc apparet, quam distent hac in re bonæ fidei possessores à malæ fidei possessoribus, quamque nõ sit in vtrisque in omnibus & per omnia, idem ius in hac quæstione.

Ad l. 48. de rei vindic.

Sumptus in prædium, quod alienum esse apparuit, à bonæ fidei possessore facti, neque ab eo, qui prædium donauit, neque à domino peti possunt: verum exceptione doli opposita per officium iudicis, æquitatis ratione seruantur: si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant. etenim admissa compensatione, superfluum sumptuum meliore prædio facto, dominus restituere cogitur.

QVæstio in hac l. est de ratione sumptuum à possessore rei, de qua agitur, factorum ante litem contestatam: in qua quæstione arbitror non esse admodum separandum iustum possessorem à prædone, hoc est, malæ fidei possessore, neque petitionem hereditatis à speciali in rem actione: nam in vtroque iudicio vterque possessor actori sumptus necessarios & vtiles, quos fecit in eã rem, qua de agitur reputat: vel opposita exceptione doli mali, vel per officium iudicis, etiam omissa exceptione doli mali, quia vtrique iudicio hæc exceptio tacite inest, & si sit omissa, huic rei cõsulitur aut subuenitur per officium iudicis, *l. plane, & l. vlt. de pet. hered. l. bonæ fidei, de nox. act. l. sin autem §. in rem, h. t.* & hoc est, quod ait Papinianus in hac lege, *Bonæ fidei possessorem sumptus necessarios & vtiles, quos fecit in prædium alienũ, quod possidebat bona fide, repetere quidem non posse à domino, qui prædium vindicat, neque ab auctore suo.* id est, ab eo, à quo rem habuit: non posse, inquam, per actionem fructus repetere à domino, vel ab eo, à quo rem habuit, vt puta, ab eo, qui prædium ei donauit. Et caute Papinianus custoditeque loquitur de donatore tantum, quia donator de euictione non tenetur donatario, ideoq; nec ei sumptuum nomine tenetur donator, quibus rem donatam meliorem fecit. Donator immunis est omni obligatione, atq; liber, post perfectã donationem, ab obligatione euictionis, & obligatione ædilitij edicti ob redhibitionis causam. E Caute igitur de donatore tantum loquitur, à quo dicit bonæ fidei possessorem petere non posse: nam à venditore prædio euicto proculdubio eos sumptus consequeretur iudicio euictionis, in quod venit id omne quod interest, omnes etiam sumptus, quib. res euicta melior facta est, *l. 9. C. de euiction.* donator non tenetur de euictione in id, quod interest, *l. 2. C. eod. tit.* at venditor tenetur in id omne, quod interest: ergo & in sumptus factos in rem venditam si euicta sit, & si eos bonæ fidei emptor iam sibi non seruauerit à domino, qui prædium vindicauit & euicit: nam si eos sumptus à domino repetere non possit, vt Papinian. ait, per actionem, eos tamen sibi seruare potest per exceptionem doli mali, vel per officium iudicis: qui iudicat de proprietate prædij: repetere igitur eos fructus non potest, reputare potest per exceptionem doli, vel per officium iudicis.

Et

Et quod ait in hac lege: *Exceptione doli oppoſita per officium iudicis*, eſt ἀσύνδετον. Seruat, inquit, ſumptus à domino, qui vindicat rem propoſita exceptione doli vel per officium iudicis, ſunt enim duo remedia, non vnum. Et hoc deinde Papinianus ita declarat procedere, ſi minus ſit in fructibus ante litem conteſtatam perceptis quam in ſumptibus. Fit enim compenſatio concurrentis quantitatis fructuum & ſumptuum, & quod plus eſt in ſumptibus in rem alienam bona fide factis ſeruatur poſſeſſori, qui fecit, per exceptionem doli mali, vel per officium iudicis, vt dictum eſt. Et hæc eſt ſententia legis. Cæterum lex hæc, hoc tantum tradit in bonæ fidei poſſeſſore de quo loquitur. Ergo aliud videtur eſſe in malæ fidei poſſeſſore: neque fruſtra, aut otioſum quicquam vnquam Papinianus ſcribit. Et vt aliud ſit in malæ fidei poſſeſſore, ratio B iuris ſtricta ſuadet, quia prædo de ſe queri, & ſibi non petitori imputare debet qui ſciens in rem alienam impendit, §. *certe, Inſtit. de rer. diuiſ.* Ideoque in *l. domum C. de rei vindic.* etiam prædoni tantum datur deductio ſiue reputatio ſumptuum neceſſariorum, non etiam vtilium: ſed ſi vtiles ſumptus fuerint, hoc tantum ei permittitur, vt aſportet & tollat ex eo, quod fecit, quod ſine detrimento rei principalis tolli poteſt, ſine læſione prioris ſtatus rei. Ergo aliud ius eſt prædonis, aliud iuſti poſſeſſoris. At initio huius recitationis, idem conſtitui eſſe ius vtriuſque. Et vero ita eſt: nam etſi prædonem à deductione ſiue reputatione expenſarum vtilium repellat ſtricta ratio iuris, qui ſciens prudenſque in rem alienam impendit, *d. §. certe, & d. l. domum.* tamen benignius eſt, vt ait *d. l. plane, de petit. her.* & prædonem, hoc eſt, malæ fidei poſſeſſorem beneficio exceptionis doli mali, vel officio iudicis recipere ſumptus quibus rem meliorem fecit, ne ſcilicet actor ex aliena iactura lucrum faciat, ne ex alio incommodo ſuum augeat commodum. Quod ad ſtrictam illam rationem, quæ etiam proponitur in *d. l. plane*, addit eadem lex, atque etiã *l. Iulianus, hoc tit.* illo loco, *Niſi forte quis dicat exceptionem malæ fidei poſſeſſori prodeſſe de damno ſollicito*, id eſt, de iactura, qua locupletior actor fiat. Ita vero idem addi poteſt *d. l. domum & d. §. certe*, quibus auctor ſpectat ſolam rationem ſtrictam iuris. Strictæ ſcripturæ auctoris licet addere benignam interpretationem ex aliis legibus: ita tamen hoc addamus, vt ſi dominus non habeat vnde ſumptus vtiles poſſeſſori refundat, tunc neceſſario dicamus, quod eſt in *l. domum*, hoc tantum permitti poſſeſſori, vt tollat D quæ ſalua re tolli poſſunt, qui aliter, quod impendit, ſeruare non poteſt: ſed poſſeſſori non tantum malæ fidei, vt *d. l. domum*, ſed etiam bonæ fidei, quando dominus aliunde ſoluere non poteſt, *l. ſin autem §. in rem petitam, & l. in fundo, hoc tit.* nunc huic legi omnino recte coniungenda eſt *l. 65. hoc tit.* quæ eſt Papiniani ex eodem libro.

Ad l. emptor prædium 65. eod.

Emptor prædium, quod à non domino emit, exceptione doli mali poſita, non aliter domino reſtituere cogetur, quam ſi pecuniam creditori eius ſolutam, quia pignori datum prædium habuit, vſurarumque medij temporis ſuperfluum recuperauerit: ſcilicet ſi minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos E vſuris nouis duntaxat compenſari, ſumptuum in prædium factorum exemplo æquum eſt.

QVod dixit Papinianus in *l. 48.* quam modo expoſui, de ſumptibus factis in prædium alienum à domino recuperandis, idem in primo reſponſo h. l. 65. ſtatuit de pecunia, quam creditori domini, qui prædium illud habuit pignori obligatum in ſortem & vſuras ſoluit poſſeſſor, ſi modo ea pecunia & vſuræ medij temporis (quod vno verbo à noſtris ſolet appellari *Interuſurium*) excedant ſummam fructuum ante litem conteſtatam perceptorum. Nam fructuum & vſurarum admiſſa & facta compenſatione, quod plus erit in vſuris, dominus, qui prædium vindicat, poſſeſſori reſtituere cogetur, quia in rem & vtilitatem eius reipſa poſſeſſor eam pecuniam expendit, vt in *l. ſi creditor, de pign. actio.* Denique quod dixit *d. l. 48.* de ſumptibus, idem in primo reſponſo huius titul. ſtatuit de vſuris, *ad exemplum ſumptuum*, vt ait, *in prædium factorum*. Quibus verbis Papinian. plane ſe refert ad *d. l. 48.* Sed nondum eſt ſatis: neceſſe eſt etiam explicare ſpeciem huius primi reſponſi, quæ poſitu facilis non eſt, ſed intellecta placebit. Pone: Creditori meo prædium meum pignori obligaui in ſortem & vſuras, quas deduxerat creditor in ſtipulatum: deinde me abſente & ignorante Lucius Titius prædium meum emit, & traditum accepit non à me, non à creditore diſtrahente iure pignoris, ſed ab alio non domino. Ita recte ponit Accurſ. tertio loco in prima gloſſa. Deinde cum L. Titio creditor agit hypothecaria actione: quamobrem L. Titius ſoluit creditori ſortem & vſuras debitas, atque ita pignus meum & meipſum liberauit à creditore, non quidem principaliter hoc animo, vt me liberaret, & rem meam gereret, ſed vt ſibi confirmaret & optimo iure haberet empti prædij poſſeſſionem. Sic vero L. Titius ſucceſſit in locum creditoris mei, & ideo L. Titio ab eo tempore, quo creditorem meum abſoluit, debentur vſuræ, quæ creditori debitæ fuiſſent, ſi non fuiſſet abſolutus. Quare me vindicante prædium à L. Titio, is non tantum mihi reputabit ſortem & vſuras, quas meo creditori ſoluit, ſed etiam à die ſolutionis mihi reputabit vſuras eiuſdem quantitatis, tanquam ſibi perinde atque priori creditori, cuius in locum ſucceſſit, debita ſorte & vſuris iiſdem: at non reputabit etiam earum vſurarum vſuras, vt *l. 12. §. ſciendum, qui pot. in pig. hab. l. ſecundus creditor, C. de pign.* quia eas vſuras magis ſui quam mei negotij gerendi cauſa ſoluit, magis rei ſuæ, quam meæ ſeruandæ cauſa. Si magis mei gratia hoc feciſſet, vſuræ ſolutæ loco ſortis eſſent, & reciperet vſuras in iudicio negotiorum geſtorum, *l. idem quoque §. ſi procurator, l. qui negotia, §. 1. & §. vlt. mand.* Si magis ſui gratia, vt in ſpecie propoſita, vſuræ ſolutæ loco ſortis non ſunt, ſed tanquam vſuræ, alias non admittunt: quia nihil eſt, quod magis ius abhorreat quam vſurarum vſuras. Sunt igitur duo genera vſurarum, quæ mihi Lucius Titius reputare poteſt: vſuræ veteres, quas ſoluit creditori meo, & vſuræ nouæ, quæ ei L. Titio deberi cœperunt à die ſolutionis, ad exemplum prioris creditoris cui ſucceſſit. Sed hoc intereſt inter veteres & nouas vſuras, quod nouas compenſet cum fructibus, ſi quantum eſt in vſuris, tantum ſit in fructibus perceptis ante vindicationem prædij: at ſi quid plus eſt in vſuris, id ſolum reputat atque deducit. Veteres autem vſuras non compenſat cum fructibus: nam etſi tantum ſit in fructibus quantum in veteribus vſuris, quas creditori meo ſoluit omnimodo earum vſurarum deductionem, reputationem, & retentionem habet. Et hoc eſt quod ait Papinianus hoc loco: *Fructus vſuris nouis duntaxat compenſari.* duntaxat, vt excludat, veteres, quas non vult compenſari cum fructibus, quod vicem habeant quandam ſortis, ſed reſtitui poſſeſſori. Male igitur ſcribitur, vt quidam Codices habent *Nobis*, & recte *vſuris nouis*, vt in Baſilicis, τοῖς νέοις τόκοις, & apud interpretem βασιλικῶν, τόκους καινούς, & in hoc reſponſo, *vſurarum medii temporis ſuperfluum*, hoc eſt, quod plus eſt in vſuris nouis, quam in fructibus. Medium igitur tempus vocat, quod interceſſit à die ſolutionis in diem vindicationis prædij, vt Gloſſa notat recte: quæ vbique etiam eſt ſana & rectiſſima, præterquam ad illa verba, *à non domino*, ex qua gloſſa retineri tantum volo, quod ait, *vel dic tertio*, id eſt, tertiam opinionem. Recte etiam Florentini hoc loco habent, *ante litem perceptis*, & Baſil. πρὸ τῆς προκατάρξεως, male alij, *à lite conteſtata*. Recte *ante litem*, vt ante litem conteſtatam in *l. 48.* Ideo autem in vtraque ait, fructus perceptos ante litem conteſtatam pro modo quantitatis concurrentis compenſari cum vſuris nouis, vel cum ſum-

ptibus in rem factis, non quod non & similiter compensentur fructus percepti post litem contestatam, sed quod de illis magis dubitari poterat. Nam fructus percepti post litem contestatam veniunt in actionem in rem officio iudicis, qui ipsa pendente lite sunt percepti. At percepti ante litem motam nullo modo veniunt in eam actionem, nisi nominatim petantur & vindicentur, & tamen licet petiti non sint, iure compensantur. Et sic etiam sumptus hoc loco intelligimus factos ante litem contestatam, *d. l. si autem §. in rem petitam.* Non quod habeatur etiam ratio sumptuum factorum post litem contestatam, sed quod dubitari magis poterat, de iis qui non in ipsa lite, sed ante litem facti sunt.

Ad §. Ancillam quæ non.

Ancillam quæ non in dotem data, sed in peculium filiæ concessa est, peculio filiæ non legato, mancipium hereditarium esse conuenit. Si tamen pater dotis ac peculij contemplatione filiam exheredauit: & ea ratione reddita, nihil ei testamento reliquit, aut eo minus legauit, filiam defensio tuebitur voluntatis.

MVltum interest filiæfamil. detur aliquid in dotem, an in peculium: nam si datum sit in dotem, statim fit proprium patrimonium filiæ. filiusfam. habet propriũ patrimonium, castrense peculium aut quasi castrense; filiafam. dotem à patre profectam, quæ statim fit propria filiæfamil. vt nec auferri possit à patre per exheredationem filiæ vel alio modo, *l. vn. §. videamus, C. de rei vxor. act.* Exheredatio non aufert omnia liberis, non aufert ius sepulchrorum *l. 6. de relig.* non aufert ius dotis suæ vel filiæ à parente datæ, *d. §. videamus, l. dotem, de collat. bon.* non aufert adsignationem libertorum, *l. 1. §. sed etsi, de adsign. liber.* non aufert casum militiæ, *Le vacant d'vn office, Nouel. 22.* non aufert etiam ab intestato iura libertorum, vt declarat Iustinianus in illa constitutione Græca *de iure patronatus*, quæ desideratur in fine tituli *C. de bon. libert.* Quod autem filiæ datum est in peculium, quandocunque filiæ auferri potest à patre, & ablatum videtur, si exheredata sit, non legato peculio, nisi, vt ait, exheredationi sit additum elogium hoc modo: *Exheres esto, quia sufficit tibi peculium quod dedi.* Idem: si modico legato simile elogium additum sit: *lego tibi quinque, quia abunde sufficit quod dedi peculium:* nam in hoc casu non legatur peculium nominatim per illa verba: *quia abunde sufficit peculium, quod dedi inter viuos.* Ergo non potest petere peculium, sed si id heredes vindicent à filia, potest retineri, non potest peti, sed retineri per exceptionem doli mali ex voluntate defuncti; quoniam, inquit, filiam tuetur voluntas defuncti. Denique legati, quod nominatim non est relictum, petitio non est, non enim debetur: retentio tamen eius est ex coniectura voluntatis defuncti per exceptionem doli mali, vt *l. vlt. §. auus. de doli except.*

Ad l. 4. de seruitut. rust. præd.

Pecoris pascendi seruitutes, item ad aquam appellendi, si prædij fructus maxime in pecore consistat, prædij magis quam personæ videntur. si tamen testator demonstrauit cui seruitutem præstari voluit, emptori vel heredi non eadem præstabitur seruitus.

ILlud in primis præsumendum est: Seruitutes aut personarum esse aut prædiorum: eorumque vel vrbanorum vel rusticorũ, *l. 1. l. quotiens, de seruit.* aut in rem esse, aut in personam, vt ait *l. Caius, de annuis legat.* Quæ prædiorum seruitutes vel in rem sunt, prædiis: quæ personarum, personis debentur: & quæ prædiis debentur, sequuntur emptorem prædiorum, heredemue, ad quem ea prædia peruenerunt, hoc est, successorem omnem: nam em-

A ptoris nomine hoc loco, vt in XII. tabulis significatur quilibet successor rei; heredis autem nomine significatur successor iuris. Quæ vero seruitutes personis debentur, cùm personis extinguuntur, nec ab eis transeunt in emptorem vel heredem, quod hæc lex ostendit, & *l. cum fundo, & l. pen. hoc tit. l. vsus aquæ, de vsu & hab. l. pater, de seru. leg. l. non solum §. tale, de lib. leg.* Item, vt aliam differentiam ostendam, seruitus prædij tantum præstatur possessori vicini prædij, vicinæ possessionis, *l. 5. hoc tit.* illo loco, *Ius esse non posse, nisi fundum vicinum habeat.* denique ita est: in fundo tuo non possum habere seruitutem prædialem, nisi vicinum fundum habeam, quia eam seruitutem fundus fundo debet, non homo homini, non persona personæ, nec constitui vtiliter potest, nisi inter adfines fundos, confines fundos. At, seruitus personæ etiam ei præstatur, qui nullam vicinam possessionem habet, *l. Mela 14. §. vlt. inf. de alim. leg.* B Potest autem eadem seruitus modo esse prædij, modo personæ, nec vlla est quæ semper sit prædij, hoc est, quæ non possit esse personalis, quod Papinianus in hac l. demonstrat in iure siue seruitute pascendi pecoris, vel ad aquam appellendi, quod numeratur quidem inter seruitutes prædiorum, *l. 1. hoc tit.* tamen personalis esse potest, non solum prædialis. Illa seruitus prædialis est, si, vt inquit, Papinianus, fructus prædij maxime in pecore consistat: prædij scilicet in quo est pecus, cuius pascendi vel ad aquam ducendi ius vicino testator legauit: nam lex est de seruitute legata. & *maxime* hoc loco idem est, ac si dicat, maxima ex parte, vt in *l. fundo legato, de inst. vel instrum. leg.* Legato fundo instructo cum omni instrumento deberi venatio- C nis instrumenta, si quæstus fundi ex maxima parte in venatione consistat. Et ita hoc loco *maxime*, id est maxima ex parte, si maxima pars fructuum prædii cogatur à pecore, si maximus reditus prædij sit à pecore, si nullus fere sit alius fructus prædii, quam fructus quem tollit pecus, atque tollitur ex pecore, fructus pecoris, vt si id prædium sit saltus & pastio pecuaria, vt in *l. de grege, de inst. vel inst. leg. l. si quis vuas, de vsufr.* Nam si & in eo saltu quædam particula aratur pastorum aut custodum gratia: Ælius Gallus apud Festum ait, eam rem non perimere nomen saltus, quia satis est maximam partem prædii non alii rei esse vtilem quam pascendo & sustinendo pecori. Denique saltus est prædium, cuius fructus maxime in pecore consistit, id est, maxima ex parte: nam non mutat nomen saltus particula agri quæ aratur. Quamobrem recte dicemus, pastus D seruitutem impositam vicino agro, cum pecori in saltu constituto maiore pabulo opus esset, aut seruitutem appellendi pecoris ad aquam aut fontem vicini, ad aquam vicinam, qua forte saltus caret, esse seruitutem saltui debitam non personæ, & vt Papinianus ait, magis esse prædii quam personæ. Τὸ *maxime*, respondet τῷ *magis*. Vterque articulus in comparando est, & huic seruituti etiam adiungi potest, vt tugurium vel casam pastoralem habere liceat in agro vicino, in quam, si hiems ingruerit, pastores se recipiant, *l. 6. in fine, hoc tit.* vbi hiems sumitur, vt Græcis χειμών, pro vi ventorum aut imbrium. At notandum est, quod diximus, fructus vel reditus fundi, veluti saltus in pecore consistere, nihil aliud esse, quam fundi reditum E constare ex fœtu pecorum, lana, lacte, vellere, villis & cæteris, quæ sunt in pecorum fructu, *l. in pecudum, de vsufr.* Sicuti reditum fundi ex melle constare in *l. si reditus, de inst. vel instrum. leg.* est fundi reditum consistere in apibus; & fit in ea lege mellis mentio tantum, qui olim, vt scribunt auctores rei rusticæ, cera & propolis fuit exigui æris, exigui pretii, nihilque ex apum fructu fuit in pretio præter mella. At non est omittenda hoc loco distinctio, qua Iurisconsult. vtitur in *l. de grege*, quam attuli, *de fundo inst. & instrum. leg.* cum quæritur: an instrumento fundi legato debeatur pecus, quod in eo fundo est? Primum enim instrumento fundi non cedit pecus, quod in fundo eo paterfamilias habuit pascendi causa, si id comparauit

in hoc, vt ex eo fundo ipse fructus perciperet, quæstum faceret & negotiaretur, vt ex eo scilicet ferret agnos, vitulos, hinnulos, lanam, & similia, quæ sunt in pecorum fructu, vel ex eis instrueret suas epulas, vt ait *Paul. 3. Sentent. tit. de legatis* Pecus, quod ea causa aut eo fine comparatum est, non est instrumentum fundi, sed patrisfamilias instrumentum, & instructo quidem legato, quoniam est plenius, legato cedit, *l. 2. C. de verb. signific.* Cæterum instrumento non cedit. At si pecus in eo fundo habuerit paterfamilias, vt ex eo fundo aliquem fructum perciperet, quem alioquin nullum perciperet (finge eum fundum esse saltum incultum & syluestrem) si, inquam, fructus fundi maxime in pecore consistat, hoc casu, placet pecus cedere instrumento fundi: quoniam manifestum est, paratum id esse instrumentum fundi causa (nam & hoc casu pecus habetur pro instrumento fundi, vt *l. cum quæreretur §. vlt. de leg. 3.*) vt per gregem ex fundo caperetur fructus aliquis. *l. fundi instrumento. de instr. & inst. leg.* Idemque est si pecus in fundo habeatur stercorandi fundi causa. Nam & hoc casu pecus habetur pro instrumento fundi, vt *d. l. cum quæreretur. §. vlt. d. l. 2. C. de verb. signific.* Et Paulus eodem loco, *Instrumento fundi legato, deberi pecora stercorandi fundi causa parata.* Sed addendum, deberi etiam ea pecora, per quæ ex fundo fructus tollatur, qui alioquin nullus tolleretur. Et ita est explicanda distinctio *d. l. de grege*, quæ erat satis difficilis. Ac præterea in hac lege notandum est, quod in ea est præcipuum: etiamsi fructus prædii in pecore non consistat, vt si sit ager frumentarius, qui & sine pecore fructus fert, ius pascendi vel appellendi pecoris ad aquam, quod in eo fundo est, etiam prædij magis esse quam personæ: ius pascendi oues, quibus ager meus stercoratur, magis prædij esse quam personæ; altero casu, videlicet, si paterfamilias in eo fundo pecus habuerit stercorandi fundi causa: nam si ius pascendi boues in vicino agro, quibus ager meus colitur, ius est agri mei, vt *l. 5. hoc tit.* consequens etiam est agri mei ius esse pascendi oues, quibus ager meus stercoratur, quia stercoratio pars culturæ est. Breuiter sic statuamus: Pascui seruitutem & appulsus pecoris duobus casibus esse prædij seruitutem, si prædium non aliunde fructus habeat quam ex pecore, vt si sit saltus & pastio; & altero casu, si sit ager cultus, qui tamen pecore illo stercoretur, cuius pascendi vel ducendi ad aquam ius constituitur. At cum testator, qui pascui seruitutem legauit vel appulsus pecoris, certam personam demonstrauit, vt Papinianus ait, cui seruitutem præstari volait, vsum siue ius personale, non prædiale legasse videtur, ideoque ad emptorem vel heredem transmitti non potest, quod cohæret personæ legatarij, & cum ea extinguitur. Idemque est si ita personam demonstrauerit, vt declaret, se ei soli seruitutem præstari velle, vt si dixerit: *Heres meus L. Titium vicinum meum pecus suum in meo fundo pascere finito*: si hoc dixerit simpliciter, si modo appareat ita sensisse testatorem, vt hoc ius non egrederetur personam L. Titij: forte, vt proferam argumenta voluntatis defuncti, quia prædio vicini, hoc est, L. Titij nulla tali seruitute opus est, quoniam in eo forte nullum est pecoris genus. Hoc enim casu personæ non prædio seruitutem legasse videtur, si modo & personæ vsui esse possit: vt si L. Titius pecus habeat in alio agro forte remotiore à conspectu. Ex vtilitate æstimamus omnia vel ex necessitate, vel ex voluptate, vel amœnitate. quæ seruitus neque prædio neque homini vsui aut voluptati esse potest, quæ nullam vtilitatem habet aut voluptatem, plane inutilis est, *l. quotiens, de seruitu.* cui nihil obstat *l. si fundo, eod.* in qua tamen Labeo ait, seruitutem aquæ lege venditionis imponi posse fundo vendito, vt scilicet ex eo fundo venditori liceat aquam ducere in alium fundum proximum, quem retinuit, tametsi ea seruitus venditori vel fundo, quem retinuit venditor, vtilis non sit: *Quædam enim*, inquit, *habere possumus, quamuis ea nobis vtilia non sunt.* Est vexata ab omibus lex mirum in

A modum, sed nihil erit facilius ea, si modo coniungatur cum eo, quod idem Labeo scribit in *l. Labeo, hoc tit.* Vbi cum scripserit nondum inuenta aqua seruitutem aquæ constitui posse, quia scilicet quæri & inueniri & scaturire potest; & nondum ædificato ædificio seruitutem imponi posse, quia scilicet ædificari quandoque potest, *d. l. Labeo.* Similiter dicemus ita esse accipiendam sine controuersia, *d. l. ei fundo*, vt aquæ nondum vtilis aut necessariæ seruitus constitui possit, quia scilicet quandoque vtilis esse potest propter spem vtilitatis. Spes pro re est; qua ratione & in infante, & in agro squallido & sterili prorsus recte constituitur vsusfructus propter spem futuræ vtilitatis; sæpe fundus sterilis fit industria nostra fertilis longaque cultura, *l. arboribus §. vlt. l. de illo, l. si infantis, de vsufr.* Quæ B autem seruitus prædii, vt hoc quoque statuam, causam meliorem aut amœniorem tantum facit, aut factura est, vt prospectus, qui non meliores sed amœniores fundos facit, *l. 2. sup. tit. prox.* & nonnunquam aqua, *l. hoc iure, in princip. de aqua quot.* Sane vtilis est seruitus prædii; quæ autem hoc non facit, non valet, vt seruitus prædii, sed valere potest, vt seruitus personalis, vt est in *l. vt pomum, de seruit.* vt mihi liceat poma decerpere ex arbore vicini, vel vt mihi liceat spatiari in agro vicini, aut cœnare, seruitus imponi non potest prædialis: quia nihil hoc pertinet ad vtilitatem prædii: sed quæ tantum pertinet ad nonnullam vtilitatem, ad voluptatem hominis, ea seruitus valet vt personalis, non potest valere vt prædialis: quia meliorem non facit aut voluptuosiorem vel gratiorem causam prædii, C quod semper exigitur in prædiali seruitute, *l. 5. & 6. hoc tit.* Ius etiam personæ potest esse quælibet seruitus, quæ prædii seruitus est ex voluntate defuncti, vt hæc lex ostendit in seruitute pascui & appulsus, itemque *l. Mela §. vlt. de aliment. leg.* In seruitute aquæ haustus, si relinquatur homini non habenti vicinum fundum: & in seruitute appulsus pecoris, si eidem quoque homini relinquatur, vel in iure gestandi, vt possit vehi sella gestatoria in fundo Lucii Titii, qui vicinus non est, id est, cuius prædio vicinum fundum nullum habet, quem possideat. Idem est si relinquatur tibi ius in meo torculari vuas premendi, qui meo fundo vicinum non possides, vel etiam vt in area mea tibi liceat fruges terere vel exprimere, vt in *d. l. Mela §. vlt.* in illo loco: *Nam & haustus aquæ*; vbi legendum est hoc modo, *Nam & haustus aquæ vt pecoris ad aquam appulsus* D *est seruitus*: addita subdistinctione, quæ vulgo deest: *Personæ tamen eius, qui vicinus non est non inutiliter relinquitur*, vt hic sit sensus: Aquæ haustus sicut pecoris ad aquam appulsus est seruitus prædii. Personæ tamen, hoc est, ei qui vicinus non est non inutiliter relinquitur. hic denique sensus est: inutilem seruitutem prædio, si personæ non sit inutilis cui relinquitur, soli personæ relictum videri. Et ita in specie. *l. penult. hic.* aqua personæ relinquitur. Est lex Græca, qua proponitur frater fratri legasse digitum aquæ, quia solebat aquæ modulus digito institui rotundo, vel quadrato, vt est apud Frontinum, & in antiqua inscriptione Suessæ, *vt digitus aquæ in domum eius flueret commodisque publicis, ac si decurio, frueretur.* Et ius illud aquæ ait esse personale *l. pen.* quod neque emptorem, E neque heredem fratris sequitur. Personale, inquam esse, non vt Alciatus docuit, quia testator dixit, *δίδωμι καὶ χαρίζομαι.* quoniam hæc sunt vulgaria verba legatorum, sicut *Do, lego*, ita *Δίδωμι καὶ χαρίζομαι*, vt in donatione illa, quæ fuit subrepta peruincendæ securitatis Theodosii causa, eidem Theodosio à Pulcheria sorore, per quam ei Theodosius dono dabat vxorem suam, quod soleret temere subscribere porrectis quibuscunque libellis, in ea, inquam, ita fuit scriptum: *δίδωμι καὶ χαρίζομαι τῇ γλυκυτάτῃ ἀδελφῇ μου τὴν γυναῖκά μου. δίδωμι καὶ χαρίζομαι.* Sed ratio cur in *l. penult.* aqua sit seruitus personalis hæc est, quia dixit testator, *vt aqua digitum duceret in domum suam εἰς τὸ οἶκον αὐτοῦ*, *vel quocunque vellet*; quæ verba demonstrant omnino testatorem non donasse digitum aquæ domui vel certo prædio; sed personæ, quia permisit

ei, vt quocunque vellet duceret eum modulum aquæ. Et ita in *l.1.§.præterea Labeoni, de aqua quotid. & æsti.* Interdictum illud pertinere etiam ad aquæ ductus, qui fundi non sunt, quia quocunque duci possunt. Vnde manifestum est aquam, quæ quocunque duci possit, vel aquæ ius quocunque ducendæ, personale esse, non prædiale ius.

A l.11.finium regund.

In finalibus quæstionibus vetera monumenta, census auctoritas ante litem inchoatam ordinati sequenda est: modo si non varietate successionum, & arbitrio possessorum fines, additis vel detractis agris; postea permutatos probetur.

HOc responso Papinianus ostendit in lite de finibus regundis probationes finium sumi ex antiquis monumentis, & monumenta intelligit, quæ sunt in agris sculpta, saxis vel ære prisco, quæ constitutio Tiberij Imperat. de lege agrorum & limitum apud Iulium Frontinum ait, publicam fidem tenere: & sic Siculus Flaccus de conditionibus limitum: illam tantum fidem agrorum videri, quæ tabulis æris manifestatur, continentibus formas agrorum, quas tabulas, qui fregit, tenetur *l. Iulia peculatus l. qui tabulas, ad l. Iul. pecul.* quia publica monumenta sunt publicæ res. Sumi etiam Papinianus ostendit hoc loco, probationes finium & terminari litem finium regundorum ex tabulis census acti ante litem contestatam de finibus, quia & hæc publica monumenta sunt, quibus continentur agri cuiusque & eorum agrorum fines, *l.4. de censib.* Et hæc quidem omnia monumenta in causa finium potiora sunt testibus, vt Senatus censuit, *l. census, de probat.* nisi scil. probetur, vt Papinianus ait hoc loco, postea antiquos fines, qui in publicis monumentis continentur, fuisse permutatos, vel varietate successionum, vel possessorum, vel nouo possessorum consensu, additis vel detractis agris, & confusa agrorum pristina facie, quæ verba etiam vsurpat, *l.2.C.fin.reg.* Vbi sane, dum ea lex ait, *additis vel detractis agris alterutro*, placet quod Accursius notat ἀρχαικῶς apud aliquos scriptum *Alterutro*, non tantum quod *alterutri*, sed vt ipse ait, ὁποτέρωθεν, id est, *alterutrubi*, vt dicimus *vtrubi*.

Ad l.32.famil.ercisc.

Quæ pater inter filios non diuisit, post datas actiones vice diuisionis ad singulos pro hereditaria portione pertinent: modo si cætera quæ non diuisit, in vnum generaliter non contulit, vel res datas non sequuntur.

DIxit superiori lege possessionum fines aliquando perturbari, aut permutari possessorum arbitrio & consensu: hoc plerunque fieri ait Aggenus Vrbicus in Frontinum: *quum veteranus miles vnam possessionem, quæ ei fuerat adsignata pro emerito, filiis suis diuidit in tres aut quatuor portiones, pro numero liberorum distinctas terminis, quos veteres comportionales appellarunt, quod vice tabularum intercidendis portionibus inter filios defigerentur,* ex quo loco Vrbici emendandum est, quod est scriptum in supradicta constitutione Tiberii. *Est & aliud monumentum*, inquit, *quod proximis ædibus vix vnus*, pro *vix vnus* emenda *veteranus* vt ita legamus: *veteranus quas miles vel consors,* hoc est, *socius, condidit, in portionibus suis, vel ad progeniem futuram heredibusue suis (iusti testamenti loco) heredibus iustis*, loco & vice instrumentorum tabellarumque. Et ad eundem modum Papinianus in hac lege ponit, patrem habentem plures liberos, non fecisse quidem testamentum, quod Accurs. finxit frustra, sed non facto testamento inter filios diuisoris arbitrio functum, singulis dedisse res & actiones certas, nomina certa dedisse, id est, adsignasse, non tradidisse, vt ait *l. si cogitatione C. fam. ercisc.*

A quæ cum ista consentit: officium arbitri est adsignare portionem consortibus, coheredibusue, *l. seruum communem, C. eod.* Vbi portiones adsignatas intelligere oportet adsignatas ab arbitro famil. ercifcundæ, non, vt glossa ait, lege XII. tabularum, quia lex est de seruo communi, at Lege XII. tab. diuisio fit nominum siue actionum, non seruorum vel aliorum corporum aliarumue rerum *l.6. C. eod.* Porro officio arbitri functus est pater, qui in vita filiis suis portiones adsignauit, quas post mortem suam haberent in suis bonis, facta inter eos diuisione bonorum & actionum suarum, quæ vtique diuisio rata est, tanquam supremum iudicium patris, *l. si filia §. si pater, h. tit.* quia tametsi neque codicillorum iure censeatur, sed sit iudicium tamen minus solemne minusque legitimum, aut iustum, si spectas solemnia iuris, tamen est patris suprema voluntas, cui non tantum

B filios obtemperare necesse est, etiamsi ab intestato patri succedant, sed etiam accepto arbitro familiæ ercifcundæ arbitrum in adiudicandis bonis sequi oportet eam voluntatem patris, *d. l. si cognitione, l. quoties, & l. filij C. eod.* Denique non tantum eam voluntatem, quæ portiones fecit inter filios sequi debent filij, si modo eis satisfactum sit, quod attinet ad portionem legitimam, sed etiam arbitrum sumptum ad adiudicationem faciendam. Ita tamen eam voluntatem & diuisionem patris sequi debet arbiter siue iudex familiæ ercifcundæ, vt Falcidiam cuique liberorum seruet intactam & illibatam, si forte aliquis minus legitima portione habere deprehendatur; quia nec iudicio patris filius non impius legitima portione defraudari

C possit. Sed necesse est, rem explicari apposita specie. Finge: duos esse filios Primum & Secundum. Patrem facta diuisione inter viuos Primo erogasse, siue adsignasse deuncem, aut quod deuncem efficit. Secundo autem adsignasse vnciam tantum, quæ portio est minor legitima portione, quoniam in hac specie, legitima portio debita filio est sescuncia, *vne once & demie.* Nam legitima portio est quarta pars eius, quod filius haberet ab intestato. Secundus quid haberet ab intestato concurrente fratre? Semissem tantum. Semissis autem quarta est sescuncia. Sescuncia igitur est legitima portio in proposita specie. Deinde mortuus est pater intestatus, quia illa diuisio non est testamentum: mortuo patre filij ab intestato succedunt patri ex æquis partibus, id est, singuli ex semisse, sed Primo Secundus veluti iure fideicommissi, videtur restituere debere quincuncem, vt vncia tantum ei superfit, &

D primus habeat deuncem, secundum diuisionem supremi iudicij patris, quod qualecunque sit, hoc est, & si solemne non sit, obseruari oportet, *d. l. si cogitatione*, in qua ita est legendum: *Si cogitatione futuræ successionis*, vel cogitatione commortalis naturæ, *officium arbitri diuidendæ hereditatis præueniendo pater communis suo vel qualicunque iudicio suam declarauit voluntatem*, eam esse sequendam omnimodo, & vim habere fideicommissi. Quamobrem etsi Secundus ipso iure sit ab intestato heres ex semisse, tamen debet Primo restituere quinque vncias, vt illi expleat deuncem, secundum voluntatem supremam patris. Quod ita posita specie si statuamus, certe erit iniquissimum: nam ita Secundo superfuerit vncia tantum, quæ

E minor est portione legitima. At Secundo consulitur duobus modis, vno, si filius accuset eam voluntatem patris tanquam inofficiosam, quod minus ei legitima adsignauerit, cuius rei instituta querela, plane rescindet totam eam voluntatem & diuisionem, & æquabuntur filij in successione, *l. parentibus, C. de inoffic. test.* Altero modo consulitur Secundo, si vt quilibet extraneus vltra vnciam retineat semunciam, quæ deest legitimæ portioni, exemplo Falcidiæ ait vt *l. si cogitatione*, quia non proprie ex ipsa lege Falcidia retinetur ex fideicommissis, sed ex legatis tantum, verum retinet vltra vnciam & semunciam, exemplo Falcidiæ ex Senatusconsulto, vt ait *l. filij eod. tit.* id est, ex Senatusconsulto Pegasiano, quod hodie inest Senatusconsulto Trebelliano, quodque legem Fal-

cidiam, quæ minuebat legata tantum ad modum dodrantis, porrexit etiam ad fideicommiſſa, *l. ſucceſſores C. ad leg. Falcid. l. 1. §. hodie, ſi plus quam per leg. Falcid. §. ſed quia heredes, Inſtit. de fideicomm. hered.* Et hoc ſecundo remedio tum filio, in quem minus contulit pater, vti commodum erit, cum excluſus erit primo remedio, vel tempore (nam querela inoffirioſi finitur quinquennio) vel alio modo; nam perit multis modis. Alioquin ei eſt conſultius vti primo remedio, quia primo auſert ſemiſſem integrum, ſecundo ſeſcunciam tantum, non ſemiſſem. At ponamus quod eſt in hac lege, Patrem inter filios aliquid indiuiſum reliquiſſe, non omnia diuiſiſſe iura vel corpora, ſed aliquid indiuiſum reliquiſſe, quid fiet illo, quod indiuiſum reliquit? vtrum id inter filios diuidet arbiter famil. erciſcun. pro hereditariis portionibus, hoc eſt, pro virilibus portionibus, pro quibus patri ab inteſtato ipſo iure heredes extiterunt: An vero pro modo rerum ei adſignatarum? Hæc eſt quæſtio legis, & reſpondet Papinianus, iudicio famil. erciſcundæ, id quod indiuiſum remanſit ad eos pertinere, & inter eos diuidi pro hereditariis portionibus, *d. l. ſi cogitatione ait, pro virili portione*, quod idem eſt, quia ex æquo ab inteſtato heredes patri extiterunt, ſed hoc ita procedere Papin. ait, & oſtendit etiam *d. l. ſi cogitatione*, quæ iſtius veluti commentarius eſt, ſi nulli filio pater id, quod indiuiſum reliquit, generaliter adſignauit. Nam ſi poſt diſtributiones multarum rerum & actionum, pater ſubiiciat generaliter, *Cætera ad illum filium meum pertinere volo*, quod indiuiſum pater reliquit, illi filio adiudicabitur in ſolidum, nec veniet in diuiſionem cum fratribus. Item, vt ait Papinianus hoc loco, ſi id, quod indiuiſum reliquit pater, tacitè ſequatur, quæ vni adſignata eſt, veluti villa fundum ſequitur tacitè, *l. fundi vſusfructus quibus. mod. vſusf. amit.* ad eum, villa, quæ relicta eſt indiuiſa, in ſolidum pertinebit, cui fundus adſignatus eſt. Male Græci hoc loco ponunt exemplum in peculio. Nam peculium non ſequitur legatum aut venditum ſeruum *l. ſi legatus, de pecul. leg. l. 3. de euict.* niſi legetur nominatim. At villa ſequitur fundum venditum vel legatum tacito intellectu, quia pars eſt fundi, *l. ſi ita, in fin. de inſtr. vel inſt. leg.* peculium non eſt pars ſerui. Male etiam iidem Græci interpretes pro exemplo ponunt, σχῶσις ὑποζυγίων, id eſt, *ornamenta iumentorum*, quoniam ad hæc leuicula Papinianus non videtur reſpexiſſe; ac præterea legata aut vendita iumenta, niſi id dictum ſit nominatim, ſane ornatus non ſequitur, *l. ædiles §. vendidi, de ædil. edic.* Et male etiam Accurſ. exemplum ponit in pullo & equa; nam legatam equam pullus non ſequitur, niſi qui poſt moram editus eſt, *l. equis, de vſur.* Sicut nec legatas oues ſequuntur agni non legati nominatim, *l. legati §. vlt. de leg. 3.* & illa adſignatio patris, quæ fit vice diuiſionis, habet legati, aut ſaltem fideicommiſſi vim. Ad hæc etiam notandum eſt, primum reſponſum huius legis, ſine vlla diſtinctione vno ductu eſſe legendum hoc modo: *Quæ pater inter filios non diuiſit, vt ſit: Quæ poſt diuiſionem actionum & rerum indiuiſa reſtant*, ſubintelligo *Rerum*, atque ſuppleo ex fine legis; initio ait, *datas actiones*, in fine ait *datas res*, & has igitur & illas datas ſiue adſignatas. verbo *diuiſionis*, addo ſubdiſtinctionem, quod & Accurſius notat recte initio gloſſæ ad verbum, *poſt datas*, mox tamen tranſit male in aliam ſententiam.

Ad l. vlt. eod.

Arbitrio quoque accepto, fratres communem hereditatem conſenſu diuidentes pietatis officio funguntur, quæ reuocari non oportet, licet arbiter ſententiam iurgio perempto non dixerit, ſi non intercedat ætatis auxilium.

SVperiori lege actum eſt de diuiſione facta à patre; in hac l. vlt. agitur de diuiſione hereditatis paternæ facta à fratribus mutuo conſenſu poſt acceptum arbitrum famil. erciſc. pendente iudicio, pendente lite, quam ſi fece-

A rint, vt ait Papinian. fratres pietatis officio functi ſunt miſſa lite omni. Ambroſ. libr. 5. de fide *Bona pietas arbitros refugit etiam in diuiſione patrimonij.* Rata autem eſt ea diuiſio, rata tranſactio litis cœptæ inter fratres, vel iurgij potius. Mauult Papinianus hoc loco mitiore verbo vti inter fratres, *iurgij*, quam *litis*, vt inter vicinos quoque & inter maritos iurgium eſſe dicitur potius, quam lis, lenitate verbi triſtitiam rei mitigante. Diuiſio patrimonii plerunque fit tranſactionis genere, vt in *l. cum putarem, hoc tit. l. qui Romæ §. vlt. de verb. obl. l. tres fratres, de pact.* Rata, inquam, eſt ea diuiſio & tranſactio, etiamſi nulla ſit ſecuta ſententia arbitri. Res tranſactione finita nihil pertinet ad arbitrum ſiue iudicem. Confeſſionem quidem patris ſequi debet ſententia iudicis; iuſiurandum item, quod patri iudex detulit, ſequi debet ſententia iudicis: At
B tranſactionem habitam inter partes pendente lite, nullam ſequi neceſſe eſt ſententiam iudicis. Denique additur, eam tranſactionem ſiue diuiſionem factam inter fratres pendente iudicio, etiamſi ſententiam non dixerit iudex, reſcindi non poſſe, niſi beneficio ætatis, ſi quis eorum fuerit minor 25. annis: nam beneficio ætatis reſtituuntur aduerſus tranſactiones & diuiſiones, vt in *tit. C. ſi adu. diuiſion. & tranſact.*

Ad l. 2. de diſtract. pign.

Fideiuſſor conuentus officio iudicis adſecutus eſt, vt emptionis titulo prædium creditori pignori datum ſuſciperet, nihilominus alteri creditori, qui poſtea ſub eodem pignore contraxit, offerendæ pecuniæ quam fideiuſſor dependit, cum vſuris me-
C *dij temporis facultas erit. Nam huiuſmodi venditio transferendi pignoris cauſa, neceſſitate iuris fieri ſolet.*

HÆc l. eſt de re eadem à debitore duobus creditoribus diuerſis temporibus pignori obligata ex diuerſis contractibus & cauſis: in quo pignore certiſſimum eſt, potiorem eſſe priorem creditorem, quia id pignus poſterior creditor, neque priori creditori auferre poteſt, neque ei, qui emerit à priori creditore diſtrahente pignus iure conuentionis; ſed hoc tantum iuris habet poſterior creditor aduerſus priorem, cum ambobus idem pignus datum eſt vel poſitum, vt priori creditori etiam inuito ſoluat omnem pecuniam, quæ ei debetur, atque ita in ius & locum eius ſuccedat, & ſibi pignus ſeruet, retrahat atque
D confirmet, *l. 12. §. ſi ſimpliciter, & §. pen. ſup. tit. prox.* vt ſoluat, inquam, priori creditori pignoratitio omnem pecuniam, vel eam offerat, obſignet & deponat tuto in loco, veluti in tabulario ciuitatis, aut ſanctuario Principis, aut in æde ſacra, quod pro ſolutione eſt *l. 9. C. de ſolut.* Denique poſteriori creditori eſt ius auferendi priori creditori quod dependit. At ſi prior creditor pignus vendidit iure conuentionis, poſteriori creditori non eſt ius offerendi emptori pretii, quod dependit priori creditori, atque ita non eſt ei ius auocandi pignoris ab emptore, oblata & depoſita pecunia, quam dependit priori creditori, iure ſuo diſtrahenti pignus. Et hoc oſtendit *l. 3. hoc tit. l. 1. & 2. C. ſi antiq. cred. pign. vend. & l. 1. C. ſi pign. pig. datum ſit.* Igitur poſterior creditor habet ius offerendi priori creditori, ſed non etiam ius offerendi
E ei, qui à priore creditore emerit. Et ratio hæc eſt, quia ſera nimis eſt oblatio, quæ fit poſt perfectam venditionem pignoris iure creditoris. Hæc enim eſt extrema linea & extremus finis. pignoris venditione perimitur pignoris cauſa facta iure creditoris, quia rei dominium mutatur. His cognitis finge, quæ eſt ſpecies huius *l. 2.* priorem creditorem, qui & pignus, & fideiuſſorem acceperat ſui crediti ſeruandi cauſa, egiſſe cum fideiuſſore actione ex ſtipulatu, & officio iudicis fideiuſſorem obtinuiſſe, vt ſolutam omnem pecuniam, hoc eſt, ſortem & vſuras prior creditor acciperet, veluti pro pretio pignoris, & titulo emptionis pignus in ſe transferret, & tranſcriberet: denique vt venderet pignus fideiuſſori, etiam in actione ſtricta, quæ

A lis est ex stipulatu, aliquid potest officium iudicis, vt patet ex hac lege. Nam etiam in actionem strictam ex æquitate, hoc est, officio iudicis veniunt fructus percepti post litem contestatam, *l. videamus §. si actionem, de vsur. l. 8. de re iudic.*) Sed ad rem. ex ea specie quam proposui nascitur hæc quæstio, cum vt dixi prior creditor fideiussori vendidit pignus soluta ab eo omni pecunia, propter quam pignus tenebatur; an hoc casu posteriori creditori sit ius offerendæ pecuniæ fideiussori, quam priori creditori soluit, veluti pro pretio, vt quod pignus emit à priori fideiussor, posteriori præstet, atque restituat? Et videtur posteriori creditori non esse ius offerendi fideiussori, quia pignus à priore creditore accepit titulo emptionis, qui actionis titulo pignus tenet, & quia, vt dictum est initio, posteriori creditori non est ius auferendi emptori pignus. B Sed tamen aliud respondet Papinianus hoc loco, & Martianus in *l. 5. §. vlt. hoc tit.* nempe posteriori creditori esse ius offerendæ pecuniæ, quam fideiussor soluit priori creditori cum vsuris, scilicet non tantum, quas fideiussor soluit priori creditori, sed etiam cum vsuris nouis, quæ fideiussori debentur à die solutionis siue emptionis, quia locum subiit prioris creditoris, cui præstandæ vsuræ fuissent, *l. secundus, C. de pign. l. emptor, de rei vind.* Debet igitur posterior creditor offerre totam pecuniam, vt sibi confirmet pignus, hoc est, sortem & vsuras cum veteres, tum nouas; alioquin imperfecta oblatio est, nulliusque momenti, id est, nihil posteriori creditori proficit ad transferendum pignus in se, vt hic eleganter Papinianus respondet; & addit, nihil huic sententiæ obstare rationem dubitandi, quam attuli, titulum emptionis, quo fideiussor C pignus tenet: nam ea emptio simplex emptio non est, sed emptio pignoris habendi causa. Et vt multum interest, emptio simplex sit, an emptio contracta dotis causa, *l. quoties, de iure dot.* quod latius explicat initium 17. Obser. Et item interest multum, donatio simplex sit collata in filiumfam. an donatio facta diuisionis causa, *l. si filia §. si pater, fam. ercisc.* ita multum interest simplex emptio sit contracta dominij adquirendi causa, an sit emptio contracta pignoris habendi causa, quia hæc fit non tantum dominii adquirendi causa vt ait *l. 6. h. t.* quæ tamen est plerumque finis emptionis vt dominium adquiratur, *l. pen. §. vlt. de contrah. empt.* quam fit seruandi sibi & habendi pignoris causa: & fit etiam hæc venditio pignoris habendi causa, non tam sponte prioris creditoris quam D necessitate iuris, vt ait Papin. hoc loco, quia non est aliter quicquam laturus prior creditor à fideiussore, quem elegit atque conuenit, quam si ius pignoris ei vendiderit & transcripserit, *l. 2. C. de fideiusso.* vt Glossa recte interpretatur illa verba, *necessitate iuris.* Longe igitur dissimilis hæc emptio est, quæ fit pignoris causa, ab emptione simplici & mera. Id igitur inspicitur in emptione mera, quod scriptum est instrumento emptionis, hoc est, sola & nuda emptionis causa, quia nec alia est causa, quæ inspici possit. At in emptione facta pignoris causa, non tam quod scriptum est, quam quod actum est, inspicitur, vt eleganter ait *l. 3. C. plus val. quod agit. quam quod sim. conc.* Id autem actum est, non vt fideiussor pignus emeret simpliciter, sed vt pignus obtineret & seruaret debitori, cui fi- E dem etiam suam obstrictam habet iure mandati, quia mandato eius fideiussit, ergo principaliter facta hæc venditio est, vt ipse fideiussor pignus haberet, & bona fide seruaret debitori, & interim locum prioris creditoris subiret, quem absoluit. Et cum priori creditori potuerit posterior creditor offerre, consequens est, vt etiam possit offerre fideiussori, qui loco prioris creditoris substitutus est. Denique ita concludamus & statuamus: Posterior creditor non habet ius offerendi simplici emptori, cui prior creditor sua sponte pignus vendidit iure conuentionis. Et hæc fit vna conclusio: sequitur alia. Posterior creditor habet ius offerendi emptori pignoris causa, cui scilicet prior creditor pignus vendidit, cum cogeretur pignus in eum transferre. Et ratio differentiæ hæc est: quia hac emptione necessaria ius pignoris non perimitur; illa autem emptione voluntaria & simplici sane ius pignoris perimitur. Est etiam alius casus, quo eadem ratione emptori pignoris secundus creditor offerre potest pecuniam, quam soluit, & pignus ab eo auferre, de quo casu est *l. 3. h. t. l. 1. C. si antiqu. cred.* Et casus hic est. Si debitor ipse vendat pignus, non simpliciter, scilicet, sed vt ex pretio priorem creditorem dimittat, & loco eius emptor succedat. Nam & hoc casu, quia simplex venditio non est, posteriori creditori ius est offerendi emptori; quia, vt ait *l. 3.* nihil refert debitor rem priori creditori obligatam alij obliget, an vendat prioris creditoris dimittendi gratia. At si alii obliget, vt scilicet facta versura, & ab eo accepta pecunia dimittat priorem creditorem, non est dubium posteriorem creditorem huic, à quo debitor versuram fecit, qua dimitteret priorem creditorem, & illum admitteret in prioris creditoris locum, à quo versuram fecit, ius habere offerendæ pecuniæ, & transferendi in se pignoris, *l. 12. §. à Titio, sup. tit. prox.* Ergo & æquum est, etiamsi debitor pignus vendat, vt dimittat priorem creditorem, & in locum eius submittat emptorem pignoris, vt huic emptori, qui successit loco prioris, vt in *l. 3. C. de iis, qui in loc. prio. cred.* perinde atque ipsi creditori priori, posterior creditor habeat ius offerendæ pecuniæ, totius scilicet pecuniæ cum vsuris omnibus medii temporis, veteribus & nouis.

Ad l. 7. de vsuris.

Debitor vsurarius creditori pecuniam obtulit: & eam cum accipere noluisset, obsignauit, ac deposuit. Ex eo die ratio non habebitur vsurarum. Quod si postea conuentus vt solueret, moram fecit: nummi steriles ex eo tempore non erunt.

INitio huius legis ostenditur, debitorem certæ pecuniæ sub vsuris, quem vocat debitorem vsurarium, ex eo die non debere vsuras, ex quo pecuniam obtulit creditori, & eam cum creditor accipere nollet, obsignauit in sacculo & deposuit tuto in loco, quia scilicet depositio pro solutione est. Ergo desinunt currere vsuræ, ac si soluta esset pecunia in manum creditoris; quod & ostenditur multis locis iuris, *l. 1. in fi. h. t. l. si creditori, & l. acceptam, C. eod. tit. l. tutor pro pupillo §. vlt. de adm. tut.* Mar. Tul. 6. ad Atticum, *Consistere*, inquit, *debuit vsura, quæ erat in edicto meo deponere volebant.* Significat depositionem pecuniæ sistere vsuram, & 13. Epist. ad famil. *Aiunt*, inquit, *se depositam pecuniam habuisse, id velim cognoscas, & si cognoueris eos neque ex edicto, neque ex decreto depositam habuisse, des operam vt vsuræ Curio instituto tuo conseruentur.* Quia scilicet depositæ pecuniæ non debentur vsuræ; non depositæ debentur; sed necesse est, vt tota pecunia, quæ debetur, sit deposita & obsignata, quoniam depositio partis non retardat totius pecuniæ vsurarum præstationem, non sistit vsuras totius sortis, *l. tutor §. 1. h. t.* verum addit Papini. in hac l. quod si post obsignationem totius pecuniæ publice factam, debitor à creditore interpellatus & conuentus, vt pecuniam solueret, moram fecerit, ex tempore moræ præstabit vsuras, quas præstabat ante obsignationem & depositionem. Posterior mora debitoris purgat priorem moram creditoris, qui noluit accipere oblatam pecuniam, vt in *l. illud, de per. & comm. rei vend.* Sed hoc loco, ne fallamur, ponamus necesse est, debitorem post depositionem pecuniæ pecuniam recepisse, nec perseuerasse in depositione & oblatione, quod tamen omnino exigitur, *l. si ita quis §. Seia, de verb. oblig.* nam si debitor in depositione perseuerauerit, si depositam pecuniam loco non mouerit, creditor eum conuenire non potest, cui soluisse intelligitur, sed habet tantum vtilem actionem depositi in depositarium, vt si sit deposita in æde sacra, in æditiuum; vel etiam habet earum pecuniarum vtilem vindicationem in possessorem quemlibet, vt ostendit *l. acceptam, in fi. C. eod.*

Ad l.20.de tut.& rat.diſtrah.

Alterius curatoris heredem minorem, vt maiore pecunia condemnatum, in integrum reſtitui placuit. Ea res materiam litis aduerſus alterum curatorem inſtaurandæ non dabit, quaſi minore pecunia condemnatum, ſi non ſit eius ætatis actor, cui ſubueniri debeat, ſed æquitatis ratione ſuadente, per vtilem actionem ei ſubueniri, in quantum alter releuatus eſt, oportet.

PRimi reſponſi ſpecies hæc eſt. Minor 25. annis duos curatores habuit, quorum vnus deceſſit, relicto herede alio quodam minore 25. annis, alter curator ſupereſt, viuendo vicit alterum, egit autem adoleſcens vtili actione neg. geſtorum, quæ ſolet dari in curatorem. Ea, inquam, egit cum curatore ſuperſtite, & cum herede alterius curatoris, & ita egit vel iam factus maior, vel cum adhuc eſſet minor 25. annis, nondum finita curatione: nam & manente curatione, manente adminiſtratione, hæc actio intenditur recte in curatores vel heredes eorum, vt quæque res ſalua adoleſcenti eſſe deſinit, *l.4.§.vlt.l.16.§.vlt.hoc tit.* Et cum hac actione adoleſcens, vt dixi, egiſſet cum curatore ſuperſtite & cum herede curatoris mortui, iudex quidem curatoris mortui heredem, qui minor erat ætate, vt poſui initio, maiore pecunia condemnauit, curatorem autem ſuperſtitem minore pecunia, cum debuiſſet vtrumque pari pecunia damnare, nec ab eius ſententia appellari potuit; finge, iudicaſſe eum vice Principis. Poſt vero heres curatoris mortui beneficio ætatis, quoniam erat minor ætate, aduerſus ſententiam iudicis, qua maiore pecunia damnatus erat adoleſcenti, in integrum reſtitutus eſt, quod de negotiis geſtis lis reſtauraretur, & iterato eadem re diſceptata & deminuta condemnatione ipſe releuaretur. Releuandi verbo vtitur Papinianus & ſane in integrum reſtitutio nihil aliud eſt, quam releuatio lapſi captiue minoris ætate; quo etiam verbo in idiotiſmo vtimur, ſignificantes reſtitutionem in integrum. At inde quæritur: An herede defuncti curatoris releuato onere ſententiæ beneficio reſtitutionis in integrum, adoleſcenti, qui egit neg geſt. reſtauretur etiam lis aduerſus curatorem ſuperſtitem, quem dixi minore pecunia condemnatum, vt maiori condemnetur cauſa retractata ex integro? Et hoc quidem iuſtum eſt, ſi egit negotiorum geſt. cum eſſet adhuc minor 25. annis. Nam & ipſe quoque aduerſus ſententiam iudicis, qua curator minor condemnatus eſt, in integrum reſtitui poteſt, ipſe reſtituitur aduerſus curatorem, heres autem alterius curatoris reſtituitur aduerſus ipſum, id eſt, minor aduerſus minorem, quod fit recte, cum vterque eadem in re captus non eſt, *l. 1.C.ſi maior.fac.alien.* At ſi adoleſcens iam factus maior egit negotiorum geſtorum, & obtinuit ſententiam quam dixit, in eo ceſſat auxilium ætatis, quia maior factus egit negotiorum geſtorum. Verumtamē, vt oſtendit Papin. æquum eſt ex hac cauſa, quæ iuſtiſſima eſt, ex generali clauſula, *Si qua iuſta cauſa videbitur*, quæ eſt in edicto *ex quibus cauſ. maior.* releuato herede alterius curatoris pro modo eius, in quo releuatus eſt, etiam maiori, qui egit negotiorum geſt. dari vtilem actionem aduerſus curatorem ſuperſtitem, id eſt, aduerſus eum reſtitui & inſtaurari litem, in quantum heres alterius curatoris releuatus eſt. Et vtilem actionem Papin. vocat actionem reſtitutoriam negot. geſt. ſicut muliere ſubducta, quæ interceſſit pro alio, facta nouatione ſubducta & liberata beneficio Senatuſc. Velleiani, vel etiam minori 25. annis, qui expromiſit pro alio, ſubducto beneficio reſtitutionis in integrum, dicitur dari in veterem debitorem, qui nouatione fuerat liberatus, dari, inquam, vtilem & reſtitutoriam actionem *l. quamuis §.ſi conuenerit §.ſi Marcellus, §.ſi mulieri, l. aliquando §.vlt.ad SC.Vellei.l ſi Titius, in fine, de fideiuſſ l.vlt.de minor.* Omnis actio reſtitutoria eſt vtilis, quia ex æquitate datur, vt Papin. ait, æquitate ſuadente, non vero directo iure, non mero iure competit. & hæc eſt ſententia primi reſponſi, exploſa merito Accurſij ſententia.

Ad §.non idcirco.

Non idcirco actio qua poſt 25. annos ætatis intra reſtitutionis tempus aduerſus tutorem minore pecunia tutelæ iudicio condemnatum redditur, inutilis erit, quod adoleſcenti curatores ob eam culpam condemnati ſunt. Itaque ſi non iudicium à curatoribus factum eſt, per doli exceptionem curatores conſequi poterunt eam actionem præſtari ſibi.

SEquitur alterum reſponſum, quod eſt in eadem lege, & quod etiam Vlpianus nominatim in teſtimonium vocauit, ipſius Papiniani verbis in *l.ſi minoris, de adminiſt. tut.* prolatis; ideoque reſponſum etiam eo loci interpretatum erit facilius dare operam reſponſo, cuius interpres eſt Vlpianus & enarrator. Species hæc eſt. Finita tutela, adoleſcens curatores accepit, vt fit, qui etiam curatoribus adſiſtentibus liti & auctoribus egit tutelæ aduerſus tutorem, eumque minore pecunia condemnauit culpa curatorum, qui minus deduxerant in petitionem, in tutelæ iudicium, quam pupillo deberetur, & ob hoc adoleſcens, id eſt, ob culpam curatorum egit cum curatoribus vtili actione negotiorum geſtor. in id, quod intereſt, tutorem pecunia minore condemnatum eſſe, & curatores condemnauit per iudicem: Quæritur, an curatoribus condemnatis, per quos res adoleſcentis ſeruari poteſt, quoniam ſunt ſoluendo, etiam ſalua ſit & integra adoleſcenti reſtitutio in integrum aduerſus tutorem, reſtitutio litis, reſtauratio litis poſt legitimam ætatem intra annum vtilem, vt olim obtinuit, & hodie obtinet intra quadriennium continuum, & ad ſummum intra 29. annos & reſpondet Papinianus, etiam condemnatis curatoribus ob culpam, adoleſcenti ſaluum eſſe beneficium reſtitutionis in integrum aduerſus tutorem minore pecunia condemnatum, & actionem negot. geſto. vel actionem iudicati, qua res adoleſcenti ſeruari poteſt à curatore non excludere beneficium reſtitutionis in integrum, vt *l.etiam ei §.Imperator, de minorib.l. vlt. C.ſi tutor vel curator.* Neque obſtat *l. in cauſæ, 2.de minor.* quæ ait non competere reſtitutionem in integrum minori, ſi ei alia actio ſit, ſi minori alia actio ſit, prætorem ſe non debere interponere: huic eſt actio iudicati, qua ſuum ſeruare poteſt. Ergo non eſt reſtitutio in integrum. Abutuntur plerique omnes ea lege, & Accurſ. ſæpiſſime non animaduertens, eam legem non loqui de qualibet actione, quæ ſuppetat minori 25. annis, ſed de iure dicendi, ipſo iure nullum eſſe contractum, ipſo iure nullum eſſe negotium, quod cum minore geſtum eſt, vt in edicto de dolo his verbis. *Si alia actio non ſit.* Conſtat etiam contineri ius dicendi, nullum eſt negotium geſtum cum minore, aut cum pupillo, ſi geſtum ſit ſine tutoris auctoritate, nec locupletior ſit factus, nullum eſt ipſo iure. Nullum eſt etiam negotium, ſi minoris prædia venierunt ſine decreto, nullum ipſo iure. vbi munitus eſt ipſo iure, nihil indiget auxilio reſtitutionis in integrum, nec Prætor ſuam operam interponit in re non neceſſaria, quod exemplis demonſtrat *d.l.in cauſæ, & l.3.C. de tut. & curat. qui non ſatiſd. & l.2. C. de præd. min.* quo etiam caſu, hoc eſt, ſi ipſo iure munitus ſit, non dicimus etiam diſtricte minori non poſſe dari reſtitutionem in integrum, ſed non eſſe omnino neceſſariam, vt *d.l.2.* nam quid erit vitii, etiamſi tutus ipſo iure reſtituatur in integrum? Breuiter ea lex loquitur tantum de ratione, hoc eſt, de iure dicendi negotium ipſo iure nullum, quo caſu verum eſt, minori ſuperuacuam eſſe reſtitutionem in integrum. At ſi alia actio competat in eundem, vel in alium, qua minor ſuum conſeruare poſſit: non ideo eſt ſuperuacua ſtatim & inutilis reſtitutio in integrum, vt in propoſita ſpecie, etiam condemnatis curatoribus, adoleſcentique parata in eos actione iudicati, adoleſcenti ſalua eſt reſtitutio in integrum aduerſus tutorem, neque eſt inu-

tilis, vt Papinianus ait; quod sic ostenditur, quoniã, si curatores condemnati nondum iudicatum impleuerint, & actione iudicati conueniri cœperunt, per exceptionem doli mali conuenti actione iudicati consequuntur, ne prius soluant quod in condemnationem deductum est, quam eis adolescens cesserit auxilio restitutionis in integrum, quod habet saluum, quoniam auxilium restitutionis in integrum, vt transmitti in successorem potest, *l.6. de in integ. restit.* ita & cedi procuratori in suam rem, *l. quod si minor, in princ. de minorib.* Denique per exceptionem doli mali curatores hoc assequentur, vt habeant actionem tutelæ vtilem & restitutoriam aduersus tutorem, nomine adolescentis impetrata restitutione in integrum. Atque ita restitutio in integrum maxime est vtilis minori, vt scilicet eam cedat curatoribus condemnatis, qui alioquin non sint facturi iudicatum, aut ne id faciant B opposita doli m[illegible] exceptione consequentur, si conueniantur actione [illegible]icati. Verum Vlpianus in *d. l. si minori*, addit ad Pa[illegible] verbum *prouocantes*, ita scilicet vt curatores prouo[illegible]es, id, quod dixi, consequantur per exceptionem doli mali. Quid hoc est, *prouocantes*? Prouocat quicunque agit & agit non tantum actor, sed etiam reus, *l. 1. de excep.* Agere est commune verbum actoris & rei, sicut & rei nomen est commune vtriusque, & prouocandi quoque verbum, vterque, dum de iure suo experitur, prouocat & proclamat ad iudicium. Et ita verbum *prouocantes*, illo loco accipitur sine vlla dubitatione, reiectis glossarum commentis, de appellatione à sententia, qua tutor vel curatores condemnati sunt, neque enim dicit Papinianus hoc curatores consequi per appellationem, sed per exceptionem doli mali: qui excipit, prouocat. Et C inde apparet etiam post sententiam exceptionem peremptoriam, qualis est doli mali in actione iudicati opponi & prouocari posse. Nam etiamsi dicatur in *l. 2. C. sent. resc. non posse, & l. 8. C. de except.* exceptionem peremptoriam opponi ante sententiam, tamen euenit innumeris casibus, vt opponatur etiam post sententiam in actione iudicati, vt in hac specie, & in *l. 1. §. non tantum, h. t. l. si fideiussores §. vlt. de fideiuss. l. tantum, ad Senatusc. Macedon. l. Nesennius §. vlt. de re ind. l. 1. C. de iur. & facti ign.* vis videre, quam hoc sit verum? Etiam lex 2. *de except.* ait, exceptionem excludere id, quod in condemnationem deductum est, quod, quid aliud est, quam exceptionem opponi post sententiam, post condemnationem in actione iudicati, quod non potest accipi, nisi de exceptione peremptoria: nam dilatoriam certum est omnino opponendam esse D ante litem contestatam. Quærit autem Vlpianus in *d. l. si minori*, quoniam Papin[illegible]ta posuit speciem, vt diceret condemnatos quidem fuisse curatores, sed nondum indicatum fecisse, nec vero cogi facere, nisi primitus eis cedatur auxilium restitutionis in integrum aduersus tutorem, quærit, inquam, quid sit dicendum, si iam curatores iudicatum fecerint, & ait Vlpianus, hoc casu non videri adolescenti saluam esse restitutionem in integrum aduersus tutorem, quia nihil ei abest cum curatores quod eius interesat, persoluerint, & si forte petat restitutionem in integrum aduersus tutorem, postquam rem consequutus est à curatoribus iudicatis, non de damno erit sollicitus, quod nullum fecit, sed de præda & lucro, quam ob rem non est comparata restitutio in integrum, comparata est E damni præstandi & sarciendi nomine, non prædæ faciendæ causa. Præda est, bis idem exigere ab eodem vel ab alio. Sed dici tamen potest, vt subtiliter concludit Vlpianus, etiamsi curatores iudicatum fecerint, nec quicquam absit adolescenti, saluum ei esse auxilium restitutionis in integrum aduersus tutorem, non quidem, vt eius commodum ad eum redeat, cui nihil abest, sed vt eo iure & auxilio cesso curatoribus, si hoc velint, curatores à tutore minoris condemnato consequantur, quod eis abest, hoc est, quod adolescenti ex sententia persoluerunt; nam & eo nomine tenetur adolescens curatoribus contraria actione neg. gest. vt A eis cedat restitutionis auxilium, & vtilem actionem tutelæ aduersus tutorem, *l. Stichum §. si mandato, de solut.* Igitur dicemus, vt dicit *l. cum is, de fideiuss.* ideo adolescentem, cui curatores satisfecerunt, habere auxilium restitutionis in integrum, quia tenetur ad hoc ipsum, vt id auxilium, & eas actiones, quæ eo auxilio instaurantur, cedat curatoribus suis: habet restitutionem, habet actionem vtilem, non propter se, sed propter curatores, vt eis cedat, si velit: nam cogi non potest, nisi contraria actione negotiorum gestorum, quia iam iudicatum fecerunt.

Ad l. 6. de fideiuss. & nominator.

Pupillus contra tutores, eorumque fideiussores alter iudex datus est. Officio cognoscentis conueniet: si tutores soluendo sunt, & administratio non dispar, sed communis fuit: portionum virilium admittere rationem ex persona tutorum.

Species legis hæc est; plures erant tutores, qui singuli datis fideiussoribus singulis, cauerunt rem pupilli saluam fore: finita tutela, contra eos tutores simul atque fideiussores à Prætore iudex datus est. Potuit hoc iure adolescens à tutoribus & à fideiussoribus partes petere diuisis actionibus apud eundem iudicem, potuit partem à tutoribus petere, partem à fideiussoribus tutorum. Hodie cogeretur totum petere prius à tutoribus, qui sunt rei principales; sed ante Nou. Iust. potuit scindere actionem, & partem petere à reo principali, partem à fideiussoribus, *l. 3. §. vlt. de duob. reis, l. grege §. etiam, de pignor. l. reos, C. de fideiuss. l. 1. C. de fideiuss. tutor.* sic igitur finita tutela pubertate, adolescens accepit iudicem contra tutores & fideiussores, partem scilicet petens à tutoribus eius, quod sibi abesse ostendit ex administratione tutelæ, partem à fideiussoribus, ac priusquam is iudex adiretur, & apud eum lis contestaretur, vita functus est: si post litem contestatam vita functus fuisset, non mutaretur iudicium, quia non est integrum mutare actionem post litem contestatam, nisi ex magna causa, *l. edita, C. de eden.* Non mutaretur ergo iudicium, non mutaretur actio, quæ cœpit in tutores & fideiussores eorum; sed non mutata actione in locum demortui iudicis, alius iudex daretur, qui substitutus iudex dicitur, *l. si iudex, l. mortuo, de iudic. l. pen. C. de ped. iud.* At quoniam ille iudex, quem pupillus acceperat contra tutores simul atque fideiussores, vita functus est ante litem contestatam, licet pupillo vel adolescenti iudicium actionemque mutare, &, vt fecisse proponitur, alium iudicem accipere contra fideiussores solos in solidum, omissis tutoribus: quo casu quæritur in hac lege pro qua parte quisque eorum fideiussorum condemnandus sit? An vnus damnari possit in solidum, si alij rei iudicatæ tempore soluendo non sint, licet fuerint tempore litis contestatæ? Et respondet Papinianus, eum in condemnatione fideiussorum modum, eamque legem esse seruandam, quæ seruaretur in tutoribus, si conuenti fuissent tutores. Conueniuntur autem fideiussores ex persona tutorum, vt ait in fine legis; vt pater, qui intelligitur fideiussisse pro filio decurione, dicitur conueniri ex persona filij, *l. libertus §. filio, ad municip.* ita fideiussor quilibet dicitur conueniri ex persona rei principalis. Ergo ad eum modum legemque, qua tenetur reus principalis, perinde & fideiussores tutorum easdem reputationes habent quas tutores, *l. 5. hoc tit.* Et ad eam rationem vsurarum pupillarium reuocantur, vt eas præstent, ad quas tutores reuocari solent, *l. 3. hoc tit. l. 10. rem pupil. salu. for.* Et similiter fideiussores tutorum eandem condemnationem sustinent, si contra eos solos sumptus sit iudex, quam sustinerent tutores, si conuenti fuissent actione tutelæ. At tutores,

tores ſi conuenti fuiſſent, etſi eorum adminiſtratio fuiſſet indiuiſa & commune periculũ adminiſtrationis, ſi tamen omnes ſoluendo ſint litis conteſtatæ tempore, inter eos diuideretur actio pro virilibus portionibus, *l. 1. §. nunc tractemus, de tut. & rat. diſtr.* quia diuiſionem actionis tutelæ inter tutores, qui initio litis locupletes ſunt & idonei, æquitas ipſius actionis, quæ eſt bonæ fidei, deſiderat maxime, cum ob id pupillus non diſtringatur diuerſis iudiciis, quandoquidem ex Conſtitutionibus omnes tutores ad vnum iudicem mittuntur, *l. 2. de quibus ad eund. iud. l. 5. C. arb. tut.* Et propterea, ſi conueniantur plures tutores, quorum indiuiſa non diſpar fuerit adminiſtratio, & quidam ſoluendo ſint initio litis, æquum eſt inter eos diuidi actionem tutelæ, vt ſinguli teneantur tantum in virilem portionem. Ergo etiam conuentis fideiuſſoribus eorum tutorum, qui conueniuntur ex perſona tutorum, licet non eadem actione vt puta tutelæ, ſed ex ſtipulatu, inter eos eſt diuidenda actio pro virilibus portionibus exemplo tutorum, vt quæ diuiſio fit in actione tutelæ, eadem fiat in actione ex ſtipulatu, qua fideiuſſores conueniuntur. Denique tutores habent beneficium diuiſionis, etiamſi indiuiſa eorum adminiſtratio, indiuiduum officium fuerit, ſi modo omnes ſoluendo ſint litis conteſtatæ tempore. Ergo fideiuſſores eorum idem beneficium habent. Recte autem ponit Papinianus plurium tutorum plures fuiſſe fideiuſſores, ſingulos tutores ſingulos fideiuſſores dediſſe, tot fuiſſe fideiuſſores, quot tutores: nam ſi vnius tutoris plures fideiuſſores fuerint, non habent beneficium diuidendæ actionis: & ratio hæc eſt, quia non eſt æquum, pupillum ſiue adoleſcentem diſtringi aduerſariis, litibuſque plurimis ſuæ tutelæ cauſa, cum non ipſe contraxerit cum tutore, qui fideiuſſores dedit, ſed in eum inciderit ignorans, omnino neſciens quid ageretur: qua de cauſa & actio tutelæ non dicitur eſſe ex contractu, ſed quaſi ex contractu, idque oſtenditur in *l. vlt. in fin. rem pup. ſalu. fore.* Diſtringeretur autem pupillus, ſi diuidenda ei eſſet actio in plures fideiuſſores, ſi diuiſim illi agendum eſſet cum ſingulis: quia non vt tutores omnes ad eundem iudicem mittuntur, vt ante dixi, quod ita conſtitutum eſt ex conſtitutionibus, non ita etiam fideiuſſores plures, ſi diuidenda eſſet actio, ad eundem iudicem non mitterentur, ſed ad diuerſos, atque ita diſtringeretur pupillus, *d. l. vlt in fin.* ideoque ſi plures ſint fideiuſſores vnius tutoris, pupillus agit in ſolidum, quo cum vult; non eſt diſtringendus, ſed in vnum fideiuſſorem, quem elegit, ei danda eſt actio in ſolidum, vt eum condemnet in ſolidum, ſicut in tutorem qui vnicus eſt, ageret in ſolidum: ita in quem libet fideiuſſorem vnius tutoris agit in ſolidum, excepto caſu l. ſequentis, quæ explicabitur lib. 3. Et non tantum agit in ſolidum, ſed etiam eum condemnat in ſolidum, quia non habet beneficium diuiſionis, vel etiam, ſi pupillus egerit cum omnibus fideiuſſoribus vnius tutoris. Finge duos fuiſſe, ſi egerit cum duobus, & poſt litem conteſtatam vnus factus ſit non ſoluendo, alterum proculdubio damnabit in ſolidum, etiamſi initio litis ambo ſoluendo fuerint, quia & vnius eligendi & condemnandi in ſolidum pupillo ius, poteſtaſque fuit. Fateor alio agente, fideiuſſores habere beneficium diuiſionis ex epiſtola D. Adriani, notiſſima etiam hodie tabellionibus, ſi omnes ſoluendo ſint litis conteſtatæ tempore, etiamſi deſierint eſſe ante litem iudicatam: at pupillo agente in plures fideiuſſores vnius tutoris, nego tutoris fideiuſſores habere beneficium diuiſionis, *d. l. vlt.* ſi fuerint vt diximus fideiuſſores plures plurium tutorum, vt tutores habent beneficium diuiſionis, & habebunt quoque fideiuſſores eorum, quoniam ex perſona tutorum conueniuntur, pro tutoribus condemnantur: quæ eſt ſententia huius legis ſumme notanda.

A

B

C

Ad l. 20. ad Senatuſconſ. Sillan.

Heres qui veneni cauſam perſequitur, res hereditarias vrgentes ordinare, ſaluis probationum indiciis non prohibetur.

VT intelligatur hæc lex, ſic ſtatuo, aliam eſſe quæſtionem veneni, aliam necis per vim illatæ, quod patet ex l. ſeq. Quid vero intereſt veneno quis necatus ſit, an vi, clam, vel palam? hoc maxime, quia ſi per vim dominus à familia necatus eſſe dicatur, Senatuſconſulto Sillania. cauetur, vt non poſſit heres, ſi nolit ſibi hereditatem eripi à fiſco, vt non poſſit, inquam, adire hereditatem, vel quoquomodo acquirere ante quæſtionem habitam de ſeruis, qui ſub eodem tecto loco ve fuerunt, quo tempore dominus per vim occiſus eſt, & ante ſumptum ſupplicium de noxiis: poſt habitam quæſtionem, poſt ſumptum ſupplicium, & vltam necem defuncti, tunc adire hereditatem poteſt eius, qui necatus eſt, cum effectu adire poteſt, non ante. Quod ſi veneno à familia dominus clam necatus eſſet, heres non prohibetur adire hereditatem, aut petere bonorum poſſeſſionem, quia Senatuſconſultum Sillanian. loquitur tantum de domino per vim occiſo, non de occiſo clam vi carminis aut veneno, *l. 1. §. occiſorum, l. neceſſarios §. vlt. hoc tit. l. 9. C. de iis quib. vt indig.* Et conſequenter, vt ait Papinianus in hac lege, heres res hereditarias, vrgentes, inquit, ordinare poteſt, vt puta luere pignora pretioſa, quæ ſunt ex bonis defuncti, vel reficere ædificia, quæ ruinam minantur, vel ſeruos hereditarios paſcere, aut in opus ruſticum mittere, aut diſtrahere res hereditarias, quæ magis onerant hereditatem quam fructui ſunt. Hæc ſunt vrgentia negotia hereditaria. Vrgentia hæc faciendo, ſane videtur heres ſe pro herede gerere, atque ita ſibi adquirit hereditatem. Nam geſtio pro herede, eſt ſpecies adquirendæ hereditatis, videlicet ſi hoc fecerit animo heredis, vt declarat *l. pro herede, de adquir. hered.* verum ait, heredem qui veneni cauſam perſequitur, res hereditarias vrgentes ordinare non prohiberi Senatuſconſulto quod non pertinet ad cauſam veneni: & non prohiberi *ſaluis probationum indiciis.* Nec enim poteſt diſtrahere aut manumittere ſeruum hereditarium probationi idoneum, ne ſubducatur quæſtioni. Et breuiter, pendente cauſa veneni, quam heres perſequitur, vt debet, vrgentia negotia hereditaria tractare poteſt, & neceſſaria, non omnia negotia hereditaria, quandiu pendet quæſtio l. Cornel. de venef. tametſi adierit hereditatem; vt poteſt pendente cauſa veneni, quod notandum. Nam hoc eſt præcipuum in hac lege. Si adierit, inquam, pendente cauſa veneni, non poteſt tractare, niſi ea negotia hereditaria quæ vrgent maxime. Quid enim, ſi ipſum heredem apparet infudiſſe venenum? quid ſi cauſam veneni non pertulerit? ſi deſeruerit? vel quid, ſi pertulerit luſorie & perfunctorie? quibus caſibus hereditas fiſco vindicatur. Igitur interim melius eſt res hereditarias integras ſeruare, quia fiſcus venire poteſt; & eas tamen tractare interim, quæ vrgent. Et hæc diſtinctio fit inter cauſam veneni, & cauſam per vim illatæ necis, cum dominus à familia necatus fuiſſe dicatur, vt ſi per vim, prohibeatur heres adire ante cauſam peractam; ſi veneno, non prohibeatur adire & tractare, quæ vrgent, etiam nondum peracta cauſa veneni. Nam ſi quis dicatur necatus ab extraneo, non vtimur hac diſtinctione. Nam ſiue necatus ſit veneno, ſiue per vim, heres non prohibetur ſtatim adire hereditatem ſibi delatam, licet poſtea debeat vlciſci mortem defuncti, ne ei vt indigno hereditas auferatur. Cæterum ſtatim adire poteſt, quod Azo ſentit recte, & probat *l. eius qui §. vlt. de iure fiſci, l. eum qui §. bonis, de his quib. vt indig.* Neque

E

F

quidquam obstat *l. 6. & l. 9. C. eod.* quoniam non pertinent ad hunc casum, cum quis est occisus ab extraneo, sed sunt aptandæ ad casum Senatusconsulti Syllaniani, cum quis dicitur occisus à familia sua, hoc est, à seruis suis, vbi distinguimus fuerit occisus per vim an clam. At non distinguimus si dicatur occisus ab extero.

Ad l. 41. de mortis caus. donat.

Quod statuliber vni ex heredibus de peculio dedit: ei qui accepit, in Falcidiæ ratione venit, & in hereditatis petitione, item ex Trebelliano restituitur. Ex peculio autem videtur dari, quod statuliber donatum accepit, & dedit. Et quod ab alio nomine ipsius eo præsente datur: prope est vt ab ipso datum intelligatur.

Constat in quartam partem hereditatis quam per legem Falcidiam, aut exemplo legis Falcidiæ per Senatusconsultum Pegasianum, & hodie Trebellianum, heres habere debet, ea tantum imputare heredem, quæ quasi heres hereditario iure capit, non etiam ea, quæ capit iure legati, quasi legatarius vel iure fideicommissi, quasi fideicommissarius, *l. si à me tibi, ad l. Falcid.* non imputat etiam heres in quartam ea, quæ capit mortis causa, veluti conditionis implendæ causa, vt si quis heres institutus sit ex parte, vel si cui legatum relictum sit, aut data libertas testamento sub conditione, si heredi aut coheredi dederit decem, ea decem heres neque iure legati capit, neque iure fideicommissi, sed mortis causa, & ea non imputat in Falcidiam, quia non ea capit iure hereditario, imo nec iure testamenti, *l. 8. si quis omiss. caus. test.* sed dicitur generaliter ea capere mortis causa, quod & ei capio obueniat per occasionem mortis testatoris. Ergo multo minus imputabit in Falcidiam heres mortis causa capionem, hoc est, quod ei datur conditionis implendæ gratia. Et hoc ostendit aperte *l. in ratione §. tametsi, & l. in quartam, in princ. & in fi. & l. id autem, ad l. Falcid.* Et quod aliter scriptum in *d. l. in quartam §. pen.* iis fere verbis, *sed & quod implendæ conditionis causa, fideicommissum heredi datur in ea causa esse admittendum, sciendum est,* vt scilicet in quartam imputetur: nam hic est sensus. id, inquam est, falsum & subdititium. Nam & à Basilicis & à Pandect. Florent. abest. & prodit falsitatem in eo etiam satis verbum fideicōmissi. Quoniam id, quod heredi datur implendæ conditionis causa, non est fideicommissum, sed generali nomine, quia non habet proprium, appellatur mortis causa capio, *l. 31. hoc tit.* & inter hanc mortis causa capionem & fideicommissum longa differentia est: Fideicommissum inuitus præstat, qui eo oneratus est: mortis causa capio siue adimpletio conditionis dandi, est in arbitrio eius, cui est imposita conditio dandi, nec inuitus dare cōgitur, & accipere, quod ei relictum est sub ea conditione, *d. §. tametsi.* Item de fideicommisso heres detrahit Falcidiam ex Senatuconsulto Pegasiano, non de mortis causa capione, *l. 1. §. item si ita legatum, & l. acceptis, ad l. Falcid.* Et in dicto *§. item si ita legatum,* ait, *mortis causa capionem, non imputari in Falcidiam,* quæ verba sunt alio sensu accipienda, quam quo nos deinceps frequenter, dicturi sumus imputari aliquid vel non imputari in Falc. & quod Papinianus ait in hac lege, id, quod statuliber de peculio dedit heredi, imputari in Falcidiam. Duobus modis dicimus aliquid imputari in Falcidiam; Vno, cum numeratur inter ea, quæ patiuntur Falcidiam, quæ minuuntur lege Falcidia: vt in *d. §. item si, l. si à seruo, & l. si quis, l. si à me, eod. tit.* quod & hoc loco ita accipiendum esse in *d. §. item si ita legatum,* Accurs. notauit hoc loco, licet id explicet incondite & ineleganter. Ergo dum ait in *d. §. item si ita legatum, mortis causa capionem non imputari in Falcidiam,* hoc est, ex ea heredem non deducere Falcidiam. Altero autem modo, quo sensu locuturi sumus deinceps, imputari aliquid in Falcidiam, id est, numerari inter ea, quæ heredi explent, conficiuntque Falcidiam. Et hoc sensu etiam dicimus, mortis causa capionem imputari heredi in Falcidiam, exceptis certis casibus, de quib. infra tractabimus. Sicut & priori sensu in *§. item si,* mortis causa capionem non imputari heredi in Falcidiam, hoc est, non detrahi ex ea Falcidiam, excipiendus est casus, *l. pen. C. eod. tit.* excipiendus etiam hic casus, si seruo data & adscripta sit libertas sub conditione, si extraneo dederit ex periculo suo, quod fuit in bonis testatoris mortis tempore, *l. 44. eod. tit.* Cæterum illa iuris definitio, vt ea tantum heres imputet in Falcidiam, id est, vt ea tantum heredi expleant Falcidiam, quæ iure hereditario capit, est generalis & certissima, quam tamen omnes Interpretes nostri tantum admittunt in Falcidia siue quarta, quæ per legem Falcidiam ex legatis deducitur, non etiam in quarta, quæ per Senatusconsultum Pegasianum, & hodie Trebellianum ex fideicommissis deducitur, & cruciant se in inuenienda ratione differentiæ, quæ nulla est: Nam hunc ego iampridem depuli & profligaui omnium Interpretum errorem, docens per omnia esse legata exæquata fideicommissis. & quod scripsit Vlpianus in *l. 1. de legat. 1.* non scripsisse eum in omnibus casibus existimo, deducto argumento ex inscriptione, sed in causa legis Falcidiæ tantum, in qua non vult deduci aut separari legata à fideicommissis. Sed cum quæritur, quæ heres computet in quartam siue in legem Falcidiam, quid imputet, inquam, in quartam, siue detrahat, ex legatis, siue ex fideicommissis, indistinctè respondendum est, vt eas tantum res computet in quartam, quas capit iure hereditario. Nam constat & in quartam Pegasianam, quæ ex fideicommissis detrahitur, heredem non computare, quæ capit iure legati, *l. filium, C. fam. ercisc.* nec quod capit causa mortis siue conditionis implendæ gratia, *d. §. tametsi.* Ergo nulla est differentia omnino inter hanc & illam quartam, hanc, quæ ex fideicommissis Senatusconsulto Pegasiano, & illam, quæ ex legatis lege Falcidia detrahitur: quia verum est, in neutra computari alias res, quam quæ iure hereditario obueniunt heredi. Et in hac re per omnia esse exæquata legata fideicommissis. Et *d. l. in quartam,* quæ in illum errorem sola omnes induxit, vt putarent faciendam esse differentiam inter quartam, quæ ex legatis detrahitur, & quartam, quæ ex fideicommissis, ne te decipiat, sic tibi me auctore accipienda est, vt ostendam modo plane atque dilucide explicata tota *l. in quartam,* quæ lex ait; *In quartam hereditatis quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputari eas res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicōmissi, vel implendæ cōditionis causa accipit, nam hæ,* inquit, *in quartam non imputantur.* Primum accipe legem Falcidiam latissime, prout dilatata & extensa est Senatusconsultis vel constitutionibus: nam quæ erat tantum de legatis, Senatusconsulto Pegasiano porrecta est ad fideicommissa, & constitutione Seueri ad mortis causa donationem, non ad mortis causa capionem, vt in hanc quartam vnde detrahatur, heres computet tantum ea, quæ iure hereditario capit optima ratione, quia omnis quarta, siue sit ex legatis, siue ex fideicommissis, siue ex donatione mortis causa, est quarta hereditaria, hoc est ex his omnibus debet habere heres saluam quartam hereditatis, Et si omnis quarta est quarta hereditatis, ergo in eam tantum imputatur, quod velut ex bonis hereditatis, ex bonis defuncti iure hereditario capitur. Non ergo computantur in quartam, siue ex legatis, siue ex fideicommissis vel aliunde detrahatur, ea, quæ heres capit iure legati, vel fideicommissi, vel conditionis implendæ causa, quæ extero iure capit, vt ait *l. à patre, C. de collat.* Et subiicit eadem lex: *Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, &c.* quia articulus SED decepit inter-

pretes. Sed non eſt diſcretiua particula ſuperioris A ſententiæ atque regulæ, ſed coniunctiua, vt in auctoribus noſtris & exteris ſæpiſſimè articulus (*ſed*) non facit differentiam inter quartam, quæ detrahitur ex legatis, & quartam, quæ detrahitur ex fideicommiſſaria hereditate alteri reſtituenda, verum coniuncta ſcriptura Iuriſconſultus, vt regulam initio propoſitam aperiat exemplis, ait, *In fideicommiſſaria hereditate reſtituenda detracta quarta, ſiue legati, ſiue fideicommiſſi verbis quid datum ſit heredi*, ſcilicet habenti coheredem, alioquin non poſſet legari heredi, hoc eſt: ſi quid præcipuum prælegatum præceptionis titulo ei relictum ſit, præceptionis nomine, quoniam id capit duplici iure, partem à ſeipſo iure hereditario, partem à coherede iure legati aut fideicommiſſi, *l. legatum* §. 1. *de leg.* 1. *l. in fideicommiſſariam* §. *vlt. ad Senatuſc. Trebell. l. eum qui* §. *vlt. de his quib. vt indign.* Eum imputare in Falcidiam partem, quam iure hereditario capit à ſe ipſo non partem quam à coherede capit iure legati, vt in *d. l. filium, C. fam. erciſc. & l. quod autem, ad l. Falcid.* ſecundum regulam propoſitam initio *l. in quartam.* Item ſi aliquo deducto, vel retento, vel accepto, non demonſtrata perſona, à qua acciperet heres, vt ſi dixerit: *Rogo te acceptis ducentis reſtituere hereditatem meam L. Titio.* denique ſi quo deducto, vel retento, vel accepto ſimpliciter heres rogatus ſit reſtituere hereditatem, id quod deducere vel retinere vel accipere iuſſus eſt, imputat in Falcidiam, quia id totum à ſeipſo iure hereditario ex bonis mortui capit, *l. deducta* §. *acceptis, ad Senatuſc. Trebellian.* His traditis, quibus exemplis planior fit regula propoſita initio *l. in quartam*, regulam illam magis ac magis explicans, vt in quartam, quæ detrahitur ex legatis aut fideicommiſſis imputentur ea tantum, quæ heres capit quaſi heres iure hereditario, non aduentitia lucra. Ad extremum *d. l. in quartam* regulam illam magis atque magis explicans, quod dixit initio, ea quę heres capit conditionis explendæ cauſa non imputari in quartam, id poſito exemplo familiari magis dilucidum reddit in fine legis. Et nihil eſt præterea in *l. in quartam.* Verſus penultimus ſpurius eſt, vt dixi. Verum ad hoc notandum eſt, quoſdam eſſe caſus, quibus etiam id, quod heres accepit conditionis explendæ cauſa, hoc eſt, quibus mortis cauſa capionem imputat in quartam. Vnus caſus eſt in *d.* §. *tametſi*, ſi non figura conditionis heres iuſſus ſit accipere certam pecu- D niam à fideicommiſſario Trebelliano, vt ſi teſtator non dixerit in hunc modum: *Rogo te heres reſtituere illi hereditatem, ſi tibi mille dederit*, ſed dixerit hoc modo: *Heres, rogo te illi reſtituere hereditatem, acceptis ab eo* 1000. quæ verba non habent figuram conditionis, & acceptis ab eo 1000. titulo emptionis, veluti pretio reſtitutæ hereditatis, ſi hoc ſenſiſſe teſtatorem appareat, heres eam pecuniam computabit in quartam: quia pretium eſt loco hereditatis, & pretium habet vice hereditatis. Alter caſus eſt in *l. acceptis, eod. tit.* ſi etiam citra figuram conditionis aut titulum emptionis acceptis à Caio 100. quæ ſcilicet continebant quartam hereditatis, rogatus ſit Caio reſti- E tuere hereditatem: nam perinde eſt, ac ſi dixiſſet, accepta quarta reſtituas ei hereditatem. Igitur etſi ea 100. acceperit de manu Caij, tamen de hereditate capere videtur, & conſequenter, ea computat in quartam. Tertius caſus & vltimus eſt in hac *l.* 41. ſi quis ſeruus, liber eſſe iuſſus, implendæ conditionis cauſa heredi dederit de peculio ſuo. finge, ſeruum liberum eſſe iuſſum ſub conditione, ſi heredi dederit 100. & heredi decem de peculio dederit, quod tamen ei prælegatum non erat. Nam etſi peculium, quod ſeruo teſtamento manumiſſo prælegatum non eſt, ad heredem pertineat, *l.* 1. *C. de pec. eius qui lib.* tamen receptum eſt ſtatuliberum, id eſt, ſeruum, cui relicta eſt libertas ſub conditione dandi decem heredi, conditionem libertatis implere poſſe de peculio ſuo, ſiue heredi, ſiue alij dare iuſſus ſit,

l. 3. §. 1. & §. *cum igitur, l.* 13. §. 1. *de ſtatul.* Et ratio hæc eſt, quia viſum eſt prudentibus, id eſſe concedendum ſeruo, vt libertatis cauſa de peculio quaſi de patrimonio ſuo libertatis conditionem impleret, *l. ſi decem, eod.* Nam peculium quaſi patrimonium ſerui eſt, *l. hinc quæritur* §. 1. *l. peculium, de pecul.* Et vt ex peculio, quod pertinet ad venditorem ſerui, ſeruus ſe redimere poteſt, *l.* 4. §. 1. *de manum.* cur non etiam concedamus ſeruo teſtamento manumiſſo ſub conditione dandæ certæ pecuniæ heredi, vt ex peculio ſuo, licet pertineat ad heredem, impleat conditionem & perueniat ad libertatem? Id prudentes, vt ait *d. ſi decem*, exiſtimarunt poſſe concedi ſeruo ſine iniuria dominorum. Quod autem ita ſeruus dat heredi de peculio implen- B dæ conditionis cauſa, Papinianus ait hoc loco, heredem imputare in Falcidiam, totum ſcilicet quod accepit, ſi ſit heres ex aſſe, vel pro parte ſua, ſi ſit heres ex parte, vt Gloſſa notat recte ex *l. id autem, ad l. Falcid.* Id vero hanc rationem habet, quia cum peculium quod prælegatum non eſt ſeruo manumiſſo teſtamento, ipſo iure pertineat ad heredem, id quod ex eo capit heres de manu ſtatuliberi non mortis cauſa capere, ſed iure hereditario habere intelligitur, *d. l. id autem.* Ergo merito id imputabit in Falcidiam; & id eum habere iure hereditario patefacit, & probat adiiciens, *id quod heredi de peculio dat ſtatuliber implendæ conditionis cauſa, venire in petitionem hereditatis*, vt in *l. nec vllam* §. *ſed etſi, in fi. de pet. hered.* Ergo hereditarium eſſe; item venire in C reſtitutionem hereditatis ex Senatuſconſulto Trebelliano. vt ait Papinianus hoc loco: *Ergo hereditarium eſſe, & proficiſci ex hereditate defuncti, & ab herede pro herede poſſideri; denique iure hereditario capi, iure hereditario haberi.* Qua ratione & id etiam ſupra legitimum modum non capit, qui ex hereditate teſtatoris ſolidum capere non poteſt, *l. qui conditionis* §. 1. *hoc tit.* Ergo eſt ex ea hereditate, & merito computatur heredi in quartam. Et hoc cum oſtendiſſet Papinianus in hac lege, ſubiicit; *ex peculio datum videri, quod ſtatuliber ab alio donatum accepit ac dedit, & non tantum quod ipſe dedit heredi conditionis implendæ cauſa, ſed & quod alius dedit, nomine ipſius, præſente eo.* Quibus verbis Papinianus nihil aliud ſignificat, quam quocunque modo peculium adquiſitum ſtatuliber habuerit, vt ait *l.* 13. §. 1. *de ſtatulib.* ex eo eum dare poſſe heredi conditionis implendæ cauſa, & quod dederit heredi imputari in Falcidiam quaſi hereditarium peculium, quaſi hereditariam pecuniam. Nec obſtat huic ſententiæ Papiniani *l. quod conditionis* §. 1. *hoc tit.* quæ negat ex hereditate eſſe id, quod dedit ſtatuliber ex eo, quod quæſiuit poſt mortem teſtatoris, vel quod alius pro eo dedit de ſuo poſt mortem teſtatoris, quia ſcilic. non fuit in bonis, quæ teſtator habuit mortis tempore, non fuit in hereditate, quam reliquit moriens. Et ſane veriſſimum eſt, nec aliter ſentit Papinianus: nec enim quocunque tempore peculium habuerit acquiſitum viuo an mortuo teſtatore, vult, quod ex eo dedit heredi imputari in Falcidiam, quocunque tempore id quæſierit, ſed quocumque modo acquiſitum habuerit, dummodo id iam acquiſitum habuerit mortis teſtatoris tempore, vel donatum ſibi ab alio, & relatum in peculium, vel aliunde quæſitum, quod deinde det ipſi poſt mortem teſtatoris conditionis implendæ cauſa, vel alius nomine ipſius præſente eo. Si alius pro eo daret de ſuo, fruſtra deſideraretur eius præſentia: at ſi alius det de peculio eius, & nomine eius, exigitur præſentia eius, vt ipſe dediſſe videatur, ſicut conditione cautum eſt, ſi decem heredi dederit: alioquin non videretur impleta conditio, quæ vti concepta eſt, ita impleri debet, *l. qui heredi, de condit. & demonſt.* heredi dare iubetur: ergo alij dando non implet conditionem, & ipſe dare iubetur: ergo alius dando non implet conditionem, niſi det nomine eius præſente eo, quia prope eſt, ac ſi ipſe daret. Præſente me quod fit

meo nomine & tacente, ego facere videor: præſente me, quod fit meo nomine & tacente, ego facere videor: præſente me, ſi quis ſtipuletur mihi, ego ſtipulari videor, & valet ſtipulatio, *l. ſi procuratori, de verb. oblig. l. ſi dictum §. ſi præſente, de euictionib.* denique quod alius pro eo dedit de ſuo, vel quod ipſe dedit, non ex peculio ſuo, quod habuerit mortis tempore extra hereditatem eſt, & heredi, qui id accepit mortis cauſa, non imputatur in Falcidiam, vt *l. ſi mortis §. 1. qui & à quibus manum.* Quod autem ipſe vel alius pro eo dedit, eo præſente ex peculio, quod habuerit mortis teſtatoris tempore, quia id heres intelligitur capere iure hereditario, debet etiam id computari in Falcidiam.

Ad l. 22. de appell.

Ad principem remiſſa cognitio, ab eo circumduci poteſt qui remiſit.

PErtinet hæc lex, ſicut & *l. 26. hoc tit.* ad illam partem tituli huius, quæ eſt de relationibus, non ad partem de appellationibus, vt Gloſſa putat, quæ tota delenda eſt in hac lege. Nam iudex cauſam, de qua non pronuntiauit, nec pronuntiare audet certas ob cauſas, certis quibuſdam rationibus, per relationem remittit & reiicit ad Principem, *la renuoye au conſeil priué.* Et vt quamlibet interlocutionem mutare iudex, tollere & circumducere poteſt, *l. quod iuſſit, de re iud. l. dicere, de recept. arb.* ita & illam interlocutionem, qua cenſuit cauſam eſſe remittendam ad cognitionem Principis, mutare & circunducere poteſt. Et hoc eſt quod ait, *Ad Principem remiſſam cognitionem ab eo circunduci,* hoc eſt, obliterari, *poſſe, qui remiſit.* Denique eum, qui rem ad Principem remiſit cognoſcendam, mutata voluntate ipſam cauſam diſceptare poſſe, ſi modo ab eius notione non ſit prorſus aliena. Baſilica ſic interpretantur: *ὁ δικαστὴς ἀναπέμψας βασιλεῖ διάγνωσιν ὑποθέσεως δύναται τεμεῖν αὐτήν. Iudex, qui remiſit ad Principem cognitionem cauſæ, eam ipſe dirimere poteſt*, nec tranſmittere ad Principem, vt initio conſtituerat, & dixerat vtrique parti. Verum addit *l. 26. h. t.* hoc fieri debere conſentientibus partibus, non inuitis, ſi forte eorum interſit, Principem cauſæ diſceptatorem habere. Et idem ſtatuere licet, ſi quis iudex quos cenſuerat remittẽdos non ad Principẽ, ſed ad Præfectum vrbi, vel alium iudicem, non quod cauſa ad eius cognitionem non pertineat, quia tunc plane non poteſt ſe interponere, ſed debet cauſam remittere ad competentem iudicem, ſed cum etiam notio ad eum pertinet, vt Diuum Marcum legimus apud Iulium Capitolinum Curatoribus regionum & viarum dediſſe poteſtatem, vt vel ipſi punirent, vel ad Præfectum vrbi puniendos remitterent, & eos reiicerent, quia vltra vectigalia quicquam ab aliquo exegiſſent, vt Præſes quoque prouinciæ, militem, de quo ſtatuere potuiſſet, ſi voluiſſet, criminis reum aliquando remitti ad ducem ſuum, vel magiſtrum militum, *l. 3. de re milit. l. de militibus, de cuſtod. reor. l. vlt. de accuſat. l. 1. C. de exhibend. reis.* vt & Præſes prouinciæ eum, qui deliquit in ſua prouincia, de quo ſane potuit ſtatuere, interdum remittit ad Præſidem prouinciæ, ex qua ille oriundus eſt, *l. non dubium §. vlt. de cuſtod. reor.* Verum in ea ſententia perſtare non cogitur, ſed de eo etiam, quem rẽmittendum cenſuit ad alium iudicem, cum & ad ipſum notio pertineat, poſtea mutata ſententia decernere poteſt.

Ad l. 219. de verb. ſignif.

In conuentionibus contrahentium voluntatem potius quam verba ſpectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locauerint, vt ad heredem eius qui ſuſcepit, A *pertineret: ius heredum ad legatarium quoque transferri potuit.*

CVratores reipub. vel magiſtratus municipales, agrum ciuitatis vectigalem, hoc eſt, quem ſolent municipes dare in emphyteuſin, qui contractus eſt ſatis frequens, aut iure emphyteutico locari ſolitum, locauerunt in perpetuũ, ea lege, vt ad heredes conductoris pertineret, ſoluto Reipubl. annuo vectigali & canone. Certiſſimum eſt, in hoc contractu heredem intelligi in infinitum per multas ſucceſſiones, vt in *l. 65. & 70. hoc tit.* Igitur certum eſt ius *ἐμφυτεύσεως*, ex lege huius conuentionis ſiue contractus transferri in heredem heredis & vlteriores heredes, aut bonorum poſſeſſores, quia loco heredum B ſunt. At quæritur, an transferri etiam hoc ius prædij vectigalis, ſiue ius emphyteuticum poſſit in legatarium, puta conductore, vel herede eius legante fundum vectigalem alteri, quo genere non legat proprietatem, quæ Reipubl. eſt, ſed ius emphyteuticum, quod in eo agro habet. Et reſpondet Papinianus, ex hac conuentione & ius emphyteuticum poſſe transferri in legatarium, idque aliquatenus confirmat *l. ſi domus 74. §. vlt. de leg. 1.* Nec obſtat, quod in lege locationis, facta eſt mentio heredis tantum, non legatarij, & quod vt hereditatis nomine non continetur legatum, *l. ſi Titius, de leg. 3.* ita heredis nomine non videtur contineri legatarius, ergo lex conuentionis non continet legatarium, ac proinde emphyteuſin non poſſe transferri in legatarium. Etſi enim ita eſt ſi ſpectes verba; tamen ex mente contrahentium, quæ verbis C potior eſt, Papinianus ait, ius emphyteuticum etiam in legatarium poſſe transferri, quia id actum videtur inter contrahentes, quod fit vulgo in locandis & conducendis agris vectigalibus, vt perpetua ea locatio eſſet, vtque tranſiret in quemlibet ſucceſſorem ex ſupremo iudicio defuncti emphyteuticarii. Et hæc eſt ſententia legis. Alciatus putat, etiam hoc ius in ſpecie propoſita poſſe transferri in donatarium. Ego ſubſiſto: quia facile mihi perſuadeo, videri quidem contrahentes, qui heredi cauerunt, etiam cauiſſe aliis ſucceſſoribus, qui modo heredi ſimiles eſſent, vt legatario vel fideicommiſſario, quia, vt heres eſt ſucceſſor ex voluntate vltima & iudicio defuncti; ſunt in hoc ſimiles, heres & legatarius, in cæteris diſſimiles; fateor; quia heres eſt ſucceſſor iuris, legatarius ſucceſſor rei. D At non credam eos cauiſſe per omnia diſſimili ſucceſſori ab herede, vt puta donatario vel emptori qui ſucceſſor eſt ex contractu, vel ex liberalitate viuentis, non ex vltima voluntate, *l. de acceſſionibus, de diuerſ. & temporal. præſcri.* Non nego, quin ius emphyteuticum poſſit alii donari, aut vendi ſaluo iure vectigalis, *l. 1. C. de fund. patrimon. lib. 11.* Sed dico in ſpecie propoſita, neque ex verbis, neque ex mente contrahentium eſſe, vt, quod ad heredem pertinere cauemus, pertineat etiam ad ſucceſſores heredi diſſimiles per omnia. Et quod dicitur ſtatuliberum, qui heredi dare iuſſus eſt, emptori dando, cui heres vendidit, implere conditionem, hoc lex XII. Tabul. nominatim induxit fauore libertatis, *l. ſtatuliberum §. vlt. de ſtatulib.* & Vlpianus lib. regul. eod. tit. E Porrexit lex nomen heredis ad emptorem & emptoris rurſus nomen produxit ad omnem dominum ſtatuliberi: proinde & heredis quoque nomen produxit & pertulit ad legatarium & donatarium, & emptorem, & omnem omnino, qui quoquomodo dominium in ſtatulibero nactus eſt, vt ei dando, qui heredi dare iuſſus eſt, adipiſceretur libertatem. Legis eſt augere & producere vim, & ſignificationem verborum. Hæc eſt lex vltima huius libri. At hoc nondum eſt explicaſſe leges ſumptas ex eo libro, ſed explicandi etiam ſunt loci, in quibus Papinianus libro 2. reſponſor. ab aliis auctoribus citatur.

Ad §. fed & quod Papinianus l. 7. de minoribus.

Sed & quod Papinianus libro 2. Refponf. ait, minori fubftitutum feruum neceffarium, repudiante quidem hereditatem minore neceffarium fore: &, fi fuerit reftitutus minor, liberum nihilominus manere: fi autem prius minor adijt hereditatem, mox abftentus eft, fubftitutum pupillo feruum cum libertate, non poffe heredem exiftere, neque liberum effe, non per omnia verum eft, nam fi non eft foluendo hereditas, abftinente fe herede, & Diuus Pius refcripfit, & Imperator nofter, & quidem in extraneo pupillo, locum fore neceffario fubftituto, & quod ait liberum manere, tale eft, quafi non & heres maneat, cum pupillus impetrat reftitutionem, pofteaquam abftentus eft; cum enim pupillus heres non fiat, fed vtiles actiones habeat, fine dubio heres manebit, qui femel extitit.

VLpianus in l. 7. §. *fed quod Papinianus, de minorib.* refert, Papinianum hoc libro 2. tractaffe hanc fpeciem. Finge: Quidam extraneus L. Titium minorem xxv. annis puberem vel impuberẽ, heredem inftituit, & vulgariter ei fubftituit cum libertate Stichum feruum fuum hoc modo: *L. Titius heres efto, fi L. Titius heres non erit, feruus Stichus meus liber & heres mihi efto.* Hæc eft fubftitutio vulgaris. Minor repudiauit hereditatem, & abftinuit hereditate, & confeftim feruus vocatus eft ex fubftitutione vulgari, & defuncto factus heres neceffarius, fimul ac factus eft liber, quia cum libertate ei fuit relicta hereditas, nec fine libertate potuit relinqui. At poftea minor reftitutus eft in integrum refciffa repudiatione, vel abftentione, vt hereditatem obtineret, quam inconfulto repudiauit, Papinianus ait, iure reftitutionis in integrum eum ablaturum feruo bona hereditaria, quæ occuparat iure fubftitutionis; non etiam libertatem, quæ femel ei obtigit ex teftamento, fed ablatis bonis nihilominus, inquit, liber remanebit. Et ita Papinianus refpondit, quem reprehendit Vlpianus vel calumniatur, quafi voluerit Papinianus, quod fane non credo voluiffe, propterea quod tantum fcripfit liberum eum manere: liberum quidem eum manere, fed non heredem fcripfifti, inquit, Vlpianus, liberum eum manere, non adiecifti etiã eum heredem manere. Ergo exiftimafti eum heredem non manere; quod falfum eft, quia heres manet, qui femel exftitit fecundum regulam iuris, femel heres, eft in perpetuum heres, *l. ex facto §. vlt. de vulg. fubftit. l. ei qui foluendo. de hered. inft.* Ergo liber & heres manet ipfo iure, fed habet tantùm nudum nomen heredis, quia heres eft fine re, propterea quod minor ei rem abftulit per reftitutionem in integrum; at iure & nomine fane heres eft; & Prætor minorem in integrum reftitutum non potuit facere heredem, quia Prætor non facit heredem, fed bonorum poffefforem, §. *quos autem, Inftit. de bon. poff.* Ergo minorem reftitutum non facit heredem, fed tantum tuebitur eum tanquam heredem, non datis directis actionibus, fed datis vtilibus actionibus, quia non eft heres, fed vt qui extitit ex fubftitutione, non eft heres, fed quafi heres, ideo vtiles, id eft, quafi hereditariæ actiones ei dantur, *l. 2. §. interdum, de vulg. fubftit.* At quid dicemus è contrario, fi prius minor 25. annis adierit hereditatem, mox abftentus fit beneficio reftitutionis in integrum? Et hoc cafu Pap. refpondet, feruum fubftitutũ non poffe ad hereditatẽ venire ex fubftitutione vulgari, quia ea fubftitutio perempta eft aditione hereditatis inftituti, *l. poft aditam, C. de imp. & aliis fubftit. l. 6. C. de legat. l. 13. C. de fideicommiff.* nec reftituto minore aduerfus aditionem, reftituitur fubftitutio, quæ interiit femel. Non eft regreffus, vt Dialectici dicunt, à priuatione ad habitum; & confequenter refpondet Papinianus, eum feruum non poffe peruenire ad libertatem, quia ei relicta eft à gradu fubftitutionis, & à femetipfo, vt fublato eo gradu per aditionem plane fit neceffe etiam extingui libertatem. Et alia eft ratio *l. 2. de manummiff. teft.* quia in eius legis

A fpecie feruo fubftituto vulgariter, libertas relicta fuit. & à primo & à fecundo gradu, ideoque licet repellatur à fecundo gradu, h. e. à fubftitutione vulgari, tamen non repellitur à libertate, fed ad eam peruenit ex primo gradu, quia vtroque relicta fuit. At in propofito cafu fuit tantum relicta libertas à fecundo gradu, & ideo aditio minoris, qui adiuit ex teftamento, ex inftitutione, exclufit feruum tam hereditate quam libertate. Exclufit etiam legitimum heredem, quia vbi extitit heres ex teftamento, remouetur legitimus. Confequens eft igitur, vt in propofito cafu fifcus vocetur ad ea bona, tanquam vacantia, vt in *l. vlt. de fucceff. edic.* At hoc quoque refponfum vellicat Vlpianus, dicens non effe per omnia verum, effe partim verum, partim falfum. Nam in propofito cafu, fi hereditas foluendo non fit, & ideo pericu- B lum fit, ne bona veneant à creditoribus defuncti nomine, quod olim defuncto irrogabat infamiam, (id eft certiffimum, ex oratione pro Quintio & ex Inftit. duobus aut tribus locis) ex refcripto Diui Pij & Anton. feruum fubftitutum minori etiam poft aditionem minoris, qui poftea fe abftinuit, vocari ad hereditatem iure fingulari, famæ defuncti conferuandæ caufa: ne fcilicet, nullo exiftente herede, nempe exclufo feruo fubftituto aditione inftituti ipfo iure, & pariter exclufo legitimo herede, & fifco vtique non vindicaturo hereditatem, quæ non eft foluendo, ne bona veneant defuncti nomine, fed ferui potius nomine: vocari feruum non tam ex fubftitutione, quæ expirauit ipfo iure, quam ex illo refcripto: ficut ex Nouel. Iuftiniani, *de hered. & Falcid.* alio cafu iure fin- C gulari poft aditionem fubftitutus vocatur. Et fit igitur feruus ille liber, & heres veluti ex teftamento, quia refcriptum illud heredem facere poteft. Princeps heredem facere poteft, & vere facit, tanquam ex teftamento, fed reipfa non magis hereditatem quam infamiam confequitur, vt ait *l. 3. C. Theod. de inoffic. teft.* quoniam ferui nomine bona veneunt, atque ita feruus infamabitur, idemque liber nuper factus. Et fane à refponfo Papiniano hic cafus excipiendus eft, ergo huic refponfo non eft locus aliter, quam fi foluendo fit hereditas. Locus eft elegantiffimus: cætera funt facilia.

D

Ad l. 20. de minorib.

Papinianus lib. 2. Refponfor. ait: exuli reuerfo non debere prorogari tempus in integrum reftitutionis ftatutum: quia abfuit, cum potuerit adire prætorem per procuratorem. Nec dixit, vel præfidem vbi erat. Sed quod idem dicit, & indignum effe propter irrogatam pœnam, non recte. Quid enim commune habet delictum cum venia ætatis? fi quis tamen maior 25. annis intra tempus reftitutionis ftatutum conteftatus poftea deftiterit: nihil ei proficit ad in integrum reftitutionem conteftatio: vt eft fæpiffime refcriptum.

IDem ex eodem libro citatur in *l. 20. eod.* in hac fpecie; minor 25. annis circumfcriptus in negotio aliquo, deinde ex delicti caufa relegatus in exilio confumpfit legitimam ætatem, & tempora petendæ reftitutionis in E integrum: Quæritur, an reuerfus ab exilio pofsit reftitui in integrum poft tempora petendæ reftitutionis in integrum, ob id, in quo circumfcriptus fuit ante relegationem, prorogato ei tempore reftitutionis in integrum, quo affuerit? (vt Florentiæ fcriptum eft prifco more, *affuit* pro *abfuit*, quod non intellexit Accurfius, & ita in *l. curator, de tut. & cur. datis*, curator pupillo dari poteft, fi tutor eius *affuerit* pro *abfuerit* fine dubio.) Refpõdet autem Papinianus non poffe eum reftitui in integrum redeuntem, hac ratione, quæ etiam proponitur in relegato in *l. fed etfi per procuratorem §. 1. quib. ex cauf. maior.* quia imputatur relegato, cur non intra tempora petendæ reftitutionis in integrum per procuratorem eam petierit à Prætore: nam relegatus potuit facere procuratorem ad petendam reftitutionem in integrum,

cur non fecit? Per procuratorem eam obtinuisset à Prætore; non adiecit à Præside, vbi erat, vbi pœna fungebatur. Et recte hoc non adiecit, nec reprehenditur, vt Glossa existimat ab Vlpiano, quia hoc non adiecit, quia nec potuit à Præside prouinciæ, in quam relegatus erat, impetrare restitutionem ex negotio gesto in vrbe, & non in ea prouincia: ergo non dixit ei imputari, qui non petierit restitutionem à Præside prouinciæ, in quam relegatus erat, sed quod eam non petierit sibi dari in vrbe ipsa, & ciuitate quam retinuit à Prætore per procuratorem suum. Verum Papinianus addit aliam rationem; quia indignum est, eum restitui propter pœnam exilii ei irrogatam, quod scilicet in exilio consumpserat tempus petendæ restitutionis. Hanc secundam rationem reprehendit Vlpianus: quia causa restitutionis separata est à causa pœnæ. & non obstat vllo modo altera alteri, sed causæ restitutionis obstat sola temporis præteriti ratio.

Ad §. Papinianus l. 8. de inoff. test.

Papinianus libro 2. Respons. ait, contra veterani patris familias testamentum, esse inofficiosi querelam, etsi ea sola bona habuit quæ in castris quæsierat.

IN hoc §. ex libro secundo Responsor. Papiniani refertur, quod est facillimum; primo, contra testamentum veterani patrisfamil. in quo exheredauit filium, posse filio exheredato dari querelam inofficiosi testamenti, etiamsi is veteranus habuerit tantum bona castrensia, de quibus sit testatus iure communi, non iure militari intra annum missionis, quod est certissimum. Et caute ait; *veterani patrisfamil.* Nam contra filiifamil. testamentum, qui testatus est de castrensi peculio non daretur querela inofficiosi testamenti, *l. vlt. C. eod. tit.*

Ad §. vnde ead. l.

Non male Papin. lib. 2. responsor. refert, si heres fuit institutus, & rogatus restituere hereditatem: deinde in querela inofficiosi non obtinuit: id quod iure Falcidiæ potuit habere, solum perdere.

EST etiam facile, quod est in §. *vnde.* qui egit querela inofficiosi testamenti & non obtinuit, perdit id omne, quod ex testamento ferre potuit iure legati, aut fideicommissi, vel iure Falcidiæ, vel alio modo vt in §. *meminisse, ead. l.* Finge, filium fuisse heredem institutum & rogatum post mortem patris restituere hereditatem L. Titio. est institutus, sed nihilominus agere potest querela quasi exheredatus, quod mox rogatus sit hereditatem restituere alteri: Et forte non sufficiet Falcidia legitimæ portioni. Finge, fuisse heredem ex parte tantum, & rogatum partem restituere confestim, & ideo egisse querela aduersus fideicommissarium, quod eum posse probat *l. 1. C. de inoff. testam.* sed non obtinuisse, quid fiet? Perdet ne Falcidiam? sic videtur, vt in *l. 5. §. pen. de his quib. vt indig.* perdet Falcidiam, vt nihil ferat ex testamenti causa, ex testamento, qui testamentum in vanum accusauit & quantum in ipso fuit, euertit. Dodrans autem seruabitur fideicommissario, nec cedet fisco, non fiet hæc iniuria fideicommissario, vt ei fiscus auferat dodrantem, sed fiscus auferet tantum filio, qui non obtinuit quadrantem, id est Falcidiam, vt indigno.

A

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIA in Lib. III. Responsorum Æmilij Papiniani.

Ad l. 68. de procur.

B *Quod procurator ex re domini, mandato non refragante, stipulatur: inuito procuratore dominus petere potest.*



HVius legis est vnus tantum versus, maxime tamen operosus. Primum enim, quia in Basilic. *lib. 8. tit. 2.* sententia huius legis negatiue concipitur hoc modo; *Quod procurator ex re domini non refragante mandato stipulatur: inuito procuratore, dominus petere non potest*; videndum est, vtra sit verior, negatiua an affirmatiua. Etiam videndum est, quid sit ex re domini stipulari; & cur adiecta sint illa verba, *non refragante mandato.* & procurator, qui proponitur stipulatus aliquid ex re domini, vtrum sibi sit stipulatus an domino? an quidquam intersit sibi, an domino stipulatus sit? ac præterea videndum est, quo referantur, quidve significent illa verba, *inuito procuratore?* Prima & principalis C quæstio, quæ profligabit cæteras omnes, est de veritate scripturæ, quoniam non affirmatiue, vt vulgo, sed negatiue legitur in Basilicis: *Inuito eo dominus petere non potest*, his verbis, ἄκοντος αὐτοῦ ἀπαιτεῖν ὁ δεσπότης οὐ δύναται. Pro negatiua facit omnino *l. possessio quoque §. vlt de acquir. poss.* quæ de procuratore loquitur, qui rem emit ab aliquo mandato aut voluntate domini, nec distinguit ex pecunia domini emerit, an pecunia sua vel aliena; ergo loquitur etiam de procuratore, qui rem emit ex pecunia domini, vt fit plerumque, ex re domini, & stipulatus est duplam euictionis nomine; & tamen lex ait, re euicta actionem euictionis contra venditorem domino non dari inuito procuratore. vtitur iisdem verbis idem auctor, D re euicta actionem ex stipulatu de dupla non dari domino inuito procuratore, hoc est, sine cessione procuratoris, vt ipsa lex interpretatur. Cæterum cogitur eam cedere per actionem mandati, & tamen eam actionem procurator parauit ex re domini, id est, ex pecunia domini empta re, & parauit sibi, atque quæsiuit eam actionem, quia emit sibi: alioquin si domino emisset, nihil egisset *l. multum, C. si quis. alt. vel sibi.* quia si domino emisset, neque sibi emisset, quia noluit sibi emere, & cessat voluntas eius, qua cessante sibi non emisset, nec domino iure prohibente, quia alteri liber homo emit inutiliter. & quod ait *d. l. multum*, ei est simile, quod proponitur in *l. si genero, C. de iur. dot.* Pro negatiua etiam facit, quod si ex re domini parata actio procuratori domino competit inuito procuratore, semper per procuratorem domino acquirerentur actiones; quia quicquid procurator gerit, E id omne consistit in re domini, in administratione rerum domini: & nihil interest, ex re dicatur, an in re, *vt l. homo liber, §. 1. de acqu. rer. dom.* & Græci hoc loco, ἐν τοῖς πράγμασι τοῦ δεσπότου. At regula iuris est: Per procuratorem non semper nobis acquiri actiones *l. 72. hoc tit. non semper.* hoc est plerumque non acquiri, vt in *l. solutum §. per liberam, de pig. act.* Initio ait, *per liberam personam, veluti per procuratorem plerunque non acquiri actionem.* & in fine, *non semper adquiri actionem*, sicut etiam in *l. 5. C. de cont. stip. non semper ex nuda pactione actionem nasci*, quæ regula iuris esse dicitur in *l. iurisgentium, de pact.* Regulæ iuris constituuntur ex iis, quæ fiunt plerunque, ἐπὶ τὸ πλεῖστον. Tertio loco confirmatur etiam negatiua hoc ar-

gumento: iure ſingulari receptum eſt vtilitatis gratia, A propter crebrum & neceſſarium vſum creditæ pecuniæ, propter quam & pleraque alia ſingularia recepta ſunt in credita pecunia, vt ait *l. ſingularia, de reb cred.* vt ſcil ex cauſa creditę pecuniæ indiſtincte, ſiue ea pecunia fuerit domini ſiue procuratoris, vt patet ex *l. 126. §. Chryſogonus, de verb. oblig.* vt inquam, ex ea cauſa domino ipſo iure ſine vlla ceſſione vt ait *l. 2. C. per quas perſ. nob. adq.* vt inquam, ex ea cauſa domino ipſo iure ſine ceſſione procuratoris eo inuito acquiratur actio creditæ pecuniæ, ſi modo eius nomine credita ſit: ipſo iure dominus inuito procuratore habet actionem creditæ pecuniæ ſi certum petetur ex numeratione, ſiue condictionem ex mutui cauſa; ergo iure communi ſi nomine ſuo non domini procurator pecuniam domini det mutuam, vel etiam ſi ex alia cauſa procurator ex pecunia domini ſibi quærat actionē B non domino; ea domino ſine ceſſione procuratoris & mandato non competet, *d. §. Chryſogonus,* At ſpecialiter etiam ea negatiua confirmatur ex eod. §. *Chryſogonus.* Nā ex illo § patet, etiamſi libertus rem agens patroni ſui, patroni mutuam pecuniam dederit & ſtipulatus ſit, patrono eam pecuniam reddi, neque patrono acquiri actionem ex ſtipulatu, quia alteri liber homo ſtipulatur inutiliter, qualis eſt libertus qui iuri noſtro ſubiectus non eſt, neque bona fide nobis ſeruit; neque acquiri liberto actionem ex ſtipulatu, qui non ſibi eſt ſtipulatus: denique ſtipulando patrono nihil egit, vel etiamſi libertus ſtipulatus ſit, vt ille §. ponit, in vſuris, quas ait libertum ſibi ſtipulatum videri, hoc caſu patrono ſine ceſſione liberti nō datur actio ex ſtipulatu. Cæterum libertus compelli po- C teſt, vt eam cedat per actionem mandati, vt in *d. l. poſſeſſio quoque §. vlt.* At ſine ceſſione ex ſtipulatione procuratoris ſibi facta, dominus ſuo iure nullam actionem habet, etiamſi eius pecunia fuerit, quam negotiatus eſt libertus. Denique ille §. oſtendit, ex re domini ſibi liberto ſtipulante inuito patrono, non dari actionem, & quod ille §. ait de vſuris, id confirmat exemplum, quo vtitur Gloſſa hoc loco, dum ſtipulari ex re domini interpretatur ſtipulari fructus vel vſuras ex re domini: fructus veluti partem fructuum vel certam penſionem locato prædio domini patrono partiario; vel conſtituta pecuniaria mercede, certoque pretio, (alij enim colunt nummis, alij colunt parte frugum locatori data, qui dicuntur coloni partiarij) vel etiamſi ſtipuletur vſuras pecunia domini D fœnori occupata, vt vult Accurſ. ſi ſtipulatur ex re domini. Et vſurarum exemplum, vt dixi, confirmat ille §. *Chryſogonus.* Cōfirmare etiam Theoph. videtur in *§. de iis, Inſt. per quas perſonas nobis acquir.* Bartolus hoc loco male reiicit illud exemplum vſurarum, quod ex pecunia domini vſura non proueniat; non prouenit quidem pecuniæ vſura natura, *l. ſi nauis, de rei vindic. l. vſura, de verb. ſignif.* Quia pecuniam pecunia naturaliter non generat; qua ratione Ariſtoteles dicit, vſuram eſſe contra naturam; ſed prouenit vſura tamen iure obligationis, & quaſi fructus reditusve pecuniæ eſt, *l. 3. de vſufr. ear. rer. l. alumno, de alimen. leg.* Ergo recte dices, ex re domini ſtipulari procuratorem, qui credita pecunia domini ſtipulatur vſuras, quia vſuræ pecuniæ fructus eſſe intelliguntur iure ciuili. Addamus etiam alia argumenta, ne videamur te- E mere illam negationem admittere. Confirmatur belle negatio in libris Baſil. ex eo quod, vt ex re mea mihi liber homo acquirat actionem, quam ſibi vt quæreret ſatagit nominatim, hoc tantum receptum eſt iure ciuili in libero homine, qui mihi bona fide ſeruit, qui ſe putat eſſe ſeruum, me etiam exiſtimante eum eſſe ſeruum, qui quod ſtipulatur ſibi ex re mea, mihi acquirit. Et hoc conſtitutum eſt, vt ait *l. iuſto, de vſurp. & vſucap.* in eo tantum homine, qui bona fide nobis ſeruit, adeo, vt nec per liberum hominem, quem filium meum, & in mea poteſtate eſſe exiſtimo, mihi ex re mea acquiratur actio, *l. per eum, in princip. de acquir. poſſeſſ.* & ratio explicatur in *d. l. iuſto,* cur per liberum hominem, quem poſſidemus vt ſeruum, acquiramus ex re noſtra, & tamen per liberum hominem, quem poſſidemus vt filiumfamil. non acquiramus ex re noſtra. Vnde reſtat & per procuratorem meum non acquirere me actionem ex re mea. Et poſtremo cum negationem corroborem tot teſtimoniis, & argumenta adfirmatiua nuda ſint, & deſtituta omni adminiculo, dicamus veriorem eſſe negationem. Et, ne qua dubitatio redeat, legem hanc eſſe accipiendam de procuratore, qui ex re domini ſtipulatur partem fructuum locato fundo domini, vel qui ſtipulatur vſuras, credita pecunia domini, vel qui vendita re domini, ſtipulatur pretium dari ſibi ſoli, vt *l. liber homo §. vlt. de ſtipul. ſeru.* vel qui pecuniam domini mutuo dat ſuo nomine, & ſibi reddi ſtipulatur. De procuratore igitur hanc legem loqui dicamus, qui ex re domini ſtipulatur, non refragante mandato, hoc eſt, etiam ſi hoc faciat voluntate domini vel mandato: vt ſcilicet, id, quod ſtipulatus fuerit, volente domino ex re domini, dominus inuito procuratore, id eſt, ſine ceſſione actionis ex ſtipulatu petere non poſſit. Ex quo etiam apparet loqui Papinianum de procuratore, qui ſibi ſtipulatus eſt ex re domini, alioquin non poſſet cedere actionē, & ceſſionis ſignificatio ineſt illis verbis, *inuito procuratore;* atque ideo non loqui Papinianum de procuratore, qui domino ſtipulatur. Multum enim intereſt domino ſtipuletur, vt cuſtodite ait *l. 3. C. de contrah. ſtipulat.* an ſibi ſtipuletur etiam ex re domini. Nam ſi domino abſenti ſtipuletur, nihil omnino agit, vt ait *l. 3. C. de contrah. ſtipul. l. 3. C. de inutilib. ſtip.* Quoniam ſi præſenti ſtipuletur, præſens ipſe ſtipulatus videtur, & valet ſtipulatio, eique actio competit quaſi ex ſuo ſtipulatu, vt diximus in l. *quod ſtatulib, de mort. cauſ. donat.* Alioquin qui domino, licet ex re domini, abſenti ſtipulatur, nihil omnino egit, & prorſus inutilis ſtipulatio eſt, *l. quæcunque, de obl. & act.* exceptis caſibus certis, quibus ex æquitate datur domino vtilis actio; quos adnotare hoc loco non eſt neceſſe, quoniam tota quæſtio eſt de procuratore, non qui domino ſtipuletur, ſed qui ſibi ſtipulatur. Procurator etiamſi ſtipulatur ex re domini, & voluntate, iuſſu, mandato domini abſentis, non nihil agit, quia ſibi aquirit actionem, eamque domino cedere debet & præſtare cogitur actione mandati; alioquin domino ipſo iure, neque directa, neque vtilis competit actio procuratore ſtipulante ſibi ex re domini. Et hoc quidem regulariter verum eſt, & hæc etiam lex habet formam, & ſpeciem regulæ; ſed quidam ſunt caſus, quibus & ſine ceſſione domino competit actio vtilis cauſa cognita, etiamſi ſibi procurator ſtipulatus ſit, ſi ſtipulatus ſit, vt ſit, ex re domini, vt ſeruatur in omnibus ſtipulationibus Prætoriis vtilitatis cauſa, quoniam eas plerumque interponimus per procuratorem, veluti ſtipulationem iudicatum ſolui, vel de rato, vel damni infecti. *In prætoriis ſtipulationibus,* inquit, *l. 5. de præt ſtip.* (cuius pars eſt *l. damni §. vlt. de damn. inf.*) *non ergo in conuentionalibus, ſed in Prætoriis hoc obſeruatur,* inquit, *contra regulam iuris, vti cauſa cognita non paſſim domino detur vtilis actio,* licet procurator ſuo nomine ſtipulatus ſit; idque probat *l. in cauſa §. vlt. & l. ſeq. h. t.* Additur etiam alius caſus in *d. l. 5. de præt. ſtipu.* cum ſcil. dominus ex contractu procuratoris ad exemplum inſtitoriæ actionis, tenetur actione ex contractu, licet ſibi contraxerit procurator, & ſit procurator ſoluendo, nam cum is procurator veluti inſtitor eſt, ex contractu eius, omiſſo procuratore, ei, qui cum eo contraxit, eſt vtilis actio inſtitoria in dominum, quam expoſui ante lib. 1. in *l. liberto, in prin. de neg. geſt.* Hoc vero caſu æquum eſt, vt etiam ex contrario domino detur actio vtilis in eos, qui cum procuratore contraxerunt, maxime ſi procurator non ſit ſoluendo, id eſt, ſi rem à procuratore ſeruare non poſſit, vt in *l. Iulianus §. ſi procur. de act. emp. l. 1. in fi. & l. 2. de inſt. act.* Eſt etiam tertius caſus ſingularis, ſi procurator militis, pecuniam militis mutuam det, & ſibi

reddi stipuletur, nam receptum est fauore militiæ, vt & sine cessione militi competat actio vtilis creditæ pecuniæ, *l. si pecuniam, de reb. cred.* sicut in tutore & curatore est receptum fauore minorum, vt si pecuniam pupilli crediderint & sibi stipulati sint, vel si ex pecunia pupilli sibi emerint fundum, vt pupillo detur repetitio creditæ pecuniæ etiam inuito tutore vel curatore, sine vlla cessione, vel vtilis vindicatio rei emptæ sua pecunia, *l. 2. quando ex fact. tutor.*

Ad l. 32. de neg. gest.

Fideiussor imperitia lapsus, alterius quoque contractus, qui personam eius non contingebat, pignora vel hypothecas suscepit: Et vtramque pecuniam creditori soluit existimans indemnitati suæ, confusis prædijs, consuli posse. Ob eas res iudicio mandati frustra conuenietur, & ipse debitorem frustra conueniet, negotiorum autem gestorum actio vtrique necessaria erit. In qua lite culpam æstimari satis est, non etiam casum: quia prædo fideiussor non videtur; creditor ob id factum ad restituendum iudicio, quod de pignore dato redditur, cum videatur ius suum vendidisse, non tenebitur.

SVnt in hac lege duo responsa Papin. quorum primo adiungemus aliud ex eod. lib. quod est in *l. 1. inf. de pignorib.* secundo adiungemus aliud ex eod. lib. in *l. 25. depos.* In ponenda specie primi responsi interpretes nullo modo inter se conueniunt. aliam speciem ponit Paulus Cast. aliam atque aliam incertus atque inconstans Odofredus, cæteri quique suam, nec vlli eam tenere videntur, propterea quod nec verba eius legis tenent, quod apparet potissimum in illis verbis; *Confusis prædijs*, quæ sic Paulus interpretatur, *retentis prædiis, repetitis*, quod, quis non rideat? alij, *confusis prædiis*, id est, *confuse obligatis*; alij *confusis prædiis*, h. e. *confuse liberatis & repignoratis*. Species verissima hæc est: Creditor, cui debebat quidam pecuniam ex duobus contractibus sub diuersis pignoribus vel hypothecis prædiorum, in vnum tantum contractum fideiussorem accepit, non in vtrumque contractum. Dico eum fideiussorem accepisse in vnum contractum, non in vtrumque. Pignora autem singula, siue prædia singula pignori accepisse in singulos contractus, non eadem in vtrumque contractum: nam si eadem prædia pignori creditor accepisset in vtrumque contractum, fideiussor conuentus non posset vlla pignora in se transferre, aut compellere creditorem, vt in se transferret, nisi soluta vtraque pecunia, quia in vtramque pecuniam eadem pignora tenentur creditori, & ita est proditum in *l. 2. C. de fideiuss.* At si singuli contractus sua habuere pignora, potuit fideiussor soluta pecunia, in quam fideiussit, eius contractus pignora ad se traducere, non soluta altera pecunia, in quam non fideiussit, & ita debuit versari in illo negotio, quia fideiusserat in vnum contractum tantum, debuit soluere pecuniam ex eo contractu debitam, atque ita ad se traducere pignora eius contractus, de altero contractu, aliisve pignoribus non curare. At, vt ponitur in hac l. fideiussor imperitia lapsus, ex vtriusque contractus causa, quamuis in vtrumque non fideiussisset, vtramque pecuniam soluit creditori, atque ita vtriusque contractus pignora, vtraque prædia à creditore suscepit titulo emptionis, vt fit, *l. 2. l. 5. §. vlt. de distrah. pign.* In quo fuerit imperitia lapsus, valde diligenter quærunt interpretes, non animaduertentes Papinianum ipsum, in quo ipse fideiussor fuerit imperitia lapsus, soluendo vtramque pecuniam, & liberando vtraque pignora, satis demonstrare, dum ait, *existimans indemnitati suæ confusis prædiis consuli posse*; In quo est imperitia lapsus, aut cur est imperitia lapsus? Quia, inquit, existimauit indemnitati suæ confusis prædiis consuli posse, non errauit in facto, vt quidam volunt, non

A ignorauit, se in vnam tantum causam fideiussisse, non in vtramque, sed minus perite suæ indemnitati prospexit, dum existimauit, se id quod solueret creditori melius seruare posse, confusa ratione vtriusque pecuniæ & vtriusque hypothecæ, & vtrisque prædiis communi calculo subiectis, quam discrete & separatim habita ratione contractus & hypothecæ cuiusque. Imperite: quia non potuit confundere & commiscere diuersorum contractuum causam. Itaque quod soluerit creditori suo nomine ex contractu in quem fideiussit, id ex pignoribus tantum eius contractus sibi seruare poterit per vindicationem & retentionem eorum pignorum, quasi in locum creditoris successerit, non etiam per vindicationem aut
B retentionem pignorum alterius contractus, quæ in eam causam non tenerentur: quod autem soluerit ex altero contractu, in quem non fideiussit, id neque poterit seruare ex pignoribus eius contractus, in quem fideiussit, quia in hanc causam obligata non sunt, neque ex pignoribus eius contractus in quem non fideiussit, quia tametsi soluta pecunia ex eo contractu debita, in quem non fideiussit, pignora titulo emptionis acceperit, vt posuimus, ea tamen vt extraneus quilibet emptor accepit. Et alius quidem extraneus emptor ea teneret iure dominij, quasi empta à creditore iure conuentionis, vendente pignora iure suo; quoniam hoc casu euenit, vt docent Inst. vt qui non est dominus pignorum, puta creditor, transferat dominium eorum in emptore. At ipse fideiussor, neque ea pignora iure dominij tenebit, quia non tam adquirendi dominij causa emit, quam vt suæ indemnitati confusis prædiis consuleret, neque tenebit etiam ea iure
C pignoris, quia vt extraneus emit, cum ei non debuissent ea pignora esse curæ, propterea quod in eorum causam non fideiusserat, & extraneus emptor pignorum tantum abest, vt succedat in pignus, id est, in ius pignoris, vt soluat potius & extinguat pignus: denique extraneus emptor aut in dominium succedit, aut nullo iure succedit. Igitur fideiussor neque caute, neque perite consuluit sibi, qui vtraque pignora redemit soluta vtraque pecunia, vt confusis & commixtis vtrisque pignoribus alia aliis subsidio essent seruandæ fideiussori indemnitatis causa, quod fieri nequit, quia non potest fideiussoris arbitrio confundi, quod diuisit & distinxit conuentio contrahentium, vnde nec actione mandati contraria potest fideiussor sibi seruare solutam pecuniam ex contractu, qui personam eius non contingebat, hoc est, in quem non fideiusserat, nec mandatum ei erat, vt fideiuberet, quia res ea extra causam mandati est, extra negotium mandati, quod est gestum inter eum & debitorem,
D qui ei mandauit vt fideiuberet in vnum contractum tantum, non in vtrumque, vt vnius contractus tantum esset sponsor non vtriusque, vt de vno contractu curam susciperet, non de vtroque. Et similiter cum eo fideiussore debitor eadem ratione, oblata ea pecunia, non potest agere mandati directo iudicio, vt ea pignora recipiat, quæ fideiussor vltro redemit, cum eius contractus onus fideiussorem non respiceret; denique quantum attinet ad eum contractum, eius nomine fideiussor non intercesit, frustra cum fideiussore agit mandati, frustra agitur inepta actione & incongrua, inepta actio inanis est. Et vtique in hac causa, quia cessat mandati actio vltro citroque, vtrique est necessaria actio nego-
E tiorum gestorum, vt ait; debitori, quia negotium eius est, vt pignora eius contractus recipiat oblata pecunia fideiussori, quam vltro soluit creditori, negotiorum gestorum actio vtrique necessaria est, debitori, vt pignora seruet. fideiussori autem, vt pecuniam, quam ex causa eius contractus soluit vltro recuperet à debitore. Potest tamen dici, fideiussorem habere retentionem pignoris, non tanquam pignoris iure, vt ante docui, sed per exceptionem doli mali, quod cui datur actio negotiorum gestorum, multo magis sit danda exceptio, vt *l. inuitus §. 1. de reg. iur.* Nam & si quis sola amicitia ductus pignora amici

amici ſua pecunia liberauerit, neque eorum dominium, neque in eis ius hypothecæ adipiſcitur, ſed pecuniam, qua ſoluit pignora repetere poteſt actione negotiorum geſtorum, vel ſi pignora poſſideat, exceptione doli ſe defendere, vt non ea reſtituat debitori, antequam pecunia, quæ ea liberauit, ei reſtituta ſit, *l. res*, *C. de pignor. l. 1. quibus mod. pign. vel hypot.* In actione autem negotiorum geſtorum, qua fideiuſſor conuenitur, ait Papinianus, fideiuſſorem culpam præſtare, ſi culpa eius ea pignora perierint, negotiorum geſtorem, non tantum dolum, ſed etiam culpam præſtare, *l. ſi negotia, hoc tit.* fideiuſſor ergo conuentus actione directa negotiorum geſtorum, vt ea pignora reddat, ſi perierint culpa eius, condemnabitur in æſtimationem litis, quia in hoc iudicium negot. geſt. venit culpa, ſed non venit etiam caſus fortuitus, caſus improuiſus, caſus maior. Itaque hic fideiuſſor culpam quidem præſtabit, ſed non caſum fortuitum, quia eſt poſſeſſor bonæ fidei, qui ſtulte & imperite exiſtimauit, ſuæ indemnitati conſuli poſſe, confuſis vtriſque pignoribus: ſtultitia eſt imperitia ve, non mala fides. Malæ fidei poſſeſſor præſtabit etiam caſum fortuitum, vt *l. 6. §. etſi quis, hoc tit.* Et hoc eſt quod ait Papinianus, fideiuſſorem non præſtare caſum fortuitum, ſcilicet, quia prædo fideiuſſor non eſt. Imperitus eſt, non prædo, id eſt, malæ fidei poſſeſſor. Et hæc quantum attinet ad pecuniam & pignora eius contractus, qui perſonam eius non contingebat. Sed quantum attinet ad pecuniam & pignus eius contractus, qui perſonam eius contingebat, hoc eſt, in quem fideiuſſerat, non eſt dubium eſſe vltro citroque mandati actionem, *l. ſi manda. vero §. 1. mand. l. 1. C. de dolo.* Vbi *de dolo*, hoc eſt, mandati, cui, cum ſit bonæ fidei, vt omni actioni bonæ fidei, ineſt actio & exceptio de dolo, quod ita eſſe accipiendum perſpicue docet *obſ. 3. cap. 37.* Sed addatur etiam huius rei comprobandæ gratia, *l. 2. de pignor.* quæ eſt ex eod. vbi ait: *fideiuſſorem teneri mandati qui ſoluit pecuniam, atque ita pignora ſuſcepit, & in hanc actionem mandati etiam venire culpam*, ſicut ante dixi eam venire in actionem negotiorum geſtorum. Adiicit autem Papinianus in hac lege: Creditorem, qui ius pignorum vendidit, vt initio poſuimus, non teneri debitori pigneratitia actione, vt pignora ei reſtituat: cum ei omnis pecunia ſoluta ſit à fideiuſſore, quia ſuo iure ea vendidit, atque ita ſuum recepit; non teneri etiam ea actione pigneratitia fideiuſſorem, qui pignora emit, ſed mandati tantum vt ea pignora reſtituat. Idem Papinianus eodē libro ſcribit in *d. l. 2.* quia, cum dixiſſet, fideiuſſorem teneri actione mandati reo principali, & in eam actionem venire culpam, exemplo creditoris, inquit, conuenti, ſcilicet pigneratitia actione, cum pignora non vendidit, & offertur ei omnis pecunia, *l. ſicut. C. de pignor.* Subiicit non etiam exemplo creditoris fideiuſſorem teneri pigneratitia actione, licet in locum eius ſucceſſerit, quia hæc non eſt ſucceſſio vniuerſi iuris veluti hereditas, ſed ſucceſſio in rem tantum & ſpeciale ius pignoris, quæ eſt ſententia dictæ *l. 2.*

Ad §. ignorante.

Ignorante virgine mater à ſponſo filiæ res donatas ſuſcepit, quia mandati vel depoſiti ceſſat actio: negotiorum geſtorum agitur.

Species hæc eſt in §. vlt. huius legis. Sponſus matri virginis ſponſæ, ignorante virgine, res, quas ei donabat pro munere ſpōſalitio, tradidit matri puellæ. puella cum matre non agit actione mandati vel depoſiti, vt munera ſponſalitia ſibi reddat, quia nullum tale negotium interceſſit inter filiam & matrem: & nihil ageret, inepte ageret, atque adeo fruſtra ageret in matrem mandati, quia non mandauit, vt ea munera acciperet à ſponſo; fruſtra etiam depoſiti ageret, quia non ea filia depoſuit apud

A matrem, ſed recte ageret negotiorum geſtorum, quia mater negotium ignorantis virginis geſſit ſuſcipiendo munera ſponſalitia. Neque obſtat huic reſponſo *l. 25. depoſ.* quæ dicit: *Patrem, qui ea munera ſuſceperat de manu ſponſi, puellæ emancipatæ teneri actione depoſiti, vt ea reſtituat*; Non obſtat, cum ſit coniungenda cum hoc §. vlt. quia ea eſt eiuſdem ex eodem libro, ſed dicta l. 25. eſt accipienda de filia, eademque ſponſa, qua ſciente & præſente patre ſponſalitia munera ei oblata accepit de manu ſponſi die ſponſaliorum, vel poſt eum diem: videtur enim filia, quæ præſens erat, patri ea munera dediſſe in depoſiti cauſam, cum ea dedit patri ſponſus nomine ſponſæ, præſente ſponſa, vt in *l. quod ſtatuliber, de mort. cauſa donat.* Vis videre, quam fuerit præſens puella & ſciens?
B Lex ait; res fuiſſe oblatas puellæ. Offerimus tantum præſenti, cæterum fuiſſe traditas patri, tanquam, vt præſumimus, in depoſiti cauſam, & ideo heredem patris filiæ teneri ait, nōn tantum ad exhibendum, vt ea munera exhibeat filiæ vindicaturæ, ſed etiam actione depoſiti, quia fuiſſe depoſita apud patrem intelliguntur. Hæc enim verba *l. 25. heres eius, vt exhibeat, recte conuenietur etiam actione depoſiti*; ſic Græci recte interpretantur, vt heres patris non tantum teneatur ad exhibendum, ſed etiam depoſiti.

Ad l. 45. de iudic.

C *Argentarium, vbi contractum eſt, conueniri oportet: nec in hoc dilationem, niſi ex iuſta cauſa, dari, vt ex prouincia codices adferantur. Idem in actione tutelæ placuit.*

Huius legis duæ ſunt partes, vtraque probatur, ibi quemque conueniri poſſe, vbi contraxit, etiamſi domicilium ibi non habeat. In prima parte ſic ait: *Argentarium, vbi contractum eſt &c.* in qua parte comparat argentarium tutori, actionem tutelæ, qua tutor tenetur, actioni in factum, qua argentarius tenetur ex edicto Prætoris. vterque, vt actus ſui & adminiſtrationis rationem edat & reddat; vtriuſque officium eſt publicum & virile, non muliebre, vt de officio tutelæ ſcriptum eſt in *§. 1. Inſtit. de excuſ. tut. l. 16. de tut. & rat. diſtrah.* & de officio argentarij in *l. argentarius §. 1. & l. pen. de eden. l. ſi ventri §. in bonis, de rebus auct. iud. poſſ.* officio tutoris incumbit, vt actus ſui rationes diligenter con-
D ficiat, & pupillo edat finita tutela: cæterum, ſi eas non exhibeat, pupillo hoc nomine tenetur actione tutelæ. Edere rationes actus ſui eſt exhibere librum rationum, & tutelam reſtituere, indemnemque pupillum præſtare, *l. 1. §. officio, de tut. & rat. diſtrah. l. quidam, de eden. l. Lucius Titius §. tutelæ, de adminiſtr. tut.* Officio etiam argentarij ſiue trapezitæ incumbit, cum ſoleat non ſine magno quæſtu, multorum ſæpe pecunias tractare, & cautiones, & rationes nummarias ſane omnium, qui fidem eius quaſi publicam ſequuntur, (nam fides menſæ argentarij, fides publica eſt) officio, inquam, eius, incumbit, vt rationes actus & profeſſionis ſuæ diligenter conficiat, vt perſcribat quas, cuius pecunias, qua die, quove Conſule dederit, erogauerit ve fœnori occupando vel alio modo, quas item acce-
E perit, quas crediderit, quas obligarit nomine facto, hoc eſt, contracta obligatione nominis, quæ præcipue contrahebatur cum argentariis apud menſam in foro, vbi argentarij tabernas poſitas habebant: & inde *l. ſi plures, de pact.* argentarij, inquit, quorum nomina ſimul facta ſunt, hoc eſt, cum quibus ſimul contracta eſt obligatio nominum: quæ ſpecies erat obligationis literarum ſiue ſcripturæ menſæ; ad quam obligationem nominum refero, *l. non figura verborum, de oblig. & act.* quoniam eſt ex Pauli 3. ad edictum, quo tractauit de hac obligatione nominum, quam ait non tam figura verborum contrahi, aut non tam ſcriptura contrahi, quam oratione, quam exprimit ſcriptura, vt pleniſſime eod. libro tractas

uit de rationibus argentariorum siue mensariorum & A trapezitarum. Incumbit officio argentarii, vt perscribat, quas pecunias soluerit, quas receperit, siue constituerit se soluturum pro alio, & vt eas rationes edat iis, ad quos pertinent, hoc est, quos earum rationum contextus maxime contingit, vt eis instruant se, & tueantur causam suam, quam habent vel cum ipso argentario vel cum aliis. Hoc incumbit igitur officio argentarij, quod si non præstat, & maximè, si decernente Prætore, vt edat rationes, postulanti morem non gerat, si eas non edat, aut si malitiose & perperam edat, in eum datur actio in factum ex edicto Prætoris de edendo, per quam damnatur, quanti interest actoris, rationes sibi editas esse. Et hæc omnia probantur aperte in *l.* 4. *l.* 6. §. *rationem, & §. ex hoc edicto, l.* 9. *in princip.* §. *nummularios, l.* 8. §. 1. *l. argentarios §. cum autem, de eden.* At, vt in aliis perseueremus, confert inter se argentarios & tutores, si plures tutores simul administrarunt tutelam, omnes debent rationes edere actus sui, aut vnius editioni subscribere: Idem placet in pluribus argentariis, qui tractarunt rationes ad alios pertinentes voluntate eorum, *l.* 6. §. 1. *hoc tit. de eden.* Item tutor, ibi vbi tutelam gessit conueniri oportet tutelæ iudicio, *l. heres* §. 1. *hoc tit. l. neque* §. *vlt. de procurat. l.* 1. *C. vbi de rat. ag.* & vt eleganter Theodosius Imperator in Nouel. 2. *de amota militantibus fori præscriptione*, ait, veteres leges specialiter fori præscriptioni contractus & negotia gesta & delicta subtrahere, hoc est, non vtitur suo foro, non vtitur priuilegio sui fori, qui in alieno foro contraxit, in aliena prouincia, aut negotia gessit alterius, aut in ea deliquit delictum aliquod. Et hoc est, quod dicunt vulgo, nos sortiri forum ratione contractus vel quasi con- C tractus, vel delicti. Vnde si Senator populi Romani in prouincia contraxerit, ex eo contractu, in ea prouincia conueniri potest, *l. interdum* §. *vlt. hoc tit.* Alioquin reiicitur in vrbem, in qua domicilium dignitatis habet, *l. pen. de Senatuscons.* Marcus Tullius 13. Epistol. ad fam. *feceris mihi pergratum, si eos, quando cum Senatore res est, Romam reieceris.* Item legatus ex prouincia missus Romam, vel quis alius prouincialis homo, si Romæ contraxerit, Romæ conueniri potest ex eo contractu, nec habet ius reuocandi in domum suam, *il n'a pas droict de renuoy*, id est, non habet præscriptionem fori, *l.* 3. §. *omnes, l. si legationis, l. non alias, in princ. l. cum furiosus* §. *vlt. hoc tit.* Et sic tutor ibi conueniri potest, & debet, vbi tutelam administrauit, atque ita quasi contraxerit cum pupillo, etiamsi domicilium habeat alibi, nec potest posita hac præscriptione fori, ad forum, iudicemque suum reuocare: sed ibi iudicium tutelæ pati debet, vbi tutelam administrauit, ibi tutelæ rationes edere pupillo & reddere. Ac similiter argentarius vbi argentariam mensam exercuit & administrauit, ibi conueniri potest & compelli rationes edere per metum actionis in factum, *l.* 4. §. *vlt. de eden. l. heres* §. 1. *hoc tit.* etiamsi, forte fugitans litem, dicat se habere in alia prouincia librum rationum. Neque enim hoc prætextu differendum est iudicium tutelæ in tutorem, si dicat tutor, se librum rationum non habere ad manus & in promptu, in mundo vt veteres loquebantur, non esse differendā actionem in factum ideo quod dicat se ad manum non habere rationum codices, se non habere in hac prouincia, non esse hoc pretextu differendas actiones, nisi ex iusta causa. Et hoc est, quod ait Papinianus hoc loco, *argentarium, vbi contractum est*, hoc est, vbi argentariam fecit, & administrauit, vbi hanc artem quæstuariam exercuit, conueniri oportere. *Oportere;* quia sicut, si ipse ibi conueniatur iudicium recusare non potest, vbi argentariam fecit; ita nec ipse potest compelli alibi edere rationes, quam quo loco mensam habuit & exercuit, *l.* 4. §. *vlt. de eden.* Nec in hoc, inquit, dilationem dari, vt ex prouincia codices rationum adferantur, nisi ex iusta causa, cognita, vt in Basil. *τῆς αἰτίας διαγνωσκομένης.* idemque seruari in actione tutelæ, quia plerique aut tutores A aut argentarij morandi tantum aut frustrandi causa simulant, se alibi rationes habere. Itaque animaduertere debet iudex, an verum sit, eos rationes habere in alia prouincia, in eam bona fide translatas, an dolo malo eas in aliam prouinciam transtulerint, trahendi negotij gratia, vt si sint reuera & bona fide translatæ in aliam prouinciam, tum spatium eis detur, & dilatio ad eas perferendas, vt in *l.* 5. *de eden.* Omnis dilatio datur causa cognita, pro tribunali, quod est legitimum sedile iudicis, *l.* 4. *de dilat.* Glossa hoc loco male existimat, hæc verba Papiniani, *vt ex prouincia codices adferantur*, esse posita pro exemplo iustæ causæ, & rectius Albericus *ex iusta causa*, si codices, inquit, alio sint translati ex necessitate: vt neget Papinianus ob causam perferendarum rationum ex prouincia dari dilationem tutori vel argentario, nisi ex iusta B causa, vt puta, si in aliam prouinciam ex necessitate, non dolo malo translatæ fuerint.

Ad §. nomine pupillæ.

Nomine pupillæ tutoribus in prouincia condemnatis, curatores puellæ indicatum Romæ facere coguntur, vbi mutuam pecuniam mater accepit, cui filia heres extitit.

Species hæc est. Mater, quæ in prouincia domicilium habet, Romæ mutuam pecuniam accepit, & contraxit, forte de mensa argentarij, filia pupilla ei heres extitit, quæ etiam in prouincia domicilium habuit. Creditor, qui mutuam pecuniam dederat matri in vrbe nomine pupillæ, tanquam heredis debitoris, conuenit tutores eius in prouincia: actor sequitur forum & domicilium rei; est certissima regula iuris, non potuit creditor eos tutores nomine pupillæ conuenire Romæ, quia Romam non venerat. Et quod dicitur ibi, quemque conueniri, vbi contraxit, ita verum est, si ibi inueniatur, non aliter, *l. heres, in prin. huius tit.* Ei autem creditori, qui in prouincia egit cum tutoribus nomine pupillæ, tutores condemnati sunt, deinde finita tutela, antequam puella iudicatum fecisset, antequam soluisset creditam pecuniam Romæ matri suæ, & pupillæ constitutis curatoribus, si curatores eius Romæ inueniantur, ait eos Romæ iudicati actione conueniri posse, quia & ibi potuissent conueniri, si inuenti fuissent, principali actione pecuniæ creditæ D nomine. Nam vbi defunctus contraxit, aut heres eius, aut nomine heredis tutores vel curatores conueniri possunt, *d. l. heres, in princ.* Et hæc est sententia huius §. Vnde notandum est, condemnatum in prouincia posse conueniri Romæ iudicati actione, si & ibi iudicari & condemnari potuit ab initio. Et sic executio iudicati in prouincia fiet Romæ captis pignoribus, vt fit, si quæ ibi puella habuerit, nec requiritur iussus Præsidis, qui tutores condemnauit; quia quo loco quis conueniri potest principali actione, si alio loco condemnatus sit, conueniri etiā potest actione iudicati. Actio iudicati nihil aliud est, quam executio iudicati; alioquin is, qui condemnatus est in prouincia, si Romæ conueniri non potuit neque iudicati agi ibi potuit, vel è contrario aliquo loco agi iudicati, & alibi dicta sententia ad effectum perduci non E potest, quam quo lata est sententia, sine iussu eius, qui sententiam tulit, vt in *l. à Diuo Pio* §. 1. *de re iudic.* dum ait, *sententiam Romæ dictam Præsides in prouincia exequi posse, si iussi fuerint*, inquit, hoc est, si rogati fuerint. Nam iubere, vt est in Panegyrico Plinij, est adulationis, non imperij verbum, & verbum precarium non directum: vt cum dicimus; *iubeo te saluere.* Non potest Præses extra prouinciam suam pignora capere in causam iudicati, quod ipse iudicauit, vt nec mittere creditores in possessionem aliorum bonorum, quam quæ sub eius iurisdictione sunt, *l. cum vnus* §. *pen. de reb. auct. iud. possid.* sed potest rogare per literas alium iudicem, sub quo sunt

alia condemnati bona, vt ea pignori capiat sui iudicati exequendi gratia. Illud est notandum etiam ex hoc §. quod dixi probari in vtraque parte; contractus rationem siue causam esse excipiendam à præscriptione fori, hoc est, præscriptionem fori siue reuocationem ad forum suum non habere eum, qui alio loco conuenitur, si modo in eo loco contraxerit, aut quasi contraxerit.

Ad l. 17. de relig. & sumpt. fun.

Sed si nondum pater dotem recuperauerit: vir solus conuenietur, reputaturus patri, quid eo nomine præstiterit.

SCiendum est ei, qui mulierem funerauit suis sumptibus, non donandi animo, non pietatis causa, sed quasi alienum negotium gerens, dari actionem funerariam, de recuperandis sumptibus factis in funus mulieris. Actio est Prætoria, & priuilegiaria, *l. pen. & vlt. hoc tit. l. quæsitum, de reb. auct. iud possid.* & datur hæc actio cessante alia actione, vt patet ex *l. si quis, §. Labeo ait, hoc tit.* datur, inquam, cessante alia actione & deficiente, ad similitudinem actionis negotiorum gestorum, *d. l. si quis §. Idem Labeo, eod. in fin.* quia & negotium defuncti gerere videtur, & cum defuncto quasi contrahere, cum eo, cui funus & iusta fecit, non cum herede eius, vt est eleganter scriptum in *l. 1. hoc tit.* Nam si cum herede eius quasi contraheret, si in funerando defuncto haberet animum gerendi negotii heredis, cessaret hæc actio funeraria, & in heredem ei competeret actio negotiorum gestorum, cuius contemplatione iusta defuncto fecit: sed quia negotium potius defuncti fecit, ipsius negotium gerere videtur, & cum eo quasi contrahere, ideo cessat hæc actio negotiorum gestorum: quia hæc actio negotiorum gestorum est tantum de negotiis gestis, quæ cuius, cum is viueret, vel cum moreretur fuerunt, in qua tamen veniunt etiam ea, quæ negotiis cœptis illo viuo post mortem accesserunt, vt fructus, partus, fœtus, acquisitiones seruorum, *l. 3. §. hæc verba, de negot. gest.* Non ergo, vt patet ex illo loco, est actio negotiorum gestorum de negotiis, quæ post mortem alicuius geri cœperunt. Hoc autem negotium funeris defuncti geri cœpit, post mortem: ergo ex eo non est ipsa actio negotiorum gestorum: sed ad exemplum eius necesse fuit ex ea causa inducere & dare propriam actionem, quæ funeraria dicitur & funeratitia passim in hoc tit. Et in proposita specie, cum quis funus duxit mulieris suis sumptibus, ei datur actio funeratitia, de impensa funeris consequenda, in eum, ad quem dos mulieris peruenit. In patrem, si dos fuerit profectitia, & superuixerit filiæ pater: in maritum si dos fuerit aduentitia: in extraneum si fuerit dos receptitia, quia æquissimum est, vt ait *l. prox. sup.* æquissimum visum est veteribus, mulieres quasi de patrimoniis suis, de dotibus, funerari: quia & olim fere omne patrimonium mulierum consistebat in dotibus, *l. assiduis, C. qui pot. in pign.* nempe lege Voconia impediente, ne mulieres ditescerent, & dante frœnos huic sexui: sicut Cato apud Liuium 34. pro l. Oppia: *Date*, inquit, *Quirites frœnos impotenti naturæ, & indomito animali:* & paulo post: *extemplo simul pares esse cœperint, superiores erunt.* Quia igitur fere omne patrimonium mulierum consistebat in dotibus olim, ideo in hanc sententiam itum est consensu omnium iurisperitorum, vt de suis dotibus funerarentur, etiam si alia bona habeant, etiamsi hereditatem habeant, ita scil. vt si heredem habeant, heres pro portione conferat in funus mulieris: is etiam, qui dotem eius lucratur, similiter pro rata conferat in funus mulieris, licet non sit heres, modo dotem lucretur: imo & cum hereditas mulieris non est soluendo, funeris impensa non sumitur ex inopi hereditate & minus idonea: sed ex dote, hoc est, repetitur ab eo, qui dotem lucratus est morte mulieris, non ab herede, *l. 20. §. pen. l. 22. & 23. h. t.* Nunc finge, Dotem

A mulieris esse profectitiam, esse profectam à patre, & patrem filiæ superuixisse, extraneum mulieri funus fecisse suis sumptibus. pater si dotem recuperauerit à genero, tenetur extraneo, qui fecit impensam funeri, funeratitia actione: quod si pater nondum dotem recuperauerit, ei maritus tenetur eadem actione, qui dotem habet, necdum restituit patri, & quod eo nomine præstiterit extraneo reputabit patri agenti de dote, hoc est, repetenti dotem profectitiam iudicio rei vxoriæ vel ex stipulatu: reputabit, id est, eo minus patri restituet ex dote, vt *l. 29. § 1. hoc tit.* & hæc est sententia huius l. 17. reputare, *c'est rabatre*, vt *l. si merces §. si vicino, loc.* Si vicino ædificante obscurentur lumina cœnaculi, quod tu mihi locasti, vel si ostia aut fenestras cœnaculi corruptas tu non restituis, & mecum

B agas de pensione debita, reputationis, inquit, ratio habenda est, *Ie pourray rabatre*, & eo minus præstare de pensione. Ex diuerso autem, si pater, antequam dotem profectitiam recuperauerit, aliquid impenderit aut præstiterit in funus filiæ, *l. 30. hoc tit.* ait id patrem recipere à marito actione de dote, puta rei vxoriæ actione, vel ex stipulatu, hoc est, eo amplius recipere ex dote, eo ampliorem dotem recuperare à genero. Impensa enim funeris, vt ait lex sequens, æs alienum dotis est.

Ad l. 57. de cond. indeb.

C *Cum indebitum impuberis nomine tutor numerauit, impuberis condictio est.* §. 1. *Creditor, vt procuratori suo debitum redderetur, mandauit: maiore pecunia soluta, procurator indebiti causa conuenietur. Quod si nominatim, vt maior pecunia solueretur, delegauit: indebiti cum eo (qui) delegauit, erit actio quæ non videtur perempta, si frustra cum procuratore lis fuerit instituta.*

SI tutor nomine pupilli per errorem soluerit indebitam pecuniam, puta maiorem pecuniam, quam pupillus debuit, initio huius l. Papinianus ait, condictionem indebiti pupillo competere, cuius nomine tutor indebitũ soluit, aut plus debito: nec distinguit suam an pupilli pecuniam tutor soluerit, vnde potest coniectura capi, quasi nihil intersit suam an pupilli pecuniam soluerit, modo soluerit pupilli nomine: quod etiam confirmat *l. 6.*

D *§. vlt. hoc tit.* Sed hoc ita intelligi debet, si pupillus pubes factus ratam solutionem habuerit, aut si quasi re bona fide gesta eam pecuniam tutor pupillo reputauerit in iudicio tutelæ, vt tum pupillo condictio indebiti competat. Nam si pupillus solutionem eam non fecerit ratam, si eam pecuniam tutor pupillo non imputarit in reddendis rationibus, ipsi tutori hoc casu datur non pupillo: datur, inquam, tutori vtilis condictio indebiti, vtilis, non directa, quia non suo nomine sed pupilli soluit. Et ad hunc casum est referenda *l. vlt. §. 1. hoc tit.* Eadem vero est ratio tutoris & procuratoris. Nam si procurator nomine domini soluerit per errorem bona fide indebitam pecuniam, domino ratum non habente, quod gessit procurator, ipsi

E procuratori datur vtilis condictio indebiti, *l. 6. in princ. hoc tit.* domino autem ratum habente quod ita per errorem gessit procurator, ipsi domino competit condictio indebiti, perinde atque si ipse soluisset, *l. si per ignorantiam, C. eod. tit.* sicut si procurator suam vel domini pecuniam, (nihil refert) nomine domini crediderit, domino agnoscenti & approbanti nomen competit condictio creditæ pecuniæ. Vt in *l. certi § si nummos, de reb. cred. l. 126. §. Chrysogonus, de verb. obl.* Reprobante vero domino nomen, quod fecit quodve contraxit procurator sua vel domini pecunia nomine domini, nulla competit domino cõdictio, sed procuratori domini competit vtilis condictio creditæ pecuniæ, *l. 4. C. si cert. pet.* Eadem est ratio condictionis indebiti & condictionis creditæ pecuniæ: eadem est ratio mutui & promutui. Inde-

biti solutio est promutuum, hoc est, quasi mutui datio *l.* A 4. §. *is quoque, de obl. & act.* Et hæc cum tutor nomine pupilli, vel procurator nomine domini indebitam pecuniam soluit, suam vel pupilli, vel domini, vel cum hanc vel illam credidit, nomine pupilli vel domini. Quid autem dicemus è contrario, si quis tutori nomine pupilli quasi debitam pupillo, aut procuratori, nomine domini, quasi debitam domino, soluerit per errorem? hæc est quæstio §. 1. huius legis. Finge: creditorem mandasse debitori, vt debitam pecuniam solueret suo procuratori, procuratorem vero suum delegasse, vt eam pecuniam acciperet de manu debitoris sui, & debitorem procuratori per errorem soluisse maiorem pecuniam, puta 100. cum deberet 50. tantum. Quæritur, in quem, ei qui soluit, competat condictio indebitæ pecuniæ, condictio superflui, quod soluit indebitum? vtrum ei competat in procuratorem qui accepit. an in dominum, qui mandauit vt solueret procuratori? Illud quidem est comperti & explorati iuris, quod hic Papinianus notat, in dominum competere condictionem indebiti, si nominatim procuratorem suum delegauit, vt illa 100. acciperet, hoc est, maiorem pecuniam, quam sibi debebatur: quam actionem, quæ ei, qui soluit, competit in dominum, repetitionemque indebiti soluti eleganter Papinianus ait non perimi, si debitor elegerit initio procuratorem (quod notandum est) & cum eo frustra egerit condictione indebiti, hoc est, si victus fuerit, quod inepte ageret in procuratorem ea actione, quia hac debuit experiri in dominum, qui specialiter procuratorem delegarat, vt ab eo acciperet 100. id est, altero tanto amplius quam deberet: quo casu condictio indebiti est in dominum absque dubio, non in procuratorem. Si tamen frustra elegerit procuratorem, & succubuerit, non ideo intelligitur amisisse actionem siue condictionem: ineptæ aut inanis actionis electione, non amisit ideo condictionem in dominum. Ineptæ actionis electio actori non consumit actionem aptam, rei & proposito negotio competentem, *l. fideiuss. de nego. gest. l. tutor §. adolescens, de adm. tut. cap. examinatam, extr. de iudic.* Miror quod Glossa in *l. 1. si mens. fals. mod. dix.* quæsierit: an, qui ineptam actionem proposuit, & causa cecidit, possit agere actione propria & conueniente rei? Et respondet quidem posse: recte id: nec tamen sciuerit tot locis auctorum eam sententiam comprobari posse, vt hoc §. 1. *& supradictis ll. & supradicto. cap.* Verum si nominatim creditor procuratorem in hoc non delegarit, vt maiorem pecuniam acciperet, sed simpliciter, vt pecuniam debitam acciperet, quam ei debitor numeraret, eam acciperet à debitore, cui mandauerat etiam creditor, vt eam pecuniam suo procuratori exsolueret: hoc casu Papinianus ait, debitori procuratorem teneri condictione indebiti: quod vtique verum est vt Glossa supplet rectissime, si dominus ratum non habeat, quod gestum, quodque solutum plus debito est. Priore casu quum nominatim mandauit, vt 100. acciperet, quæ maior pecunia est, etiamsi ratum non habuerit dominus, omnino tenetur condictione indebiti, quia nec necessaria est ratihabitio, vbi mandatum speciale intercessit. Hoc vero casu, cum simpliciter mandauit, vt pecuniam à debitore acciperet procurator, vt debitor numeraret procuratori, & numerauerit maiorem pecuniam per errorem, dominus non aliter tenetur condictione indebiti, quam si ratam solutionem fecerit: quia non intelligitur mandasse, vt plus debito acciperet. Ergo si ratum habuerit, in dominum dabitur condictio, debitor dominum condemnabit; si vero ratum non habuerit, vt est verisimile, etiam ratum non habiturum solutionem, soluenti competit condictio indebiti in procuratorem solum, *l. 6. §. idem Labeo, & §. Celsus, hoc tit. l. si indebitum, rem rat. hab. l. 6. §. item quæritur, de neg. gest.*

Ad l. 40. de pignerat. act.

Debitor à creditore pignus, quod dedit frustra emit: cum rei suæ nulla sit emptio, nec si minoris emerit, & pignus petat, aut dominium vindicet: ei non totum debitum offerenti, creditor possessionem restituere cogetur.

Huius l. tria sunt responsa, quibus licebit addere quartum ex l. pen. Ad primum responsum sciendum est, actionem pigneratitiam, quæ de restituenda possessione pignoris proponitur, debitori non aliter dari, quam si totum debitum soluat, vel offerat in iudicio, vt in *l. si rem §. vlt. hoc ti.* vel eo nomine creditori satisfaciat, *d. l. si rem* B *§. omnis, l. heredes §. idem obseruatur, fam. erci.* Et hoc est, quod dicitur, indiuiduam esse pignoris causam, *l. rem, de euict.* quia nec parte maiore pecuniæ soluta, vllo modo vlla-ve ex parte pignus liberatur, & vel propter vnum assem, qui explendo debito superest, nexum tenetur ipsum pignus in solidum, *l. 6. C. de dist. pign.* Vniuersa pecunia soluta creditori vel oblata, vt dixi, pignus liberatur, & creditor actione pigneratitia cogitur restituere naturalem siue corporalem possessionem pignoris, quæ apud eum est, quia pignus solam possessionem naturalem, quæ etiam corporalis dicitur, ad creditorem transfert, vt in *§. vlt.* huius leg. *& l. 35. §. vlt. hoc tit. l. 3. §. vlt. ad exhib.* Inde quæritur hoc loco, quid sit dicendum, si i debitor à creditore pignus vendente suo iure, pignus minoris emerit? Finge: in summa debiti esse centum, & debitorem pignus C emisse 50. id est, altero tanto minore pecunia, an potest repetere possessionem pignoris actione pigneratitia? an potest dominium eius vindicare? Pignus enim manet in dominio debitoris, & eo liberato, in arbitrio est debitoris, vtrum malit agere in personam actione pigneratitia, & pignus petere à creditore, an agere in rem actione, & dominium vindicare, *l. nec creditores, C. eod.* Verum ad quæstionem propositam videmur posse respondere, alterutra actione debitorem vti posse, quia à creditore pignus minoris emit & pretium numerauit, videlicet, si creditori per omnia satisfecerit dato illo pretio, ex *d. l. si rem §. omnis,* in qua dicitur: Nasci pigneratitiam actionem, & competere debitori, si creditori satisfecerit pretio aliquo. Ergo, etiamsi pretio minore, & siue hic creditor ab ipso D debitore ceperit, siue ab extraneo emptore, & hoc ei satis fuerit, contentus fuerit: quo casu, nec quod amplius ei debetur à debitore petere potest, *l. à diuo Pio §. si pignor. de re iud.* Nam vt & alio modo ait dictus *§. omnis,* si creditor, vt voluit sibi cauit, *s'il a asseurance à son plaisir,* competit debitori actio pigneratitia, licet creditor in hoc deceptus sit: in hoc, hoc est, in reipsa, non circumscriptus dolo aduersarij, vt in *l. 7. in fine, de exceptio.* si fraus fuerit in re, non in persona debitoris. Et ita videmur posse non absque ratione quæstioni propositæ respondere. Attamen Papinianus longè aliud respondet hoc loco, nempe creditorem neque pigneratitia actione, neque rei vindicatione posse compelli restituere possessionem pignoris, nisi debitor totum debitum offerat, hoc est, etiam id quo minoris emerit. Sed ne obstet quod ante dixi, hoc ita intelligi E debet, si creditori non satisfaciat pretium, quo debitor pignus emit, & velit, quod amplius debetur, sibi præstari: nec enim compellitur venditioni stare, quæ nulla est, quia debitor emendo pignus, emit rem suam: & rei suæ emptio nulla est, quod constat ex innumeris locis iuris. Itaque, si debitori agenti pigneratitia, rem vindicanti creditor opponat hanc exceptionem: si non ea res pignori data, nec dum soluta omnis pecunia est: quæ dicitur exceptio pigneratitia, *l. 6. §. idem scribit, commun. diuidund.* frustra debitor replicabit de ea re minori pretio empta, quia emptio ipso iure nulla est, vt nec ex empto agere possit de ea re sibi præstanda. Et quia (quod notandum est) si extraneus à creditore pignus emisset minore pretio, quæ emptio va-

leret, semper in reliquum sortis debitæ debitor creditori tenetur, *l. quæsitum §. vlt. de distra. pignor. l. aduersus, C. de oblig. & action.* Æquum vero est, in quo debitor tenetur alio emente minoris, & in eo teneatur ipse, cum emit minoris, nec eo creditori satisfecit. Quod autem dicitur, rei suæ emptionem non valere, hoc est, (quia rei nomen proprietatem significat & dominium) hoc, inquam, est proprietatis siue dominij rei suæ emptionem non valere. Nam si hoc agatur, vt debitor possessionem naturalem, quæ est apud creditorem pigneratitium siue hypothecarium emat, vel conducat certo pretio, forte vt in iudicio possessorio, quod habet cum alio, potior sit: nec enim semper dominus in iudicio possessorio potior est, *l. ad probationem, C. de loc.* hoc vero casu emptio vel conductio rei suæ valet, vt *l. si emptione §. rei suæ, de contrah. empt. l. 35. §. vlt. l. 37. hoc tit.* creditori salua manente causa pignoris vel hypothecæ. Et errat vehementer Glossa hoc loco, quæ ait venditionem emptionem possessionis pignoris factam debitori à creditore non valere. Imo valet vt probaui ante: & male Glossa pro se adducit *l. seruum meum, de cond. ind.* quæ de emptione proprietatis rei suæ loquitur, non de emptione possessionis. Illud maxime obseruandum est, Papinianum in hoc primo responso loqui de debitore, qui pignus emit iure suo vendente creditore, qui emit minori pretio: nam si tanti emit quanti est summa, quæ creditori debetur, licet initio non valeat, pretio tamen soluto pignus liberatur, quod mox idem Papinianus ostendit in secundo responso huius legis, cuius species talis est.

Ad §. debitoris.

Debitoris filius, qui manet in patris potestate, frustra pignus à creditore patris peculiaribus nummis comparat, & ideo si patronus debitoris contra tabulas eius possessionem acceperit, dominij partem obtinebit. Nam pecunia quam filius ex re patris in pretium dedit, pignus liberatur.

Filius, quem pater libertinæ conditionis habuit in potestate, cum pater L. Titio deberet certam pecuniam sub pignore, pignus iure suo vendente L. Titio, id ab eo emit de peculio profectitio, hoc est, ex re patris. Peculium filij profectitium est res patris, hoc est, in bonis, in patrimonio patris reuera: in quasi patrimonio filij, quamdiu patitur pater. Emit autem pignus ex pecunia peculij profectitij tanti, quanti erat summa debita L. Titio. Post filius in testamento patris iure exheredatus est, nec potuit rescindere testamentum per querelam inofficiosi testamenti. Hoc enim cum Accursio ponamus, licet reticeat Papinianus, satis tamen suggerit, dum ponit, Patrono patris præterito dari partis debitæ verecundiæ patronali, id est, legitimæ patronalis bonorum possessionem contra tabulas in heredem scriptum: quæ non daretur in filium heredem scriptum, nec exheredatum rescindentem testamentum per querelam, *§. sed nostra, Institut. de success. libert.* At ponamus, filium fuisse exheredatum cum effectu, quæ res etiam ei peculium aufert, *l. emptor §. vlt. de rei vindic.* Exheredatio aufert ius & nomen heredis, & ius peculij, hoc vt dixi, licet non dicat Papinian. vt omnia bene conueniant, ponamus necesse est. Multa nobis Papinianus subintelligenda & subaudienda reliquit, & plus habet in recessu quam in fronte, vt est comprehensione rerum breuis. Aut sane ponamus: præmortuum fuisse filiú, patrem superuixisse, & testamentum fecisse, inque eo extraneum instituisse, patronum omisisse. Aut ponamus quod etiam nimis obscure notat Glossa: Patrem filium instituisse ex parte, adiecto coherede extraneo, & filium repudiasse hereditatem patris, eiusque portionem accreuisse coheredi extraneo: quoniam hoc etiam casu patrono competit in coheredem, qui assem habet portionis debitæ, bonorum possessio, *l. 20. §. vlt. de bon. libert.* Pono filium fuisse institutum ex parte: nam si institutus filius li-

A berti ex asse repudiauerit, tum patronus non vocatur in partem, sed in assem, *l. 6. §. pen. l. quærit §. vlt. eod. l. siue libertus §. vlt. de iure patron.* Atque hic postremus casus non conueniet huic responso, quo tantum agitur de bon. possessione contra tabulas, quæ patrono datur in partem bonorum liberti, hodie trientem, olim semissem. Ita vero posita congruente specie ad hoc responsum, quæritur: An in pignore, quod filius emit ex re patris, siue ex peculio profectitio, patronus iure bonorum possessionis contra tabulas habeat in pignore partem dominii: nam portio debita patrono deducitur ex singulis rebus, quæ in bonis liberti fuerunt tempore mortis, sicut Falcidia in *l. Plautius, ad leg. Falcid.* sicut legitima portio, quæ natura debetur liberis & Falcidia quælibet, deductio quælibet, *l. 6. de*
B *pecul. leg.* Omnis deductio partis fit ex singulis corporibus, nisi aliud conuenit, vt fit plerumque inter eos, quorum res est. Et ad hanc quæstionem Papinianus respondet hoc loco, etiam in eo pignore patronum habiturum partem dominij. Bonorum possessio tribuit dominium, *hoc est,* effectum dominii tuitione Prætoris, *l. 1. de bono poss.* Et ratio huius responsi hæc est: quia filiusfamil. emendo pignus ex re patris, in cuius potestate erat, id neque dominii sui facere potuit, neque patris, in cuius dominio iam erat, quia pignus semper manet in dominio debitoris, & hoc distat à fiducia, antiquo genere contractus. Denique emendo neque pignus suum fecit, neque patris, cum iam prius patris esset. Proinde nulla & superuacua emptio est. Cæterum liberatum pignus intelligitur, quia tantum in pretium dedit, quantum erat in debito. Et in fine
C huius responsi, illo loco *nam pecunia, quam filius ex re patris in pretium dedit, pignus liberatur,* ne fallamur, *nam,* non est particula causalis, quia etiam pignore non liberato patronus in eo haberet partem dominii, sed *nam,* est coniunctio repletiua vt Grammatica loquitur, & accipitur pro *cæterum,* vt sæpe in libris nostris, vt sit sensus, emptionem pignoris non valere, pignus tamen liberari: *cæterum pignus liberatur, &c.* Et recte loquitur Papin. de filiof. Nam si filius emancipatus emisset suis nummis pignus, iure suo vendente creditore, valeret emptio, nec in eo patronus haberet partem dominii, quia desiisset esse in liberti bonis. Recte etiam loquitur de peculio profectitio. Nam si filiusf. pignus emisset ex peculio castrensi, quod in re eius est, non patris, æque valeret emptio
D pignoris, nec in eo quicquam iuris patronus haberet, quod & Glossa notat rectissime. tota Glossa huius responsi est rectissima.

Ad §. vlt.

Soluta pecunia, creditorem possessionem pignoris, quæ corporalis apud eum fuit, restituere debet: nec quicquam amplius præstare cogitur. Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit: domino soluente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur.

E In tertio responso siue §. vlt. ostenditur, pignus quidē à creditore alii creditori suo pignori obligari posse, quod Græci dicunt μεταενεχυριάζειν, idque constat ex *l. grege §. cum pignori, de pign. l. 1. C. si pign. pign. dat.* Sed si debitor, qui dedit pignus primo suo creditori, soluerit omnem pecuniam, vtraque obligatio pignoris perimitur, & creditor primus debitori tenetur pigneratitia actione, vt pignoris possessionem restituat tantum, non vt quicquam amplius præstet, id est, (quod etiam Glossa intelligit) non etiam, vt liberet pignus à secundo creditore. Et ratio hæc est: quia ipso iure liberatur pignus, quod etiam in id duntaxat temporis dedisse intelligitur secundo creditori, quoad pignus in sua persona consistat: vbi desinit in sua persona consistere pignus, soluta omni pecunia, etiam desinit consistere in persona secundi. Nihil est apertius hoc responso: ei tamen opponitur *l. petenti, hoc tit.*

quæ dicit, creditorem primum debitori teneri, vt pignus liberet à secundo creditore. Sed necesse est, vt res intelligatur, apponi speciem ad l. *petenti*. Hæc est species, quæ frequenter occurrit. Creditori repetenti pecuniam, quã ei debebam, cum præ manibus pecuniam non haberem, vt eum à me dimitterem & placarem quoquomodo, dedi res certas, vt sub earum pignore pecuniam, qua se indigere dicebat, conquireret & sumeret ab alio creditore: Aut eas creditor meus soluta pecunia postea recipit ab alio creditore, & mihi, maxime offerenti debitum, tenetur ad exhibẽdum vt restituat eas res, non pigneratitia actione: quia eas res non pignoraui, sed permisi tantum, vt pignoraret alteri: Aut res illæ meæ sunt apud creditorem creditoris, & hoc casu creditor meus mihi tenetur, sed non ad exhibendum, quia eas res non tenet: non pigneratitia, quia, vt dixi, eas res ei non pignoraui: non commodati actione, vt in specie *l. si vt certo §. nunc videndum, sup. tit. prox.* quia eas res etiam ei non commodaui liberaliter & benigne, sed coactus dedi, vt tantisper eum placarem, ne mè acerbius exigeret, & vt earum beneficio aliunde pecuniam sumeret, verum offerenti mihi pecuniam debitam creditor tenetur, vt eas res liberet à suo creditore, & mihi reddat, tenetur, inquam, mihi propria actione, vt ait l. *petenti*; hoc est, actione præscriptis verbis quasi ex nouo & proprio contractu, quasi ex negotio proprii contractus, vt ait *l. rogasti, de præscript. verb.* Et hæc est sententia legis *petenti*: verum vis nosse, quam nihil obstet huic tertio responso? Hoc responsum est de pigneratitia actione, quod negat soluta omni pecunia, creditorem quicquam amplius præstare quam possessionem naturalem pignoris, etiamsi secundo creditori obligauit: Ergo non teneri eum pignus liberare à secundo creditore, quod etiam euanuit ipso iure. Illa autem *l. petenti*, non est de pigneratitia actione, sed de propria quadam actione præscriptis verbis. Item in hoc responso primus & secundus creditor fuere pigneratitii creditores. In illa *l. petenti*, secundus creditor tantum fuit pigneratitius, non primus: & præterea in illa pignus datum est secundo creditori voluntate debitoris, in hoc responso non item. Proinde in illa l. maxime oblato debito creditori primo, pignus non soluitur, quod nexum est voluntate debitoris: in hac pignus soluitur omnimodo, quod nexum non est secundo creditori voluntate debitoris.

Ad l. 42. eod.

Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, vt superfluum pretij cum vsuris restituat, iure cogitur. Nec audiendus erit, si velit emptorem delegare: cum in venditione, quæ fit ex facto, suum creditor negotium gerat.

OStenditur in hac leg. creditorem, qui pluris pignus vendiderit, quam sibi debebatur, debitori teneri actione pigneratitia, quam Papinianus noster solet appellare actionem, quæ de pignore dato proponitur, vt hoc loco, *& l. 2. de pign. l. fideiussor, de neg. gest.* Creditorem igitur, qui pluris vendidit pignus debitori teneri actione pigneratitia, vt id, quo plus vendidit pignus, hoc est, superfluum pretii restituat debitori cum vsuris, inquit Papinianus, puta, iis, quas ex superfluo pretii percepit, si id forte fœnori occupauit, vel quas non percepit, si in reddendo superfluo pretii moram fecerit, vel si id in vsus suos conuertit, *l. 6. § vlt. & l. 7. hoc tit.* Nec distinguit Papinianus, creditor pretium ab emptore acceperit, necne. Ergo siue acceperit pretium ab emptore pignoris, siue nondum acceperit, de superfluo reddendo debitori tenetur actione pigneratitia, vt *l. vlt. C. de distrac. pignor. l. in fraudem § si plus, de iure fisci.* Vbi creditor nondum pretium accepit, non est audiendus, inquit, inuito debitore, si velit ei emptorem pignoris delegare, puta, vt promittat debitori, sed id quo plus emit ei præstiturum. Delegare enim proprie est, vice sua alium reum, alium debitorem, qui expromissor dicitur, siue intercessor nouandi causa, creditori dare, *l. delegare, de nouat.* Et in hac specie debitori creditor, qui pluris pignus vendidit, in superfluum pretii debitor est, ille vero creditor: & ita quoque hoc loco verbum delegare Græci accipiunt in Basil. dum aiunt, *ὑπόχρεων ποιῆσαι τῷ χρεώστῃ τὸν ἀγοραστήν.* hoc est, *emptorem substituere debitori*: eidemque creditori, scil. in superfluo pretii, quod ei creditor restituere tenetur, idque fit stipulante debitore & emptore promittente superfluum se ei soluturum: quo genere creditor liberatur à debitore quasi nouata obligatione. Sed vt initio dixi, inuitus debitor non cogitur mutare creditorem, si malit sibi superfluum pretii solui à creditore, eodemque venditore pignoris. Inuitus non recedit ab actione pignoris, quam habet in venditorem pignoris: Inuitus non nouat eam obligationem neque commutat cum obligatione ex stipulatu in emptorem pignoris. Et hoc est, quod ait Papinianus: *nec audiendus erit si velit emptorem delegare.* Et ratio, qua vtitur Papinianus hæc est, *quia*, inquit, *in venditione quæ fit ex facto, creditor suum negotium gerit.* Sic habent Pandect. Flor. *quæ fit ex facto*, sed perspicuum est scribi debere, *quæ fit ex pacto*, vt in *§. contra autem creditor, Instit. quib. alien. lic. vel non*, hoc est, quæ fit iure conuentionis, *l. 3. de distract. pign. l. contractus, l. 7. C. eod. tit.* In venditione igitur pignoris, quæ fit ex pacto, creditor suum negotium gerit, non debitoris, quæ fit ex pacto, creditor suum negotium gerit, non debitoris negotium, vt in *l. creditori §. sciendũ, qui pot. in pign. hab.* Si gereret negotium debitoris, non suum, nec vlla eius culpa interueniret, æquum esset liberari eum delegando emptorem, esset iniquum eum teneri vltra quam vt deleget emptorem, si nulla culpa in eo argui possit, qui negotium alienum gessit, non suum. Et hæc est sententia huius legis. Obiicitur ei *l. 24. § si vendiderit, hoc tit.* quæ dicit, nondum soluto pretio pignoris creditori, non esse cogendum creditorem actione pigneratitia ad solutionem superflui, sed vel expectare debitorem debere quoad emptor pignoris soluat pretium, vel si nolit expectare, mandandam ei esse & cedendam actionem ex vendito aduersus emptorem: actionem pretii: periculo tamen venditoris, creditoris periculo, qui vendidit, vt si forte nõ vincat debitor aduersus emptorem, semper ei sit salua actio superflui aduersus creditorem, atque ita periculum litis institutæ ex mandato creditoris aduersus emptorem ipse creditor subeat. Mandare autem est delegare non minus, quam vice sua alium reum creditori dare vt *l. cum indebitum, de cond. ind. l. 11. C. de donat.* Ergo auditur creditor, qui delegat, hoc est, qui mandat actionem aduersus emptorem pignoris. Sed vt respondeamus: inter hæc duo genera delegationum multum interest: nam delegatio emptoris liberat creditorem, quia nouatur obligatio & substituitur vice creditoris alius debitor superflui: & ideo merito non satisfacit ea delegatio debitori, quæ liberat creditorem principaliter obligatum ad solutionem superflui: non satisfacit, inquam, creditor debitori delegato emptore, hoc solo quod emptorem delegare paratus est, quia hoc facit se exonerandi & absoluendi causa. Altera delegatio, h. e. cessio siue mandatum actionis ex vendito aduersus emptorem non liberat creditorem & satisfit debitori, si eam suscipiat periculo creditoris, h. e. saluo regressu, si non obtineat aduersus creditorem. Plane hoc modo quis dicat ei non satisfieri interim, dum non vult expectare quoad emptor soluat. Et ita mihi videntur clarius & certius in concordiam adduci posse hæ duæ leges hac differentia posita inter delegare emptorem, & delegare siue mandare actionem in emptorem: quæ est quarta solutio Accusii. cætera facile refelli possunt. Ita vero demum mandata actione aduersus emptorem periculum litis pertinet ad creditorem, si creditoris culpa arguatur, quod tardius pretium exegerit ab emptore pignoris, & interim emptor lapsus sit facultatibus. Nam si culpa à creditore abest, vt puta, si fortuito & repentino casu emptor suas facultates amiserit paulo post emptionem pi-

gnoris,de ſuperfluo pretij nulla ſupereſt quæſtio,cum debitor maneat obligatus creditori:quia,vt ait *l. quæſitum, de diſtract. pign.* ex neceſſitate facta venditio pignoris non liberat debitorem niſi pecunia percepta ab emptore pignoris : vbi ex neceſſitate fieri dicitur venditio pignoris, non quod fiat inuito creditore , (nec enim creditor inuitus cogitur vendere pignus. *l.6.in pr.huius tit.*)ſed quod tunc maxime creditor decurrat ad venditionem pignoris, cum aliter rem ſuam ſeruare non poteſt , ſicut in *l. 2. de diſtr pig.*neceſſitate iuris dicitur venditio fideiuſſori fieri, quod aliter à fideiuſ.ſuum creditor conſequi non poſſit,*l. 2.C.de fideiuſſ.*

A

Ad l.19. de inſtit. act.

B

In eum,qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem præpoſuit,vtilis ad exemplum inſtitoriæ dabitur actio : quod æque faciendum erit , & ſi procurator ſoluendo ſit qui ſtipulanti pecuniam promiſit.

HVius legis ſunt quatuor reſponſa.In primo reſponſo oſtenditur : quod ſi procuratorem præpoſui, vt mutuam pecuniam acciperet mei cauſa, & accepit, creditori in me non datur actio inſtitoria directa, quia procurator ille inſtitor non eſt meus, cum non ſit quæſtui faciendo,ſeu quæſtuariæ negotiationi præpoſitus,ſed dari creditori in me vtilem actionem ad exemplum inſtitoriæ actionis,vt idem Papinianus reſpondet *lib.2.l.liberto, in princ. de neg.geſt.*& confirmatur *l.in omnibus, de præt. ſtip.l.ſi mutuam,C.de inſtit.act.* Et verum illud eſt, etiam ſi procurator qui mutuam pecuniam accepit, & eo nomine ſtipulanti creditori cauit, ſoluendo ſit, vt ab eo creditor ſuam pecuniam facile recuperare poſſit,ſi procurator ſoluendo ſit,vt ait hoc loco,& probat *l.6.§. 1.de neg.geſt.* hoc latius expoſui in d. *l. liberto.* Inde aſſumes quæ ad hunc locum pertinent.Illud tamen addendum, vt quemadmodum vtili inſtitoria actione creditori dominus tenetur qui procuratorem præpoſuit mutuis pecuniis accipiendis: & ſimiliter quemadmodum vtili actione inſtitoria emptori dominus tenetur,qui procuratorem præpoſuit vendendæ certæ rei, vt in *l. Iulianus §. ſi procur. de action.emp.*Ita ex diuerſo dicamus,creditorem vel emptorem domino teneri ex d.§ *ſi procur.* vtili actione, ſiue extraordinaria. Omnis actio vtilis eſt extraordinaria: ſed in hoc eſt differentia ſumme notanda,quod creditori dominus tenetur vt dixi, quaſi inſtitoria actione, etiam ſi rem creditor ſeruare poſſit à procuratore, quia principaliter cum domino contraxiſſe intelligitur , qui nomine eius procuratori credidit. At ex diuerſo domino creditor non tenetur vtili actione , ſi dominus à procuratore ſuo rem ſeruare poſſit exemplo inſtitoriæ,*l.in omnib.de præt.ſtipul. l.1.inf. & l.2.hoc tit. l. 1. §. ſed ex contrario , de exercit. act.* quia ſcilicet principaliter dominus cum procuratore contraxit, nec alio auxilio indiget, ſi procurator ſoluendo eſt.

C

Ad §. ſi dominus.

Si dominus, qui ſeruum inſtitorem apud menſam pecuniis accipiendis habuit, poſt libertatem quoque datam , idem per libertum negotium exercuit, varietate ſtatus non mutabitur periculi cauſa.

NOtandum eſt,dominum teneri iure Prætorio in ſolidum inſtitoria actione ex contractu ſerui inſtitoris,quem præpoſuit menſæ nummulariæ ad pecunias accipiendas in omnem cauſam , vt argentarij ſiue nummularii ſolent : & teneri non tantum ex contractu habito cum illo inſtitore in ſeruitute,quandiu ſeruus manſit, ſed etiam ex contractu habito cum eo poſt libertatem in eodem actu, perſeuerante patroni voluntate : varietatem ſiue mutationem ſtatus non mutare cauſam periculi , hoc eſt, ob mutatum ſtatum inſtitoris non deſinere eorum, quæ gerit, periculum ad dominum pertinere ex edicto, de inſtitoria actione. Manumiſſione ſola non deſinit quis eſſe inſtitor: & hæc eſt ſententia huius reſponſi. Obiicitur quod diſpenſator Calendario præpoſitus,hoc eſt,pecuniis exigendis & fœnerandis eſt inſtitor, vt in §. *vlt. huius leg.l.5.§.vlt.hoc tit.*& tamen manumiſſione deſinit eſſe diſpenſator,*l.ſi quis ſeruo,de ſolut.l.pen.de reb. cred.§. item ſi adhuc,Inſtit.de mand.* At vt reſpondeamus, non eſt nouum quendam inſtitorem ſeparari à cæteris inſtitoribus : Magiſter naui præpoſitus eſt inſtitor , & tamen ſeparatur paſſim in iure,ac præcipue in tit. *de exercit. act.* à cæteris inſtitoribus propter ſingularia quædam, quæ in eo recepta ſunt,vt & illo Horatij loco, *ſeu vocat inſtitor,ſeu nauis Hiſpanæ magiſter,* inſtitor ſeparatur ab inſtitore, & ſic diſpenſator,licet inſtitor ſit, ſeparandus eſt à cæteris inſtitoribus. Nam & morte domini finitur diſpenſatoris officium,*l.pen.de reb.cred.* Non morte domini, officium inſtitoris facientis mercaturam, aut menſæ negotium exercentis,*l.11.in princ.l.17.§.ſi impubes, hoc tit.* Ac ſimiliter manumiſſione officium ſerui diſpenſatoris finitur,non officium inſtitoris. Et ratio varietatis conſiſtit in vtilitate & neceſſario vſu commerciorum, quo omnis hominum vita eget,vel menſæ argentariæ,quæ negotia exercentur per inſtitores: nec tanti eſt diſpenſatio ſiue fœneratio pecuniarum cuiuſque,ideoque facilius diſpenſatio finitur, quam commercii aut menſæ cura, quod maxime notandum.

Ad §. tabernæ.

Tabernæ præpoſitus à patre filius, mercium cauſa mutuam pecuniam accepit: Pro eo pater fideiuſſit: etiam inſtitoria ab eo petetur,cum acceptæ pecuniæ ſpeciem,fideiubendo negotio tabernæ miſcuerit.

NOtandum eſt ex tertio reponſo, Patrem teneri ex contractu filii,quem præpoſuit tabernæ, h.e. mercibus exercendis : teneri inſtitoria actione,vt ſi filius ille mercium cauſa mutuam pecuniam accepit , ex ea cauſa pater tenetur creditor in ſolidum inſtitoria actione. Res eſt apertiſſima. An etiam inſtitoria actione tenetur, ſi apud creditorem, qui filio inſtitori mercium cauſa credidit,mercium gratia fideiuſſerit pro filio? Et breuiter : an tenebitur inſtitoria,ſi fideiuſſerit pro filio? quia obligatio valet,ſicut cum dominus fideiubet pro ſeruo , *l.1.§. quid ergo,quod iuſſu,l.ſi domino,ad SC. Vellei.* Reſpondet Papinianus,patrem non ideo minus teneri inſtitoria actione, quia fideiubendo pro filio inſtitore non nouauit obligationem. Si nouaſſet,vtique ceſſaret inſtitoria actio, vt in *l.habebat.§.1.hoc tit.* Sed ei obligationi miſcuit aliam ex ſtipulatione ſiue fideiuſſione, quæ nunquam nouat principalem obligationem : fideiubendo miſcuit tabernæ,negotio,τῇ τεγγυμδείᾳ, acceptæ pecuniæ ſpeciem, *hoc eſt,* creditum,τὸ δάνειον(& vt vſurpem verba *l.5.§.pen. de exercit.act.* licet ſint ſcripta alia de re,) pater non tranſtulit obligationem, ſed adiecit. Erit igitur in arbitrio creditoris vtra actione malit experiri ,in patrem inſtitoria, an ex ſtipulatu,ex fideiuſſionis cauſa.

D

E

Ad §. ſeruus.

Seruus pecuniis tantum fœnerandis præpoſitus, per interceſſionem æs alienum ſuſcipiens,vt inſtitorem dominum in ſolidum iure prætorio non adſtringet. Quod autem pro eo,qui pecuniam fœnerauit,per delegationem alÿ promiſit: à domino rectè petetur, cui pecuniæ creditæ contra eum, qui delegauit, actio quæſita eſt.

DIfferentiam facit Papinianus in §. *vlt.* inter expromiſſionem, quæ fit nouandi animo per interceſſionem, & eam, quæ fit per delegationem: & niſi rem quis

acute inspiciat, vix assequetur sensum Papiniani. Videamus quemadmodum fiat expromissio per intercessionem, & quemadmodum per delegationem. *Per intercessionem* fit in hac specie: Seruus pecuniis tantum fœnerandis, siue Calendario præpositus est, non alij negotio, is seruus nouandi animo suscepit in se æs alienum, quod Titio Caius debuit. quæritur, an ex hoc facto, vt institor obliget dominum actione institoria (legendum *vt institor*, non *vt institorem*) & respondet, non obligari dominum ex ea causa. Rectissime: quia ea res nihil pertinet ad causam Calendarij, & institoria actio non porrigitur ad ea, quæ institor contraxit extra eam rem siue causam, cui præpositus est institor, *l.*5.§. *non tamen, hoc tit.* Hæc pars est apertissima. Videamus quemadmodum fiat expromissio *per delegationem*: fit autem hoc modo. Seruus Calendario tantum præpositus, cum rogaretur à L. Titio mutuam pecuniam dare sub fœnore, qua se Lucius Titius liberaret à suo creditore, à quo vrgebatur: si is seruus institor non numerauit pecuniam Lucio Titio, sed creditori eius delegatus ab eo, cauit de soluenda pecunia, quam ei debet Lucius Titius, facta nouatione & suscepta in se obligatione Lucij Titii. denique institor rogatus fœnerare pecuniam, non numerauit, sed delegatus cauit creditori, à quo vrgebatur is, qui mutuam pecuniam rogabat. hoc perinde est, ac si ei, id est, Lucio Titio pecuniam numerasset: quod patet, quia domino eius in L. Titium est actio creditæ pecuniæ, perinde atque si institor pecuniam numerasset, quia L. Titius videtur ab institore pecuniam accepisse, eum delegando. Denique ex hoc facto institoris domino adquiritur condictio creditæ pecuniæ: ergo æquum est, vt ex eo obligetur actione institoria: si ex actu institoris & quæritur actio, æquum est, vt etiam ex eo contractu institoria teneatur. Hæc est ratio inducendæ actionis institoriæ, *l.*1.§.1.*h.t.* Denique ex eo contractu dominus obligabitur ei, cui institor delegatus est: At priore casu facta expromissione per nudam & simplicem intercessionem, ex actu institoris, qui simpliciter intercessit pro alio non rogatus fœnerare pecuniam, nulla domino adquiritur actio: ergo neque ex eo actu obligatur institoria actione. Res est aperta, si modo illo loco huius §. *Qui pecuniam fœnerauit*, non accipias *fœnerauit*, vt Interpretes in patiendi significatione, in qua nunquam accipitur, sed vt frequentissime in Pandectis Flor. si accipias *Qui* pro *Cui*; innumeris locis ita scribitur, *Qui id fecit* pro, *Cui id fecit*. ergo qui pecuniam fœnerauit, id est, cui intelligitur fœnerasse: intelligitur autem fœnerasse ei, qui eum delegauit creditori suo, vnde etiam nascitur competitque domino actio creditæ pecuniæ. Denique qui delegat debitorem, pecuniam dare intelligitur, *l. qui debitorem, de fideiuss.* Et similiter, qui delegat creditorem siue fœneratorem, credere & fœnerare paratam pecuniam accipere creditur, *l.*12. *&* 13. *de nouat.* Et hoc est, quod ait, *Quod pro eo cui pecuniam fœnerauit*, promittendo scil. ei, cui delegatus est, *per delegationem promisit, à domino petetur.*

Ad l.27. ad Senatusc. Velleian.

Bona fide personam mulieris in contrahendo secutus, ob ea, quæ inter virum & vxorem accepta pecunia gesta sunt, exceptione Senatusconsulti non submouetur.

QVod attinet ad hanc legem, sciendum est, Senatusconsultum Velleianum irritas facere intercessiones mulierum, quas deceptæ facilitate sua aut fragilitate faciunt pro aliis, conuentis mulieribus ex causa intercessionis, quam fecerunt pro alio, data exceptione, qua repellant actorem, apud quem intercesserunt, si vti beneficio velint SC. Velleiani. Nec enim inuitis ipso iure hoc beneficium datur: dato denique eo non vtuntur mulieres, nisi profiteantur, se velle vti proposita exceptione SC. Velleiani. Et intercedere mulier videtur pro alio, non tantum si fideiubeat vel expromittat, vel constituat pro alio, vel rem suam pignori obliget pro alio palam & aperte, sed etiam si tertio rem gerat intercedendi animo, fingens se rem suam agere, *l.*4. *&* 19. *C. eod. tit.* Vt si cum alius accepturus esset mutuam pecuniam, ipsa internenerit, & acceperit suo nomine, quam mox alii annumeraret & crederet, sane intercedere videtur pro alio. Et hoc casu mulieri ita demum subuenitur data exceptione Senatusconsulti aduersus creditorem, si creditor non ignorauerit quid ageret, quid-ve moliretur mulier, vt in *l.*11. *&* 12. *&* 19.§.*vlt. hoc tit.* & in *l. seq.*§.*vlt.* Nam si creditor ignorauerit mulierem rem alii gerere & bona fide ei pecuniam crediderit, tanquam in rem suam, & in vsus suos, licet mox acceptam eam pecuniam marito suo crediderit, cui tacite rem gerebat, cessat Senatusconsultum Velleianum, & creditori propter bonam fidem eius mulier obligatur cum effectu: & hoc est, quod ait in principio huius legis. *Bona fide personam mulieris in contrahendo secutus, ob ea, quæ inter virum & vxorem accepta pecunia gesta sunt, exceptione Senatusconsulti non summouetur.* Et confirmatur *l. vir vxori* §.1. *hoc tit.* Verum obiicitur *l.*13. *C. eod. tit.* quæ dicit: eum qui mala fide credidit mulieri non ignarus in vsum mariti eam sumere mutuam pecuniam, non submoueri except. Senat. Velleiani, licet sciuerit quid mulier ageret. Sed, vt statim respondeam, ratio hæc est: quia in specie huius legis mulier non fuit interposita vel submissa à marito, vt vice locove eius mutuam pecuniam acciperet, sed vltro in vsum mariti sciente creditore, mutuum accepit: quo casu cessat Senatusconsul. Velleianum. At si fuisset mulier interposita à marito pecuniæ accipiendæ gratia, quam ipse erat accepturus (qui est casus, de quo tractamus in hac lege) & hoc sciuisset creditor, proculdubio summoueretur exceptione Senatusconsulti Velleiani non si hoc ignorasset. hoc casu est constituenda differentia inter creditorem scientem & ignorantem, non illo casu *d.l.*13. Item obiicitur quod est in prin. *d.l. vir. vxori, h. tit.* Si mulier, quæ nihil debet marito, creditori mariti ex delegatione eius promiserit, submoueri creditorem exceptione Senatusc. Velleiani, etiamsi bona fide secutus sit personam mulieris, existimans eam esse debitricem mariti. Sed eadem lex respondet, multum interesse, vtrum quis cum muliere ipsa primum contraxerit credita pecunia, an cum marito, vel cum alio primum, deinde ei mulier delegetur ab eo, cum quo primum contraxit. Nam hoc casu à creditore curiositas & diligentia exigitur, vt perquirat mulier, quæ delegatur, debitoris debitrix sic nec ne: & aliis casibus quibusdam certis curiosos esse creditores oportet, id est, inquirere oportet, in quam rem rogentur pecuniam mutuam, *l.*1.§. *sed si acceperit, de in rem verso, l. vlt. de exerc. act.* Et ita cum is, qui principaliter contraxit cum creditore, delegat creditori mulierem tanquam debitricem suam, debet creditor, qui mulieris fidem sequitur, aut sequi vult, prius scrutari an vere sit debitrix delegantis, alioquin submouebitur exceptione Velleiani si conueniat mulierem. Priore vero casu, cum quis roganti mulieri pecuniam credidit ab initio (qui est casus huius legis) non exigitur, vt perscrutetur & quærat quid de ea pecunia mulier factura sit, alioquin nemo fœminæ auderet credere pecunias incertus animi mulieris, *l.*11.*h.t.* M. Tull. pro Rab. Post. *non debuit is, qui dabat, quo ille pecuniam insumeret, quærere.* Et ideo hoc casu dicimus creditorem non summoueri exceptione Senatusconsulti Velleiani, si ignorauerit mulierem rem alij administrare, & ita demum submoueri, si sciuerit, quid mulier ageret.

Ad §. cum serui.

Cum serui ad negotiationem præpositi, cum alio contrahentes personam mulieris, vt idoneæ sequuntur, exceptione SC. dominum

dominum ſubmouet: nec videtur deterior cauſa domini per ſeruum fieri, ſed nihil eſſe domino quæſitum, non magis quam ſi litigioſum prædium ſeruus, aut liberum hominem emerit.

SEntentia hæc eſt: Mulier interceſſit pro eo qui cum ſeruo inſtitore contraxit, puta, pro emptore mercium, cum ſeruus mercaturis faciundis præpoſitus eſſet, ex hac cauſa, domino per ſeruum adquiritur actio ex vendito in emptorem mercium, & actio ex ſtipulatu in mulierem, quæ fideiuſſit pro emptore: ſed in emptorem adquiritur actio efficax, in mulierem actio inefficax & inanis per Senatuſconſultum Velleianum. Ita eſt omnino. Verum poteſt obiici: per ſeruum domini deteriorem conditionem fieri non poſſe, *l. melior, de regul. iur.* Deteriorem vero fieri accepto non idoneo fideiuſſore, puta, muliere, & adquiſita actione inani. Huic obiectioni reſpondet Papin. hoc loco, & negat deteriorem fieri conditionem domini, eo quod ſeruus non acceperit idoneum fideiuſſorem, atque ita adquiſierit inutilem actionem & inanem: eum enim facere conditionem domini deteriorem, qui facit, vt dominus quod habet non habeat, non qui facit, vt dominus quod non habet, nec habeat, vt qui non adquirit dominium certæ rei vel poſſeſſionem, *l. vlt. C. de ac. poſſ.* vel, quod idem eſt, qui adquirit inutiliter, puta, qui emit liberum hominē aut fundum litigioſum, quæ emptiones inutiles & irritæ ſunt, quibus exemplis hic Papinianus vtitur rectiſsime: & ſimiliter, qui perſonam mulieris pro alio fideiubentis ſequitur, quæ interceſsio inutilis eſt. Et ita recte diximus in *l. heres §. vlt. de pet. her. lib. 2.* poſt litem conteſtatam petitori hereditatis non præſtari vſuras fructuum, nec tamen eo fieri deteriorem conditionem actoris, qui litem conteſtatus eſt, contra regulam iuris: quia fieret per litis conteſtationem deterior conditio actoris, ſi per cauſam litis conteſtatæ deſinerent deberi vſuræ, quæ ante deberi cœperunt. Verum hoc non fit *l. lite, inf. de vſur.* ſed quæ non cœperunt deberi ante litem cōteſtatam, nec per litem conteſtatam incipiunt deberi, quo genere non fit deterior conditio actoris, ſed neque melior. Denique aliud eſt non facere conditionem meliorem, aliud facere deteriorem. Qui non facit meliorem, non facit etiam deteriorem.

B

Ad §. vxor.

Vxor debitricem ſuam viro delegauit, vt vir creditori eius pecuniam ſolueret, ſi fidem ſuam pro ea quam delegauit, apud virum obligauerit: locum exceptio Senatuſconſulti non habebit: quia mulier ſuum negotium geſſit.

SPecies hęc eſt: Vxor quę Lucio Titio debebat aureos 100. marito ſuo mandauit, vt L. Titio creditori ſuo eam pecuniam ſolueret, & quo tutus eſſet maritus, vxor delegauit ei debitricem ſuam, quæ ei totidem debebat, puta 100. vt ſcil. marito ſtipulanti promitteret, ſe eam pecuniam ſoluturam nouata obligatione tam mulieris quam etiam ſua: qua ex cauſa mandati vxor marito tenebatur, quæ mandauerat marito vt ſolueret Titio, & vxor pro ea muliere, quā delegauit marito ſuo, fideiuſsit apud maritum. Quæritur: an aduerſus maritum ſi conueniatur ex ſtipulatu, poſsit ſe tueri exceptione Senatuſconſulti Velleiani? Et recte reſpondet non poſſe, quia pro ſuo negotio fideiuſsit, non pro alieno, *l. ſi dominus, hoc tit.* Illam quoque mulierem, quæ pro vxore expromiſit, non vti auxilio SCti Velleiani certiſsimum eſt, quia debitrix fuit vxoris, quæ eam expromittere iuſsit; quæ eam delegauit, & interceſsit in rem ſuam, quia erat debitrix vxoris. Et mulieribus intercedentibus in rem ſuam non ſuccurritur, *l. 2. 13. 22. & 24. in princ. hoc tit.* Non omnis fideiuſsio aut expromiſsio interceſsio eſt: vt prima facie interceſsio eſt, non ſecunda, vt puta, ſi fiat in rem ſuam, non in rem alienam,

Ad l. 18. de compenſat.

In rem ſuam procurator datus, poſt litis conteſtationem ſi vice mutua conueniatur, æquitate compenſationis vtetur.

SI procurator abſentis conueniatur ob proprium debitum, quæro an poſsit actori compenſare, quod is non ſibi ſed domino abſenti debet? Et certum eſt, non poſſe compenſare id, quod domino abſenti debet, eum, qui ſuo nomine conuenitur, ſed id tantum, quod ſibi debet vice mutua non alij, *l. eius, C. eod. tit.* Compenſatio eſt computatio vice mutua debitæ quantitatis. Et è contrario, ſi debitor conueniatur à procuratore creditoris, eadem ratione non poteſt compenſare actori, quod ſibi procurator debet, qui agit nomine alterius, ſed id tantum, quod vice mutua ei debet, is cuius nomine procurator agit, vt in tutore proditum eſt, *l. pen. hoc tit.* Et hoc in procuratore in rem alienam eſt veriſsimum indiſtincte, ſiue iam litem conteſtatus ſit nomine domini abſentis, ſiue non. At in procuratore in rem ſuam quid dicemus? de hoc agitur in principio huius legis: procurator in rem ſuam eſt veluti emptor nominis, cautionis, obligationis, vel is cui donatum nomen aliquod & mandata actio creditæ pecuniæ, actio nominis: hic eſt procurator in rem ſuam, cui mandatum eſt, vt ageret in rem ſuam, vt ſibi haberet, quod ferret ex condemnatione, tanquam emptum vel donatum, & in procuratore in rem ſuam, hæc lex dum ait, *in rem ſuā procurator datus poſt litis conteſtationem, &c.* oſtendit, in eo eſſe faciendam diſtinctionem temporis hoc modo, vt ſi poſt litem conteſtatam procuratorio nomine procurator datus in rem ſuam conueniatur à reo ob proprium debitum, compenſare poſsit quod domino actor debet, non ſi conueniatur ante litem conteſtatam, à reo ob proprium debitum. Et ratio hæc eſt, & vt ſit neceſſe eſt, quia licet ſit datus procurator in rem ſuam, tamen non ante intelligitur res ſua eſſe, & ſibi ſuo nomine deberi quaſi principali creditori, quam litem inchoauerit, vt ſuam, & conteſtatus fuerit. Obiicies merito, imo & ante litem conteſtatam rem ſuam eſſe, & vtilem actionem habere ſuo nomine procuratorem datum in rem ſuam, *l. 6. & 7. C. de oblig. & action. l. procuratoris, de procur.* Nec procurator datus in rem ſuam poteſt reuocari, etiamſi res ſit integra; puta, ante litem conteſtatam non poteſt reuocari, qui factus eſt procurator ad agendum in rem ſuam, quia reuocaretur emptio aut donatio perfecta, quod fieri nequit: & in eo valde errat Gloſſa, dum putat ante litem conteſtatam (tota gloſſa delenda eſt) poſſe reuocari procuratorem in rem ſuam. *Et l. 3. C. de nouat.* quam adducit, eſt de procuratore in rem alienam, non in ſuam, vt ſcilicet non poſsit reuocari procurator in rem alienam his tribus caſibus: ſi iam litem conteſtatus ſit, ſi partem pecuniæ acceperit, ſi denuntiauerit creditori vt ſolueret. His tribus caſibus non poteſt reuocari, quia res non eſt integra. Hi tres caſus nihil pertinent ad procuratorem in rem ſuam, quoniam is nullo modo, nullove tempore reuocari poteſt, non magis quam emptio aut donatio, cuius cauſa eum procuratorem fecit in rem ſuam. Sic igitur colligo: etiam ante litem conteſtatam res videtur eſſe procuratoris dati in rem ſuam, quia reuocari non poteſt, & habet vtilem actionem ſuo nomine. Adde, & quia poreſt etiam ante litem conteſtatam alium facere procuratorem ad agendum, quaſi principalis creditor: & quia, ſi moriatur ante litem conteſtatam tranſmittit actionem ad heredem ſuum, *l. ille, C. de donat.* Cur non idem eſſe dicimus in procuratore in rem ſuam, etiamſi litem conteſtatus non ſit, quia & ante litem conteſtatam hæc omnia habet? Difficile eſt, imo impoſsibile huic argumento reſpondere, & laudo plurimum Paulum Caſtrenſem, qui fatetur, quamuis Papinianus dicat, *poſt litis conteſtationem*: tamen & ante

litis contestationem, procuratorem in rem suam per omnia haberi pro domino rei & creditore principali, ac proinde etiam compensare posse, quod ab eo à quo conuenitur ob proprium debitum potest petere, vt procurator in rem suam. Sed his verbis, *Post litem contestatam*, Papinianus proponit difficiliorem casum, in quo plus inerat dubitationis: quia dubitari poterat, an etiam id, quod iam petitum est in iudicio lite contestata, postea compensari possit dimissa petitione, dimisso priore iudicio? sed placet etiam id compensari posse, ne fiat contra regulam iuris, quæ non patitur litis contestatione deteriorem fieri conditionem actoris, *l. non solet, de reg. iur.* Et ita est proditum in *l. 8. hoc tit.* Hoc igitur initium huius l. consentit cum l. 8.

Ad §. creditor.

Creditor compensare non cogitur, quod alij, quam debitori suo debet, quamuis creditor eius pro eo qui conuenitur ob debitum proprium velit compensare.

PEto à Lucio Titio quod mihi debet. meus creditor paratus est pro L. Titio compensare, quod ei debeo vt L. Titium dimittam: an cogor admittere compensationem? Minime, quia eius tantum pecuniæ iusta compensatio est, quam actor debet reo, non alij, *l. eius, C. eod. t.* Sed si creditor meus velit gratificari L. Titio debitori meo soluat pecuniam pro illo: Compensatio illa non est pro solutione, sed iusta compensatio tantum vt *l. 4. qui pot. in pign. hab.*

Ad l. 25. depos.

Die sponsaliorum, aut postea, res oblatas puellæ, quæ sui iuris fuit, pater suscepit. Heres eius vt exhibeat, recte conuenietur etiam actione depositi. Qui pecuniam apud se non obsignatam, vt tantundem redderet, depositam, ad vsus proprios conuertit: post moram in vsuras quoque iudicio depositi condemnandus est.

DVæ sunt partes huius legis. Primam exposui in *l. fideiussor §. vlt. de neg. gest.* Secunda pars est apertissima. Ego deposui apud te sacculum pecuniæ non obsignatum: Videor tibi facere potestatem vtendi pecunia & conuertendi in vsus tuos, quia non obsignaui sacculum pecunia plenum, vt scilicet tu mihi tantundem reddas, vel etiam palam pecuniam non obsignatam apud te deposui, vt non eadem, sed tantundem in genere mihi reddere, si eam conuertisti ad vsus tuos, aut est mutuum, aut depositum. Quæritur, vtrum sit? quod magni interest scire. Nam si est mutuum, nec post moram eius pecuniç debentur vsuræ, quia non sunt deductæ in stipulatum, *l. 3. C. de vsur. l. qui negotia, mand. l. Titius, de præscrip. verb.* si est depositum, vt in bonæ fidei iudiciis fit, debentur vsuræ ex mora. depositum est contractus bonæ fidei, *l. mora §. in bonæ fidei, de vsur.* Et respondet Papinianus potius depositum esse, licet nonnihil degeneret à depositi conditione, quæ talis est, vt eadem pecunia reddatur in specie, quæ deposita est, non eadem quantitas in genere, vt fit in mutuo. Denique depositum est nonnihil accedens ad mutuum, sed tamen quod depositi iure potius censendum sit: secundum hoc dicit, ex mora eius pecuniæ deberi vsuras.

Ad l. 7. mandati.

Salarium procuratori constitutum, si extra ordinem peti cœperit, considerandum erit: an laborem dominus remunerare voluerit, atque adeo fidem adhiberi placitis oporteat, an euentum litium maioris pecuniæ præmio contra bonos mores procurator redemerit.

A NOnnunquam procuratori litium salarium constituitur remunerandi laboris gratia. Constituitur autem non tantum pactione, sed etiam pollicitatione certæ quantitatis, puta, solo domino offerente & promittente, non interrogato, se daturum salarium certum, si bene rem gesserit & vtiliter. Regulariter ex pollicitatione actio aut persecutio non est, sed excipiuntur casus quidam in tit. *de pollicitat.* & hic etiam casus: si dominus procuratori suo salarium polliceatur, & is, cui constitutum est salarium, appellatur salariarius in *l. 10, §. idem Labeo, hoc tit.* Non omnis procurator est salariarius, sed is tantum, cui constituit dominus salarium. Vnde apparet procuratori non esse petitionem salarij, si ei constitutum non fuerit: quare maxime distat ab aduocato: nam aduocato honorarij petitio est, etiam si ei cautum non fuerit, *l. 1. §. in honorariis, de extraord. cog.* Et

B ratio differentiæ hæc est, vt infra demonstrabitur plenius, quia officium procuratoris constituitur mandato, quod est gratuitum, aduocati officium non est gratuitum. Petit autem procurator salarium, quod ei constitutum est non per actionem, sed per persecutionem, id est, extra ordinem, cognitione Prætoris vel Præsidis, vt omnia salaria & honoraria constat pertinere ad cognitionem Prætorum vel Præsidum, & extra ordinem peti persecutione extrordinaria, *d. l. 1.* vt fideicommissa Vlpianus *lib. sing. reg.* scribit non peti per actionem sed in vrbe cognitionem esse consulum vel Prætoris fideicommissarij: in prouinciis autem Præsidum prouinciarum, hoc est, extraordinariam persecutionem fidei-

C commissorum, vt in *l. pecuniæ §. persecutionis, de verbor. signif.* Nec dicas cum interpretibus procuratorem salarium petere, quod ei constitutum est per actionem mandati ex *l. prox. in princ.* quia causa salarij nihil habet commune cum causa mandati, cum lite, cuius executio procuratori mandatur: & nominatim in *l. 56. §. salarium, hoc tit.* dicitur, procuratorem actione mandati non petere, vt sibi salarium constituatur: qui locus etiam probat, quod initio diximus, salarium constitui pollicitatione nuda, vt *l. vlt. § vlt. de oblig. & act.* vbi mulier quædam ita scribit ad quendam: *Veni huc, tibi quamdiu viuam præstabo aureos decem: veni & præstabo tibi salarium*, id est, *decem annuos.* Quæritur: an ex ea scriptura, si ille venit, possit petere salarium?

D Respondit Scæuola illo loco, iudicem æstimare debere ex caussis & personis, an sit danda actio, id est, persecutio extraordinaria, actionis nomine accepto latissime. Nam posset mulier eum vocare turpi ex causa ex qua non esset danda persecutio salarij. Denique vt posuimus initio, verum est salarium constitui nuda pollicitatione, & peti non actione proprie, sed persecutione extraordinaria, hoc est, interuentu ipsius Prætoris vel Præsidis, non vt fit in iudiciis ordinariis à Prætore vel Præside accepto speciali iudice. Et quod ait l. *prox. supr. Si remunerandi causa honor interuenerit*, id est, si salarium siue honorarium procuratori constitutum fuerit remunerandi laboris causa, esse mandati actionem, eo non significatur salarium peti actione mandati, sed etiam si salarium interueniat, nihilominus ex negotio gesto esse vltro ci-

E troque mandati actionem: salarium non esse mercedem, sed honorarium siue honorem: alioquin salariarius non esset procurator, quia procurator constituitur per mandatum, & mandatum nisi gratuitum nullum est *l. 1. hoc tit.* Nam, inquit, originem ex officio & amicitia trahit: hominum autem charitas & amicitia gratuita est, contraria officio, contraria amicitiæ merces. Hinc manifestum est, quam distet officium procuratoris, ab officio aduocatorum: qui vt Seneca ait in Hercule furente,

Clamosi rabiosa fori iurgia vendunt,
iras & verba locant.

Nec ducuntur amicitia, vt procuratores, sed quæstu. Non loquor de procuratoribus huius temporis rapa-

cissimo hominum genere: sed de amicis, qui nobis ab- A sentibus rogatu nostro libenter suscipiunt defensionem litium nostrarum, & nobis suam operam accommodãt. Officium aduocati; non est amici officium, sed procuratoris, & sic vocatur à Marco Tullio *amicus voluntarius*: & negotiorum gestor sine mandato procuratori est adsimilis. Locatio est si interueniat merces, & pretium operæ; non si interueniat modicum salarium honoris gratia, *l. 7. §. si mens. fals. mod. dix.* si interueniat ἀντίδωρον, & quod interueniat salarium, honorarium, ἀντίδωρον, non ideo minus est mandatum, non ideo minus est vltro citroque actio mandati. Et hoc est quod ait *l prox. in prin. Si remunerandi gratia honor interueniat*, id est, ἀντίδωρον, *nihilominus vltro citroque esse actionem mandati.* Non ex ea constitutione salarij, quæ alia res est, sed ex ipso contractu: non ergo petitur salarium procuratori constitutum B actione mandati, vel qua alia actione ordinaria, sed petitur extra ordinem, vt ait hæc lex. Et in *d. l. 56. §. vlt.* proditum est, *extra ordinem*, id est, cognitione Prætoria vel præsidiali, vt *l. 1. C. eod. tit.* non accepto speciali iudice à magistratu, vt fit in iudiciis ordinariis, quia iure ordinario Prætor non cognoscit nec iudicat, sed dat iudicem specialem in quaque lite: at salario petito extra ordinem, Papinianus ait hoc loco, considerandum esse, hoc est, Prætorem vel Præsidem, apud quem petitur salarium, debere animaduertere, vtrum vere salarium dominus constituerit remunerandi laboris gratia, vt eius petitionem admittat: an vero malo more atque peruerso procurator euentum litis redemerit, puta, interposita cautione huiusmodi, quę damnatur etiam in aduocatis, vt si vinceret, ferret tertiam vel dimidiam partem li- C tis, quæ plerumque maioris pecuniæ est, quàm salarium, quod tenue esse solet atque modicum, cùm honoris tantum gratia detur. Exiguum est semper, quod defertur tantum honoris ergo. Hæc pactio longe egreditur modum salarij solemnem, & est contra leges, contra bonos mores, nec ex ea Prætor vel Præses petitionem admittere potest *l. 20. C. mand. l. litem, C. de procurat. l. proxima, §. vlt. supr. hoc tit.* quæ etiam ait Idem esse (quod notandum) si procurator ex euentu litis de proprietate rei, qualis fuit ea de qua ibi agitur, pactus sit sibi dari certam quantitatem, puta, quingentos aureos. quæ forte adæquent dimidiam, aut tertiam partem litis. Nam quid refert partem paciscatur, an quantitatem parti parem? nec D cum Interpretibus vlla nobis vnquam est in hoc constituenda differentia.

Ad l. 56. mandati.

Qui mutuam pecuniam dari mandauit, omisso reo promittendi, & pignoribus non distractis, eligi potest. quod vti liceat, si literis exprimatur, distractis quoque pignoribus ad eum creditor redire poterit. Etenim quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inseruntur, ius commune non lædunt.

SI creditor ex mandatu alterius L. Titio pecuniam crediderit sub pignorib. vel hypothecis, certum est hoc iure creditorem posse omisso debitore principali & omissis pignoribus mandatorem conuenire, qui mandauit, vt pecuniam crederet, quod obtinuit ante No- E uell. Iust. *de fideiuss. & mandat.* Nam ex ea Nouella non potest creditor eligere mandatorem, sed creditori ius electionis, quod erat vetustissimum, adimit Iustinianus. At seruato iure veteri fingamus ita conuenisse, atq; etiã vt ait hoc loco, literis cautum fuisse, forte facto nomine. vt *l. non figura, de oblig. & act.* vel mandato contracto per epistolam, vt *l. 1. hoc tit.* conuenisse, inquam, vt liceret creditori, omisso reo principali, & omissis pignoribus eligere mandatorem, quod hoc iure vtique liceret, etiamsi nihil de eo conuenisset. Inde quæritur: si creditor non eligat mandatorem, vt conuentio permittit, sed eligat pignora, & minoris distrahat, an possit reliquum, quod credito deest, à mandatore petere? & potest quidem iure communi, *l. reos, C. de fideiuss.* sed quia conuenit hoc tantum, vt omisso debitore & omissis pignoribus possit eligere mandatorem, non etiam, vt electis pignoribus possit redire ad mãdatorem: quod omissum est in conuentione, videtur creditori non licere, & minor esse electio permissa conuentione, quam sit electio permissa iure communi: imo ius commune conuentione restringi & coarctari. Sed aliud sequitur Papinianus hoc loco: quia conuentio illa ex abundanti facta est, cum ipso iure ita se res haberet. igitur superuacua conuentio est, & facta in hoc tantum, ne quis dubitaret de mente contrahentium, an in iure electionis ius commune seruari voluissent. Denique vt appareret perspicue, eos velle sequi ius commune & permittere electionem creditori, & quæ dubitationis tollendæ gratia, *εἰς ἀναίρεσιν ἀπορείας*, contractibus inseruntur, ius commune non lædunt, quæ sententia etiam repetitur in tit. *de reg. iur.* Ergo in specie proposita ius commune per omnia seruatur, non tantum in casu conuentione expresso, sed etiam in non expresso, in omni casu. Valde notandum est hodie (quia sublatum est ius electionis Nouella Iustiniani) illam conuentionem, vt liceat creditori omisso reo principali eligere mandatorem, non esse superuacuam, quia aliud Nouella constituit, & esse iustam, vel quod consentiat etiam cum iure veteri, quo contrahentes etiam post Nouellam si velint, vti possunt. Quidni? nec Nouellæ locus est, aliter quam si aliud non conuenerit. Hodie igitur, quia illa conuentio non est superuacua, etiam accipiemus stricte, nec aliud permittemus creditori, quam quod in ea scriptum est, vt omittat reum principalem si velit, & eligat fideiussorem vel mandatorem, vt conuentio ea quam minimum recedat à Nouella: denique quod in ea erit omissum, pro omisso habebitur.

Ad §. fideiussor.

Fideiussor, qui pecuniam in iure obtulit, & propter ætatem eius, qui petebat, obsignauit, ac publice deposuit, confestim agere mandati potest.

FIdeiussor conuentus à creditore minore xxv. annis, debitam pecuniam ei obtulit in iure, hoc est, dixit se habere pecuniam in manu, & se paratum esse eam recte soluere, & ita in iure, ad tribunal Prætoris obtulit ei pecuniam, sed non tradidit, metu, ne minor eam perderet, & perdita pecunia restitueretur in integrum aduersus solutionem sibi factam, & rursus cogeret fideiussorem sibi soluere eandem pecuniam: hac ratione motus fideiussor obtulit minori pecuniam debitam, non tradidit, sed obsignauit & deposuit in æde sacra, vt in *l. 7. de minor. l. 64. de fideiuss.* Quæritur: an confestim possit fideiussor agere mandati aduersus reum promittendi, quod mandatu eius fideiusserit? & respondet posse, nimirum, quia obsignatio & depositio pro solutione est, cum nunquam sit fideiussor eam pecuniam recuperaturus.

Ad §. non ideo.

Non ideo minus omnis temporis bonam fidem explorari oportet, quod dominus post annos 5. prouincia reuersus, mox reipublicæ causa profecturus, non acceptis rationibus mandatum instaurauerit. Cum igitur ad officium procuratoris pertinuerit, quicquid ex prima negotiorum gestorum administratione debuit ad secundam rationem transferre, secundi temporis causa priorem litem suscipiet.

DOminus profecturus in prouinciam, Romæ procuratorem rerum suarum reliquit L. Titium, & reuersus ex prouincia post quinquennium, mox Reip.

causa in alium locum profectus est non acceptis rationibus quinquennij à procuratore, videtur tacito intellectu restaurasse mandatum, quia neque exigit rationes, neque accepit. Non ponit id, dominum instaurasse specialiter, sed tacite, quod discesserit non acceptis rationibus. Nec sentit Papinian. reditione domini ex prouincia reuocari mandatum: reuocatur enim redditione rationum quasi actu peracto, negotio confecto, non reditione domini ex prouincia in vrbem. Verum vt duæ sunt profectiones, ita quasi instaurato mandato duæ intelliguntur esse administrationes, & pro ratione profectionum distinguenda sunt tempora administrationis negotiorum absentis, siue procurationis negotiorum absentis, ita vt quod ex prima administratione procurator domino se non debere non ignorat, id à seipso exigat, & transferat in rationem secundæ administrationis, vt scil. quod in aliorum persona præstare debet, id præstet in suam, vt *l. si negot. hoc tit.* Denique vt quod debet ex prima administratione, id transferat in secundam, quæ cœpit à secunda profectione domini. Quamobrem in lite de secunda administratione veniet etiam ratio primæ administrationis, quasi translata in secundam, nec videbitur procurator liberatus prima, quod sit ei restauratum mandatum non accepta ratione primæ imo in omni contractu, vt ait *l. si mandati §. 1. hoc tit.* In vtraque administratione vtroque tempore se bona fide rem gessisse probare & præstare debet: & nihil est præterea in hoc §.

Ad §. salarium.

Salarium incertæ pollicitationis neque extra ordinem recte petitur, neque iudicio mandati, vt salarium tibi constituat.

EX hoc loco (vt solent Imperatores vti libentius Papiniano quam cæteris) sumpta est *l. salarium, C. eod. tit.* sic legenda: *Salarium incertæ pollicitationis peti non potest.* Sententia hæc est: Salarium incertum, quod pollicetur dominus procuratori, puta hoc modo; feres non leue præmium, si bene gesseris rem meam, neque posse peti extra ordinem, vt solet peti, cum iure constitutum est, nec actione mandati, vt scilicet constituatur certum atque præstetur. Denique constitutio salarij incerti, nullius momenti est. Interdum & tutori constituitur salarium à Prætore, à testatore, vel à iudice, vt eo contentus non deprædetur pupilli bona, vt Demosthenes in Aphobum 1. orat. ait, patrem constituisse salarium tutori filij: sed exigimus, vt etiam salarium, quod tutori constituitur, sit certum; alioquin nihil agitur *l. à tutoribus §. vlt. de administ. tut.* Votum quoque incertæ pecuniæ pontifices censent non valere apud Titum Liuium 35.

Ad §. sumptus.

Sumptus bona fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, iudicio mandati restitui necesse est.

PRocurator ad litem vel ad negotium sumptus fecit necessarios bona fide, euentus rei non est sequutus, non potuit optatum negotio finem imponere, an ideo nō restituentur ei sumptus bona fide facti? Imo vero restituentur etiamsi euentus non responderit, vt in *l. ex mandato, hoc tit. & l. 4. l. 11. C. eod. tit.* Idem est etiam in tutore, *l. 3. §. sufficit, de contr. iud. tut.* non idem est in negotiorū gestore, qui non rogatus, vltro se offert defensioni litis alienæ, & causa cadit. Hic quod ex condemnatione præstiterit sane recuperat, quia bona fide accessit ad negotium alienum: sumptus litis non recuperat, quia debuit exploratius litem alienam non rogatus defendendam suscipere, quod Glossa recte notat & exponit; & memini me tradere *lib. 2. ad leg. liberto, de negot. gest.*

Ad l. 82. pro socio.

Iure societatis per socium ære alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint.

POnit vnum ex sociis mutuam pecuniam accepisse, & cum quæreretur: an ex ea causa, alter socius obligatus esset: Respondet Papinianus, non esse obligatum eo nomine alterum socium, nisi pecunia versa sit in rem & in arcam communem: quod non ita est accipiendum, vt dicat alterum socium eo nomine creditori, qui mutuam pecuniam dedit alteri, socio non obligari aliter, quam si pecuniæ versæ sint in rem aut arcam communem: neque enim hoc sentit Papinianus, quia etiamsi pecunia, quam socius mutuam accepit, versa sit in arcam communem, alter socius eo nomine creditori non obligatur, cum quo nihil contraxit: sicut quum quis alius mutuam pecuniam sumit, & eam mox vertit in rem meam, ego creditori non teneor condictione, quæ de mutuo dato proponitur, vel qua alia actione *l. eum qui, C. si cert. pet.* Non quærimus in credita pecunia, ad quem ea pecunia peruenerit, sed quis eam mutuam rogarit, quis contraxerit, vt hic solus obligetur. Etiam Seneca 5. de benef. *Pecunia ab eo petitur, cui credita est, quamuis illa ad me aliquo modo peruenerit.* At semper excipio ab hac definitione argentarios socios, in quibus ius hoc esse consuetudine receptum Cornificius scribit *secundo ad Herennium*, vt quod quis argentario expensum tulerit, id à socio argentarij in solidum repetere possit. Nec mirum, cum è diuerso, quod quis argentario acceptum tulerit, id socius argentarij in solidum repetere possit, vt aperte dicitur iure singulari esse constitutum in *l. si vnus ex argent. in princ. sup. de pact.* Hoc iure singulari in argentariis tantum sociis receptum est, non in cæteris sociis. falsum igitur, quod Cynus & Baldus generaliter statuunt, socium communi nomine mutuum in solidum accipientem, alterum socium obligare creditori in solidum condictione creditæ pecuniæ, hoc est, creditorem, quod vni ex sociis expensum tulerit, id ab altero socio, cum quo non contraxit, in solidum repetere posse, quod receptum tantum est in argentariis sociis propter necessarium vsum argentariorum & mensæ, propter vtilitatem publicam, *l. quod prius, depos.* sicut & pleraque alia constat esse recepta singularia in argentariis ex Nouel. 136. Verum quod attinet ad sententiam huius responsi, hæc verba Papiniani: *Iure societatis*, aperte demonstrant, hanc esse Papiniani sententiam, vt nomine æris alieni, quod socius fecit atque contraxit, ei socio alter socius non obligetur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint: nam hoc casu, quum pecuniæ in communem arcam versæ sunt, socio qui mutuam pecuniam sumpsit, alter socius obligatur, & tenetur actione pro socio, vt eius pecuniæ reputationem admittat in distrahenda societate, & deductionem ex arca communi, in quam ea pecunia versa est, videlicet, si præsente die pecunia debeatur: vel si debeatur sub conditione, aut in diem, vt alter socius pro sua parte, ei qui mutuam pecuniam sumpsit caueat de indemnitate, & hac denique ratione fiat, vt quod in arcam communem versum est, ex communi arca soluatur, *l. 27. & 28. hoc t.* Omnis societas habet arcam pecuniamque communem, sicut omne collegium & omnis vniuersitas *l. 1. §. quibus. quod cuiusque vniuer.* At si ea pecunia, quam vnus ex sociis mutuam sumpsit, versa non sit in arcam communem, alter socius ei non obligatur iure iudicioque societatis, hoc est, actione pro socio. Atque ita apparet, quod vnus ex sociis pecuniam mutuam sumpserit non hoc quæri in hac lege, an alter socius creditori teneatur actione creditæ pecuniæ, sed hoc quæri tantum, an alter socius teneatur socio actione pro socio, vt nomen quod fecit socius, ratum habeat, patiaturque dissolui ex arca communi, quod

nequaquam faciet, nisi pecuniæ versæ sint in arcam communem societatis.

Ad l. 73. de contr. empt.

Æde sacra terræ motu diruta, locus ædificij non est prophanus: Et ideo venire non potest.

CErtum est loci sacri vel religiosi emptionem nullam esse, *l. 6. in princ. l. 22. l. 51. hoc tit. §. vlt. Inst. de empt. & vend.* quia scilicet res sunt diuini iuris, non humani. Et ideo Papinianus ait in hac lege, si ædes sacra corruerit, si terræ motu aut vetustate areæ, quæ superest, emptionem non esse, quia area sacra permanet, nec diruto ædificio mutatur ius & conditio soli. Et hoc quidem est ex Papiniano nominatim relatum in *Instit. §. locus, de rerum diuis.* & confirmatur etiam Epistola Traiani ad Plinium: *Si*, inquit, *sacra ædes esset, licet collapsa sit, religio eius occupauit solum.* Victoria quidem locus desinit esse sacer aut religiosus, non ruina ædificii, victoria fit prophanus *l. cum loca, de relig. & sumpt.* quod etiam Marc. Tullius indicat libro de signis, *Has tabulas*, inquit, *M. Marcellus cum omnia victoria sua prophana fecisset, tamen religione impeditus non attigit.* Et Virgilius in 12. Æneid.

Quæve loca Æneadæ bello fecere prophana.

Locus etiam, quem mortui illatio religiosum fecit, prophanus fit mortui reliquiis translatis in alium locum, *l. cum diuers. de relig.* quam translationem ait lex impetrari debere, à Principe scilicet vel collegio Pontificum, vt in *l. ossa, eod. tit.* Et legenda est ad hanc rem Epist. Plinii ad Traianum, de transferendis mortui reliquiis. Nec omittam quod additur in *d. l. cum in diuersis.* Si in diuersis locis sepultum sit, vtrumque locum non esse religiosum quod vnius hominis sepultura, plura sepulchra efficere non possit, sed eum locum esse religiosum in quo quod principale est conditum & inhumatum est, vel vt in ead. l. dicitur, *vbi quod est principale conditum est, id est, caput, cuius imago fit, inde cognoscimur.* Sic enim recte in Florentinis est scriptum *principale caput, cuius imago fit*, non reliqui trunci: In pompa funebri scilicet circumfertur imago vultus tantum, quod inde cognoscamur potissimum. Et hanc rationem etiam adfert Arist. Problematum parte secunda, διὰ τῆς τὸ πρόσωπον τὰς εἰκόνας ποιοῦσι, ὅτι μάλιστα γινώσκεται. & ita recte illo loco *principale*, id est, caput, cuius imago tantum fieri soleat quod inde cognoscimur potissimum.

Ad §. intra maceriem.

Intra maceriem sepulchrorum hortis vel cæteris culturis loca pura seruata, si nihil venditor nominatim excepit, ad emptorem pertinet

SEpulchra olim, quod nemo ignorat, erant diuitibus propria & priuata in agris suis & suburbanis, seruis autem & inopibus erant communia atque publica: quæ ad vrbem puticuli, ad municipia culinæ, quia ex 12. tabulis ius non erat, nec fuit vnquam iure ciuili populi Romani sepeliendi vel vrendi in vrbe, *l. mortuum, C. de relig. l. 8. §. Diuus, inf. de sepul. viol.* Sepulchra autem propria qui habebant in agris suis, plerumque macerie circumdare solebant, intra maceriem relictis hortis aut vineis, aut aliis culturis aut ædificiis. Et ipsa quidem sepulchra erant religiosa, quatenus corpus vel ossa condita erant, quatenus corpus humatum erat, nec enim totus locus sepulturæ destinatus, & forte, vt posui, materia reclusus, religiosus erat, nec qua fines sepulchri finiti erant in frontem & in agrum, & in ambitum quaquaversus, vt est in *l. 2. §. sepulcrum, sup. de relig.* vt Celsus

B

C

D

E

definit. *Non totus locus est religiosus, qui sepulturæ destinatus est, sed eatenus duntaxat, quatenus humatum est.* Loca igitur sepulchris cohærentia vel adiacentia ædificia, horti, vineæ, cæteræque culturæ, etiamsi positæ sint intra maceriem sepulcrorum, loca sunt pura, id est, profani iuris, *l. locum, C. eod. tit.* Et huc maxime pertinent antiquæ sepulcrorum inscriptiones, Romæ: *Agrum siue hortum cum ædificio macerie inclusum posteris suis, & libertis libertabusque suis dominus consecrauit.* Et Neapoli: *Huius monumenti ius qua maceria clusum est cum taberna & cœnaculo heredem non sequitur, nec intra maceriam humari quemquam licet.* Hæc autem loca pura, quæ sunt intra maceriem sepulchri emptorem fundi siue agri totius sequi Papinianus ait, si ea venditor nominatim non exceperit. Nec mirum, cum & sepulchri locus sequatur emptorem si exceptus non sit. Nec obstat quod dicitur loci sacri nullam esse venditionem, quia etiam non ipse locus sepulchri væniit, sed emptioni maioris partis accessit, puta agri totius *l. 22. 23. 24. hoc tit.* vt rei suæ nulla emptio, sed si fundi portiuncula sit mea emendo fundum totum, & partem meam videor emere, *l. 13. tit. seq.* Sic igitur locus sepulchri vendi specialiter non potest, accedere tamen potest venditioni maioris partis. Et ita eleganter Ambrosius lib. 1. de Abrahamo: *Sæpe*, inquit, *cum alienationibus possessionum, venales fiunt quæ in iisdem locis sunt sepulturæ.* Sed hoc ita in sepulchro procedit, si ad sepulchrum venditori vendito agro aut fundo aditus nullus superfit: Finge, sepulchrum esse in meditullio agri, nam si venditori sit aditus ad sepulchrum, fac sepulchrum positum secundum viam publicam, ius sepulchri venditor retinet etiam si id non exceperit in vendendo fundum, *l. si mercedem §. 1. inf. de act. emp.* In qua cum ita Labeo scripsisset: *Si fundum vendidisti, in quo sepulchrum habuisti, nec sepulchrum tibi nominatim excepisti, parum eo nomine tibi cautum habes.* notat Paulus, *minime: si modo ad sepulchrū iter publicū transit*, hoc est, si habeat aditum ad sepulchrum venditor fundi, qui non excepit sepulchrum, si habeat aditum per viam publicam, non amittit ius sepulchri. Cæterum excepto sepulchro in venditione fundi vel nominatim vel tacite, vt dixi, cum venditori superest aditus ad sepulchrum. Denique excepto tantum sepulchro, non videntur excepta loca pura, quæ sunt intra maceriem sepulchri. Et hæc est sententia Papiniani, dum ait, intra maceriem sepulchrorum hortis vel cæteris culturis.

Ad leg. vlt. de in diem addict.

Prior emptor post meliorem conditionem oblatam, ob pecuniam in exordio venditori de pretio solutam, contra secundum emptorem citra delegationem iure stipulationis interpositam agere non potest.

SEntentia l. huius hæc est. Si venditor emptori fundū in diem addixerit, hoc est, si ea lege fundum ei vendiderit, tradideri vt si alius intra certum diem meliorem conditionem venditori offerret, vt puta, si pretio adiiceret, fundus esset inemptus, & dominium eius abiret à priore emptore: hac lege interposita, alio, intra eum diem pretium adiiciente, eique venditore fundum addicente, prior emptio irrita constituitur, & inter emptorem priorem & venditorem vltro citroque est actio empti & venditi, nimirū venditori in priorem emptorem est actio venditi, vt fundum restituat, & fructus medio tempore perceptos, *l. item quod, l. Imperator, hoc. tit.* Et retro, priori emptori in venditorem est actio empti, vt pretium restituat, quod ei prænumerauit, & sumptus necessarios, quos in rem emptam fecit medio tempore, *d. l. Imperator.* Priori, inquam, emptori eo nomine est actio in venditorem, non in posteriorem emptorem, qui meliorem conditionem obtulit. Prior in posteriorem nullam habet actionem, quia nihil cum eo contraxit: nul-

lam, inquam, habet actionem, nisi si posteriorem emptorem priori venditor delegauerit, & is posterior emptor nouatione facta priori promiserit se redditurũ pretium, quod soluerat venditori, & sumptus in rem necessario factos. Et hoc est quod ait Papinianus in hac lege: *Citra delegationem iure stipulationis interpositam priori in posteriorem nullam esse actionem.* Delegatio peragitur per stipulationem, delegato scilicet promittente stipulanti ei cui delegatus est, *l. 11. inf. de nouat. l. 1. l. pen. C. eod.* Delegare est iubere debitorem nostrum, quod debet nobis, expromittere (quod verbum significat nouationem) creditori nostro stipulanti, quo genere fit nouatio obligationis, hoc est, in proposita specie liberatur posterior emptor à venditore, & obligatur priori emptori: potest etiam citra delegationem in posteriorem prior agere de pretio venditori soluto, si posterior constituerit se id soluturum, quod soluerat venditori, *d. l. pen. C. de nouat.* sed hoc genere non fit nouatio, *l. item, l. vbi quis, de const. pec. l. si filiusfam. de in rem verso, l. 3. §. 1. de admi. rer. ad ciuit. pert.* Potest etiam priori emptori venditor cedere actionem ex vendito aduersus posteriorem emptorem ob pretium, quod fecit posterior emptor, *l. vlt. C. quando fiscus, vel priu.* sed hoc etiam genere non fit nouatio obligationis, *l. 3. C. de nouat.* Papinianus igitur hoc loco eum tantum casum expressit quo fieret nouatio obligationis.

Ad l. pen. de peric. & comm. rei vend.

Habitationum oneribus morte libertorum finitis, emptor domus ob eam causam venditori non tenetur si nihil aliud conuenit, quam vt habitationes secundum defuncti voluntatem super pretium libertis præstarentur.

DVo sunt responsa in hac lege. Prioris species hæc est. Quidam in testamento liberis suis legauit habitationem in domo illa, quam post mortem testatoris heres vendidit sub onere præstandæ habitationis libertis secundum voluntatem testatoris: habitatio siue habitationis legatum, quod libertis relictum est, finitur morte libertorum, quia ius est personale quod non transit in heredem, *l. si habitatio, sup. de vsu, & habitat.* Vnde quæritur, an finito onere habitationis morte libertorum, quicquam heres ab emptore domus exigere possit: hac ratione quod minoris domum vendiderit propter onus habitationis, & nunc eo onere sublato morte libertorum, debeat ei præstari, vt intendit, quanto pluris ea domus nunc valet? Et respondet Papin. ob eam causam venditori emptorem non teneri, quia nihil sibi eo nomine cauit, & de se queri heres debet, qui in eum casum sibi non cauerit. Opus est cautione siue conuentione speciali, puta, vt remoto onere habitationis pretio aliquid adiiciat emptor; alioquin, si hoc non conuenit, commodum finitæ habitationis pertinet ad emptorem domus secundum regulam huius tituli, vt post perfectam venditionem omne periculum & omne commodum pertineat ad emptorem; & sic legato, quod notandum, vsufructu domus & herede vendente proprietatem, postea mortuo fructuario consolidationis commodum dicerem pertinere ad emptorem proprietatis, non ad venditorem.

Ad §. ante pretium.

Ante pretium solutum dominij quæstione mota, pretium emptor soluere non cogetur: nisi fideiussores idonei, à venditore eius euictionis offerantur.

SEntentia hæc est: actione ex vendito non cogi emptorem, cui res tradita est fide habita de pretio, soluere pretium venditori, si ei fiat statim in ipso limine siue exordio emptionis, controuersia dominij ab extra- A neo quodam, nisi paratus sit venditor emptori dare secundum auctorem, hoc est, fideiussorem idoneum euictionis nomine. Hæc est sententia posterioris responsi; cuius auctoritas tacite refertur & comprobatur, in *l. si post, C. de euict.* alias venditor non satisdat, sed repromittit tantum nuda cautione ob euictionem, nisi aliud conuenerit nominatim, *l. 4. l. empt. l. si dictum, inf. de euict. l. 1. §. stipul. de præt. stip.* quod etiam olim in venditionibus caueri nominatim solebat, ne venditor daret fideiussores euictionis nomine, sed contentus esset emptor nuda repromissione: id, hodie etiãsi omissũ sit pro cauto habetur, & transiit in ius commune, vt non aliter satisdet de euictione venditor, quam si id nominatim conuenerit inter emptorem & venditorem. Varro 5. de lingua Latina: *Caueri lege certum est ab iis, qui prædia venderent* B *vadesne darent, euictionis nomine, ne poscerentur.* At in casu proposito, cum in ipso limine venditionis mouetur emptori quæstio dominij, statim venditori emptor exprimit & extorquet satisdationem per retentionem pretij, si cum eo venditor agat ob pretium ex vendito, nempe opposita exceptione doli mali, & ideo ponit Papinianus hoc loco: ante solutum pretium dominij quæstionem motam, quia post solutum pretium nulla ratio est venditori extorquendæ satisdationis. Ait, *dominij quæstione mota*, sed idem est, si emptori moueatur quæstio hypothecæ, vt d. *l. si post, in fin.* Valde etiam notandum est, quod ait Papinianus, *eius euictionis*, non omnis euictionis generaliter, sed eius euictionis, quæ intentatur in ipso limine contractus: quod aperte demonstrat C hoc casu, non generalem euictionis satisdationem extorqueri vẽditori, sed specialẽ eius euictionis quæ fit in ipso limine contractus, quo nihil est certius ex illis verbis *eius euictionis*: vt plane sint resupini Doctores, qui hoc loco concertant generalis an specialis euictionis nomine sit satisdandum emptori in hac specie. Non est autem aliena hæc sententia Papiniani ab hoc tit. *de peric. & comm. rei vend.* quia à regula huius tituli excipitur periculum euictionis, *l. 1. C. de peric. & comm. rei vend.*

Ad l. 41. de actionibus empti.

In venditione, super annua pensitatione pro aqua ductu infra domum Romæ constitutam, nihil commemoratum est: D *Deceptus ob eam rem ex empto actionem habebit. Itaque si conueniatur ob pretium ex vendito, ratio improuisi oneris habetur.*

SPecies l. 41. hæc est: domus Romæ constituta væniit, quæ debuit fisco, vel ærario, annuam pensitationem pro aquæ ductu, id est, pro forma aquæ ductus, quæ transibat infra eam domum, κάτω τῆς οἰκίας, subtus eam domum. Vt in *l. cum seruus §. heres, de leg. 1.* Fuit huius pensitationis mentio pro forma aquæ ductus, siue pro aquæ forma, quod idem est, vt in *l. si pendentes §. si quid cloacarij, de vsuf. l. 1. C. de aqua ductu lib. 11.* Quibus locis etiam ostenditur: possessores per quorum prædia aquæ ductus transit pensitare certum tributum, aquæ ductus reficiendi & purgandi causa, & inde agrimensores, qui de limi- E tibus agrorum scripserunt, Mago & alij quidam: *aquarum*, inquit, *ductus per medias possessiones diriguntur, qui à possessoribus ipsis vice temporum repurgantur, propter quod leuia tributa persoluunt.* In domo autem illa, quæ væniit, si venditor non dixerit emptori quod sciebat aut scire poterat & debebat, domum huic oneri esse subiectam pro aquæ forma, decepto emptori, qui id ignorabat, tenetur actione ex empto, vt vel præstet emptori, quanto minoris empturus esset, si id ita esse sciuisset, vt in *l. si minor, C. eod. tit.* Quæ lex idem esse statuit, si venditor dixerit sciens vel ignorans, minus esse tributum aliudve quoddam, vel minorem esse capitationem prædij, quod notandum illo loco Capitationem dici etiam de prædijs, tributum soli etiam, Capitationem appellari, vt in *l. vlt. Cod. Theodos. sine censu vel reliquis fundum comparari non*

poſſe. Ergo lex, ait, quod ſi venditor minus id tributum dixerit, quod maius eſſe poſtea inueniatur, ſiue ſciuerit, ſiue ignorauerit onus prædij, aut oneris quantitatem certam, emptori tamen teneatur, quanto minoris actione ex empto. Ergo in hac ſpecie emptori in venditorem, qui reticuit onus ædium, competit actio ex empto quãto minoris, vel vt adiicit, ſi venditor agat cum emptore domus ob pretium, oppoſita exceptione doli mali, vt fit in ſecundo reſponſo, *l. pen. de peric. & comm. rei vend.* habebitur ratio improuiſi oneris, quod veluti ex improuiſo emerſit, cum ante latuiſſet emptorem domus, hoc eſt, quanto minus ex pretio conſequeretur venditor. Et hæc eſt ſententia huius legis, cui merito poteſt opponi lex *ſi ſterilis* §. 1. *hoc t.* Quæ differentiam facit inter venditorem ignorantem & ſcientem: ita, vt ſi venditor ſciens de tributo non dicat, quod debet prædium quod vendit, iſtius reticentiæ cauſa emptori teneatur ex empto: ignorans autem ſi de tributo nihil prædixerit, vt non teneatur ex empto: & tamen ante nos indiſtincte diximus teneri venditorem, ſiue ſcierit, ſiue ignorauerit: Sed ita eſt, ſi quod ignorauerit, ſcire debuerit aut potuerit, ſi iuſta non fuerit ignorantia eius, non ſi iuſta fuerit ignorantia, vt in exemplo propoſito in d. *l. ſi ſterilis* §. 1. Si domus hereditaria erat quam heres vendidit poſt aditam hereditatem, nam qui ſuccedit in ius alterius, ignorantiæ habet iuſtam cauſam, nec ſtatim ſcire poteſt conditiones & ius rerum hereditariarum, atque ita plane ignorans, qui vendidit domum hereditariam, & nihil dixit de tributo, quod debet, ignorantia eum excuſat: At qui ſcire debuit, aut potuit pro ſciente habetur, vt *l. pen. ſup. ad Senatuſc. Macedon. l. ſi Titius, de fideiuſſor. l. 1. §. cauſa, de ædil. edic.* vbi ait, venditorem teneri, quia potuit vitia rei venditæ nota habere, vt Marcus Tull. eadem de re ſcribens 3. *de offic.* vnus, quia ſcire debuit, alter quia ſcire potuit: vtrumque idem poteſt. Et ita Græci in *l. pen. de condict. cauſa data*: illo loco: *Cum ſciret, ſe inuito domino vti*, hæc ſupplent, γινώσκων, ἢ ὀφείλων εἰδέναι, *ſciens vel ſcire debens*, quia hæc ſunt paria. Nec vero alia eſt ratio, cur nunquam ignorantia excuſet venditorem vaſorum, ſi vaſa non ſint integra, quod generaliter dicitur de omnibus vaſis, non de doliis tantum in *l. ſed addes* §. 1. *loc.* ſed etiam de omnibus vaſis in *l. 6. §. ſed ſi vas, hoc tit.* vt ſi vaſa vendita ſint vitioſa, ſi non ſint integra, vt ſemper eo nomine venditor emptori teneatur, etiam habens iuſtam ignorantiæ cauſam: quoniam in venditione aliarum rerum, quæ non ſunt integræ, ignorantia aliquatenus excuſat, *l. Iulianus, hoc tit.* Ignorantia in venditione vaſorum, nunquam excuſat, quoniam integra ea præſtare ſemper debet, quo iure vtimur. Integra vaſa ſemper præſtare debet venditor, quia ſcilicet ſcire poteſt facile, aut ſcire debet, quæ vaſa habeat integra vel non. Non eſt adferenda hæc ratio quam alias audiui aliquem adferentem; quod in doliis curandis ſoleant optimi patresfami. adhibere ſummam curam & diligentiam, quod ſoleant ea picare & defricare, & inſolare, vt non poſſint non vitia doliorum nota habere, quoniam hoc ita proditum eſt in quocunque vaſe, & ſingulare eſt in venditione vaſorum.

Ad l. 2. de pignor. & hypoth.

HÆc lex expoſita eſt ſupra ad *l. fideiuſſor* 32. *de neg. geſt.*

Ad l. 2. qui potior. in pign.

Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior eſt, cui poſtea prædium ex his bonis datur: quamuis ex cæteris pecuniam ſuam redigere poſſit. Quod ſi ea conuentio prioris fuit, vt ita demum cætera bona pignori haberentur, ſi pecunia A *de his quæ generaliter accepit, ſeruari non potuiſſet, deficiente ſecunda conditione, ſecundus creditor in pignore poſtea dato, non tam potior quam ſolus inuenietur.*

HVius legis duæ ſunt partes. Primæ partis ſententia hæc eſt: duo ſunt creditores hypothecarij ex diuerſis contractibus, alter prior altero, ſeu antiquior altero, & priori ſiue antiquiori generaliter omnia bona debitoris pignori ſeu hypothecæ obligata ſunt, poſteriori autem creditori ſpecialiter ex eis bonis certum prædium: quæritur, vter in eo prædio potior ſit? Is, cui id generaliter, an is, cui ſpecialiter obligatum eſt? Et reſpondet Papin. priuilegio temporis in eo prædio priorem eſſe eum, cui generaliter omnia bona obligata ſunt, etiamſi B omiſſo illo prædio poſſit ex aliis bonis redigere ſuam pecuniam; mauult redigere ex prædio & repulſo poſteriore creditore, cui tantum id prædium ſpecialiter & nominatim obligatum erat, quia ſcil. in generali hypotheca prioris ineſt ſpecialis: proinde quaſi ſingulæ res debitoris pigneratæ ſunt, *arg. l. ſi chorus, in prin. de leg. 3.* Eſt autem in arbitrio creditoris ex rebus ſibi obligatis, quib. velit, electis ad ſuum commodum peruenire, *l. creditores, de diſtract. pign.* Et cum hoc reſponſo Papiniani congruit etiam *l. generaliter, C. de diſtract. pign.* Nec ab eo diſcrepat *l. 2. C. de pign.* quam obiicit Accurſ. hoc loco, quoniam in *dict. l.* 2. non ponitur eadem ſpecies generalis hypothecæ in priori creditore, & ſpecialis in poſteriore, qualis ponitur in prima parte huius reſponſi, vt perperam illa lex huius legis primæ parti obijciatur, quæ non eandem ſed aliam ſpeciem cõtinet. Non C eadem igitur in *l. 2. C. de pignor.* ponitur ſpecies, quæ in prima parte huius reſponſi, ſed ea ipſa ſpecies, quæ mox à Papiniano ſubiicitur in ſecunda parte huius legis, videlicet primæ hypothecæ ſpecialis & puræ, ac ſecundæ hypothecæ generalis & conditionalis in priore creditore, in poſteriore autem ſpecialis tantum, in ſpecie idem conſtituit *d. l.* 2. quod Papinian. hoc loco. Eſt autem ſpecies talis. Priori creditori ſpecialiter res quædam pignoratæ ſunt ſubdita conuentione ſiue hypotheca generali ſub conditione, vt ſi ex iis rebus, quas ſpecialiter creditor pignori accepit, integram pecuniam redigere non poſſet, tum cætera bona præſentia & futura perſequeretur, quæ conuentio vulgaris erat, hoc eſt, vulgo adiici ſolebat in hypothecis. Speciali hypothecæ ſolebat ſubiici generalis ſub conditione ante *l. & quæ nondum* §. 1. *de pign. l. 9. de diſtract. pignor.* Et quod hac conuentione vulgo agitur, agique ſolebat, vt ita D demum generali hypotheca ea creditor vtatur, ſi ſpecialis, quæ præceſſit, non ſufficiat, id etiam actum ſemper intelligitur, vbicunque ſpeciali hypothecæ ſubiicitur generalis, etiamſi omiſſa ſit illa conditio, vt *d. l. 2. C. de pignor.* Quia quod vulgo fieri ſolet, ſi ſit omiſſum ſuppletur, & ſubintelligetur: atque ideo æquale ius in bonis omnibus, quæ volet eligere, creditor exercere poteſt, ſed prius æquum bonum eſt, vt excutiat ſpecialem hypothecam, quoniam ita ſenſiſſe intelliguntur contrahentes, hoc eſt, egiſſe tacite, quod vulgo agi ſolet expreſſe in contrahendis hypothecis. Pono igitur priori creditori res certas ſpecialiter fuiſſe pignori nexas, E & ſi eæ res non ſufficerent redigendo ſeu ſeruãdo debito, cætera bona generaliter: Poſteriori autem creditori ex cæteris bonis ſpecialiter fuiſſe obligatas res certas, & ita poſita ſpecie, ſi priori creditori ſpecialis hypotheca non ſufficiat, hoc eſt, ſi exiſtat conditio generalis, in cæteris bonis, prior potior eſt poſteriore; at ſi priori ſufficiat ſpecialis, hoc eſt, ſi deficiat conditio generalis, poſterior in ſpeciali ſua hypotheca ex cæteris bonis non tam potior, vt eleganter Papinian. ait, quam ſolus habetur, non concurrente alio creditore, quia deficit conditio hypothecæ generalis factæ priori creditori. Et hæc eſt ſententia ſecundæ partis, huius l. in qua illo loco, *Vt ita demum cætera bona pignori haberentur, ſi pecunia de his quæ gene-*

raliter accepit seruari non potuisset; manifestum est, pro *generaliter*, esse scribendum *specialiter*, vt in marginis spatio quidam adnotauit: alias legi *specialiter*, non *generaliter*, & profecto rectissime: alioquin ita poneret conuenisse Papinianus, vt ita demum cætera bona pignori haberentur, quæ verba *Cætera bona*, demonstrant generalem hypothecam, vt *l. 1. de distract. pign.* Vt igitur ita demum generali hypothecæ locus esset, si de generali hypotheca pecunia seruari non posset, quæ conuentio esset inepta & ridicula; Accurs. cum illo loco legit *generaliter*, in secunda parte huius legis ex deprauata scriptura hausto errore, perperam ponit in priori creditore præcessisse generalem hypothecam, quod ponit etiam male in *d. l. 2, C. de pig.* Non est omittendum huic responso Papiniani locum esse non tantum, si inter priorem & posteriorem creditorem sit cōtrouersia de iure hypothecæ, puta priore contendente, se etiam in generali hypotheca esse potiorem, in posteriore negante, hac ratione, quia sufficiet specialis, quæ præcessit, cuius intentio posterioris, scil. melior & verior est; sed etiam huic responso locum esse, si lis sit inter debitorem & creditorem, qui casus frequenter contingit, puta creditore, qui habet specialem & generalem hypothecam agente statim ex generali hypotheca, & debitore negante, ius esse creditori persequi generalem hypothecam, quandiu specialis iusta & idonea est, & sufficit seruando æri alieno: quod æquius est, licet subtili iure omissa conditione illa, creditor æquale ius habeat in omnibus bonis, quia generali hypothecæ, quæ subiicitur speciali, semper inest tacita conditio, si specialis idonea non sit, quia quod vulgo agi solet pro acto habetur. Obseruandum est etiam, secundam partem huius legis esse exceptionem primæ partis. Primæ enim partis definitio hæc est; priorem creditorem habentem generalem hypothecam præferri posteriori habenti specialem. Et exceptio secundæ partis hæc est; nisi prior creditor habuerit etiam specialem hypothecam, quæ præcesserit generalem, & conuenerit tacite vel expresse, ne vteretur generali, si sufficeret specialis, & sufficiat specialis: hoc enim casu in alia speciali hypotheca, quam posterior creditor habet, posterior creditor, vt ait, non tam potior quam solus habetur, quia sufficiente priori creditori sua hypotheca speciali, cætera bona ei non tenentur, ergo posteriori soli tenentur, quæ ex cæteris bonis ei specialiter obligata sunt: denique in eis posterior creditor est solus. Cui dicto Papin. Accursius obiicit *l. idemque* §. *si tibi, hoc tit.* vbi si tibi generaliter obligauerim bona futura, quæ habiturus sum, & Titio specialiter fundum certum, quem acquisiturus sum, nondum adquisiui, adquisito fundo illo lex ait, vtrumque creditorem concurrere in pignore fundi, non solum in eo haberi Titium cui specialiter fundus obligatus est; nec te item solum haberi, tametsi ex pecunia debitoris tibi soli obligata, in quam habuisti generalem hypothecam, cum fundum debitor comparauerit, quæ est sententia *d.* §. *si tibi.* Sed Accurs. recte respondet in *d.* §. *si tibi*, duobus creditoribus, tibi & Titio simul eodem tempore ita fuisse nexa pignora, vt proposuimus, idcirco concurrere in persecutione fundi: In specie autem huius legis separatim diuersis temporib. priori creditori res certas fuisse obligatas specialiter, etsi hæ specialiter obligatæ non sufficerent, res cæteras generaliter: posteriori autem creditori ex cæteris reb. res certas specialiter, & non concurrere vtrumque in cæteris rebus, quia si deficit conditio generalis hypothecæ in persona primi, id est, si specialis hypotheca fuit idonea, sed & si exstitit conditio generalis hypothecæ, id est, si specialis hypotheca non fuit idonea, dicemus vtrumque creditorem non concurrere, sed meliorem esse causam prioris, quia quum conditio exstitit, pignoris obligatio retrotrahitur atque recurrit ad præteritum tempus, quo de hypotheca sub conditione conuenit, & pro eo habetur, ac si ab initio pure contracta fuisset, vt probat aperte *l. potior* §. 1. *hoc tit.*

Ad l. 3. de distr. pign.

Cum prior creditor pignus iure conuentionis vendidit, secundo creditori, non superesse ius offerendæ pecuniæ conuenit. Si tamen debitor, non interueniente creditore pignus vendiderit, eiusque pretium priori creditori soluerit: emptori poterit offerri, quod ad alium creditorem de numis eius peruenit, & vsuræ medij temporis: nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obligetur.

Legis 3. *de distract. pign.* duæ sunt partes. Prioris sententia hæc est. Certum est, posteriori creditori esse ius offerendæ pecuniæ creditori priori cum interusurio, id est, cum vsuris medij temporis, vt scil. posterior in pignore, quod vtique diuersis temporibus obligatum est, potiora iura habeat adimpleto priori & absoluto, *l. 12.* §. *simpliciter, &* §. *pen, qui pot. in pign. l. 1. C. eod. tit.* At si prior creditor ex pacto pignus distraxerit, posteriori creditori non est ius offerendæ pecuniæ emptori, & auferendæ rei sibi olim pigneratæ, quia venditione pignoris rite facta iure creditoris, pignoris obligatio omnino perimitur in persona omnium creditorum, & res in emptorem transit libera, optimo iure. Et hoc quidem proponitur in prima parte huius legis, & in tit. *C. si anter. cred. pign. vend.* Et aliis plerisque locis. At in secunda parte ostenditur, aliud esse dicendum, si debitor ipse, qui est dominus pignoris, non prior creditor pignus vendiderit, vt ex pretio satisfaceret priori creditori: nam hoc casu posteriori creditori ius est cum interusurio offerendæ pecuniæ emptori, quę ex arca emptoris peruenit ad priorem creditorem, quia emptor in prioris creditoris locum successit, & venditio pignoris facta à debitore non perimit ius pignoris secundi, l. 12. *C. de distr. pig.* Sicut nec si debitor versura facta tertio creditori accepta pecunia idem pignus obligauerit primi creditoris dimittendi gratia, ius secundi non perimitur, sed tertius creditor in locū primi succedit, & secundo ius est offerendi tertio, *d. l. 12.* §. *a Titio stip. qui pot. in pig. hab.* Hoc vero agitur semper, vt tertius succedat in locum primi, quādo primi dimittendi gratia pignus ei obligatur, non etiam, si simpliciter debitor à tertio creditore versuram faciat primi dimittendi gratia, non obligato ei eodem pignore, quia licet eius pecunia primus dimittatur, tamen non potest succedere in ius primi sine conuentione expressa pignoris, *l. 3. quæ res pign. obl. pos.* Atque ita, vt ait lex, melior est conditio emptoris quam tertij creditoris: nam qui emit pignus à debitore primi creditoris dimittendi gratia, omnino succedit in ius & locum primi: qui autem credit pecuniam debitori primi creditoris dimittendi gratia, non aliter succedit in locum primi, quàm si de pignore conuenerit, vt tertius succederet in ius pignoris. Non est omittendum postremo, quod in hac secunda parte huius legis ait, dum tractat de venditione pignoris facta à debitore, dum ait, *Si tamen debitor non interueniente creditore.* Vnde notandū est, venditione pignoris à debitore facta auctore creditore, interueniente creditore & quodāmodo vendente pignus per interpositam personā debitoris, quo magis ei satisfiat, vt ait *l. sicut* §. *illud, tit. seq.* perinde esse, atque si ipse creditor iure suo pignus vendidisset, & posteriori creditori non esse ius offerendæ pecuniæ emptori, quia vtriusque pignus perimitur ita facta venditione. Vbi autem interueniente creditore animo remittendi pignoris debitor pignus vendit, aut obligat tertio creditori, non est necesse secundum offerre pecuniam emptori vel tertio creditori, quia neque hic, neque ille succedit in locū primi, sed primo consentiente venditioni aut obligationi pignoris, ac pignus suum remittente, ipso iure secundi causa melior efficitur, *l. Paulus, in prin. tit. seq.* Et ex his potest intelligi quam sit verum, quod est in titulo de reg. iuris: aliud esse vendere, aliud vendenti consentire, ad quam regulam

creditor vendendo pignus etiam secundi pignus perimit, consentiendo autem vendenti debitori, pignus secundi non perimit. Et hæc sufficiant ad hanc legem, de qua etiam diximus lib. 2. *ad l. 2. hoc tit.*

Ad l. 4. de naut. fœn.

Nihil interest traiectitia pecunia sine periculo creditoris accepta sit, an post diem præstitutum, & conditionem impletam, periculum esse creditoris desierit. Vtrubiq; igitur maius legitima vsura fœnus non debebitur. Sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo nec pignora vel hypothecæ titulo maioris vsuræ, tenebuntur.

ILlud in primis sciendum est, regulariter creditæ pecuniæ periculum pertinere ad debitorem, qui mutuam pecuniam accepit, & hoc esse, quod ait *l. incendium, C. si cert. pet.* Incendium ære alieno non liberare debitorem; de quo solo ille titulus est: debitorem enim intelligit creditæ pecuniæ, non qualemcunq; debitorem, & æs alienum non quodcunque debetur quacunque ex causa, sed quod debetur ex crediti causa: alioquin falsa ea definitio esset. Et eodem sensu *l. vlt. C. de naut. fœn.* Naufragium non liberare debitorem, hoc est, debitorem creditæ pecuniæ: debitorem corporis certi quis nescit liberari naufragio vel incendio, si corpus debitum perierit sine culpa eius ante moram? At debitorem creditæ pecuniæ nullus casus liberat, etiamsi confestim acceptam pecuniam incendio vel naufragio perdiderit, nec conuerterit in vsus suos. Hoc vero vtique verum est, nisi ita conuenerit, vt pecuniæ creditæ periculum pertineret ad creditorem ipsum, non ad debitorem, id est, vt amissa ea pecunia incendio vel naufragio, vel quo alio casu maiore, creditor ius crediti amitteret, nec quod credidisset repeteret. Hæc conuentio iusta est, vt fieri solet, quum impendet aut subest amittendæ pecuniæ creditæ, & periculi metus aliquis, vt quum athletæ vel gladiatori descensuro in arenam fœnerator mutuam pecuniam dat, qua se exerceat, ornet, & exhibeat & comparet ad pugnam ea lege, vt si non vicerit, nihil referat, nihil reddat. Quæ lex siue pactio periculum quod fuisset debitoris, transfert in creditorem, & iusta pactio est: vel quod etiam (quod fit frequentius) quum negotiatori trans mare nauigaturo fœnerator mutuam pecuniam dat qua instruat nauem, vel comparet merces ea lege, vt si naufragium fecerit, nihil reddat; neque vero solent nauigaturi negotiatores à fœneratorib. mutuam pecuniam sumere, nisi sub hac lege vt periculum, quod metuitur ex nauigatione maris, fœneratores in se recipiant: qua de causa cum dicimus nauticam pecuniam vel traiectitiam vel maritimam, eam dicimus quæ periculo fœneratoris mutuo datur. Verum istud onus suscepti periculi fœnerator compensat cum vsuris, quas contra sibi pacisci & cauere potest in infinitum, quantumuis licet maximas: in hunc casum scilicet si nauis salua redierit, vel, si ad portum appulerit quem petit: siue perierit nauis, aut pecunia vel merx ex pecunia comparata, vt sibi perierit, nec sibi sit repetitio pecuniæ. Olim potuit sibi pacisci infinitas vsuras pro pretio suscepti periculi, vt Paulus scribit 2. *Sentent. tit.* 14. Infinitas quum dicimus, hoc dicimus, vt possit sibi pacisci duas, tres, quatuor, quinque centesimas, vt de fœneratore quoque est apud Iuuenalem:

Quinas hic capiti mercedes exigit.

Id est, vt quinas sortis centesimas exigit, idem possit sibi pacisci vsuras vltra duplum, quoniam regulariter vbi vsuræ æquauerunt sortem, vt si sors sit centum, & vsuræ iam effecerint centum, quod est duplum, hoc est, alterum tantum, consistunt vsuræ nec vltra excurrunt, sed tamen pro præmio suscepti periculi creditori debentur etiam vltra duplum. Hoc quidem obtinuit iure veteri, de quo est hæc lex: nam hodie ex constitutione Iustiniani, is qui credidit mutuam pecuniam suo periculo, qui credidit nauticam pecuniam, non potest sibi pacisci vel stipulari infinitas vsuras, sed vsuram centesimam tantum, quæ scil. in centenos aureos quotannis reddit duodenos, & centesimo mense æquat sortem, non vt Accursius arbitratur duodecimo mense, cuius opinio iamdudum explosa est. In idiotismo centesima vsura est, *au denier huict & tiers.* Proinde ex constitutione Iustiniani, qui credit pecuniam suo periculo, non potest sibi cauere vsuras maiores centesimis, ergo nec vltra duplum: nam vsuræ, quæ accipiunt taxationem certam, puta finem centesimæ, vel bessis, vel semissis vsuræ, semper etiam duplo finiuntur, id est, ne altero tanto amplius sorte inferantur aut debeantur. Denique vbi æquauerint sortem vsuræ, quod deinde vsuris supernumeratur, imputetur in sorte, minuat sortem, deducatur ex sorte. Et hoc quum creditor suscepit pecuniæ periculum: nam non suscepto pecuniæ periculo, creditor nullas vsuras, sibi pacisceretur vtiliter sine stipulationis vinculo *l. 3. C de vsur.* quia mutuæ pecuniæ vsuræ non debentur ex pacto nudo sine vinculo stipulationis. At iure veteri adhibita stipulatione non potuit sibi cauere, nisi centesimam vsuram creditor, qui non recipiebat in se pecuniæ periculum. Centesima vsura fuit olim legitima vsura in omnib⁹ causis *l. 1. C. Theod. de vsur.* Idemque patet ex §. *pen.* huius legis, & ex *l. si pro mutua. C. si cert. pet.* in illo loco, *Vsurarum tit. legitima tantum recte petitur*, sic legendum. Et legitimam vocat, quam paulo ante dixit centesimam. Ergo centesima vsura, est legitima vsura. At hodie creditor, qui non recepit in se periculum, non potest stipulari sibi centesimam vsuram, sed semissem tantum, aut bessem, aut trientem, secundum distinctionem Iustiniani in *l. 5. C. de vsur.* Nec tamē vltra duplum hodie vt olim, vt in hac l. §. *pen. l si non sortem §. sup. duplum, de cond. ind. l. pen. C. de vsur.* Pro mercede autem & pretio suscepti periculi olim, vt dixi, creditor sibi infinitas vsuras, & supra duplum cauere potuit: hodie centesimas tantum & intra duplum, & cauere sine stipulatione pacto nudo, vt in *l. seq. & l. 7. hoc tit.* quod etiam hodie locum obtinet. His cognitis non erit difficile, quod scribit Papinianus in hac lege; si modo, vt oportet, id omne, quod scribit accipiamus secundum ius vetus, quod obtinuit ante Iustinianum. Primum ait Papinianus: *Traiectitiæ siue nauticæ pecuniæ, cuius periculum creditor noluit suscipere, nunquam fœnus ei deberi maius legitima vsura.* hoc est, maius centesima vsura, quia vsura maior centesima legibus non permittitur, nisi repensandi suscepti periculi gratia. Ergo qui periculum non suscepit, ei non potest deberi fœnus maius centesima legitima, & vulgari siue cōmuni vsura. Item si nauticæ pecuniæ periculum susceperit creditor ad diem tantū & conditionem certam, non in omne nauigationis tēpus, puta si nauis perierit intra trigesimum nauigationis diem, intra certum diem, vt in *l. 6. h. t.* Papinianus ait, hoc casu ante diem ei potest deberi vsura maior centesima, si de ea conuenerit, puta, duæ, aut tres, aut quatuor centesimæ in infinitum: post diem vero periculi, quia periculum esse desiit creditoris, non possunt ei deberi vsuræ maiores centesima, nec vltra duplum. Addit Papinianus: *Nec pignora, nec hypothecas titulo maioris vsuræ teneri,* qua de re dubitari poterat, nam pignoris retentione sæpe seruamus vsuras, quas alio remedio consequi non possumus, veluti vsuras mutuæ pecuniæ creditæ ex pacto nudo, si & in eas pignus acceptum sit. Nam etsi non possint peti ex pacto, tamen seruabuntur per retentionem pignoris, *l. per retentionem, & l. pignor. C. de vsur.* Et similiter retentione pignoris secundum quasdam leges veteres, vt refert Iustinianus in *l. pen. C. de vsur.* Vsuræ poterant seruari supra duplum, sed non etiam vsuræ maiores centesimis poterant seruari per retentionem pignoris, *l. pretij, C. man.* nec hodie, nec olim, nisi ex quibusdam legibus seruari poterant vsuræ supra duplum per retentionem pignoris, *d. l. pen.* Et hoc est, quod

ait Papinianus *titulo maioris vsuræ*, hoc est, titulo illegi- A timæ vsuræ, non posse retineri pignus vel hypothecam, non posse seruari illegitimas vsuras per retentionem pignoris: illegitimas esse, quæ dupli finem excedunt, vel finem centesimæ. Sequitur §. penultimus.

Ad §. penult.

Pro operis serui traiectitiæ pecuniæ gratia secuti, quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimæ, non vltra duplum debetur.

INcipit §. penultim. ab his verbis: *Pro operis serui*, & in Basil. & Flor. (nam antea perperam hæc verba aptabantur superioribus) cuius §. sententia hæc est: Cum B creditor non susceperit periculum totius nauigationis, sed verbi gratia Roma in Salonæ portum tantum, vt in specie *l. pen. C. eod. tit.* qui portus est in Dalmatia, & cauet, vt salua naue in eum portum delata, sibi fænebris pecunia reddatur Salonæ cum vsuris grauissimis, de quibus conuenit, tum solet etiam seruum, qui nauiget, cum debitore mittere prosequendæ pecuniæ nauticæ gratia, vt naue salua delata in portum sua die, seruus eam pecuniā exigat cum vsuris, ac si tardius soluat debitor eam pecuniam, in hunc casum solet stipulari certam summam pœnæ nomine in dies singulos. *In hunc casum*, hoc est, si non vt conuenit sua die seruo pecunia reddatur, *l. traiectitiæ de obli. & act. l. qui Romæ* §. *Callimachus, de verb. obligat.* Stipulatur autem hanc pecuniam, hanc pœnam pro ope- C ris serui, atque adeo in dies singulos, quia operæ sunt diurnum officium, *l. 1. de oper. libert.* pro operis, inquam, serui, quibus caret propter moram debitoris, qua de causa & stipulatio operarum dicitur in extremo huius legis. Hæc autem stipulatio operarum, siue pro operis, quia interponitur discusso periculo post diem & conditionem, in quam creditor periculum suscepit, & vice vsurarum cedit plerunque, vt *l. pœnam, sup. tit. prox.* Non potest excedere finem centesimæ, quæ legitima vsura est, neque finem dupli, hoc est, altero tanto sorte maior esse non potest, quia stipulatio in id tempus confertur, quo periculum desiit esse creditoris, qua de causa etiam stipulatio exigitur, nec pactum nudum ad augendam obligationem quicquam proficit. Sic apertissima videbuntur esse hæc verba, *Pro operis serui traiectitiæ, &c.* quia stipu- D latio confertur in tempus, quo periculum desiit esse creditoris, hoc est, post diem periculi, vt iam non possit deberi nisi centesima, quæ est communis vsura, & intra duplum.

Ad §. vltimum.

In stipulatione fœnoris post diem periculi separatim interposita, quod in ea legitimæ vsuræ deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur.

POst diem periculi creditor vel pœnam stipulatur pro operis serui nauticæ pecuniæ exigendæ gratia secuti E debitorem, vel stipulatur vsuras, vel stipulatur vtrumque, ad finem tamen & modum legitimarum vsurarum, vt si post diem periculi stipulatus sit bessem vsurarū, qui stipulari potuit centesimam, quoniam hæc erat vulgaris & legitima vsura, subdita alia stipulatione pro operis serui, poterit supplere, quod centesimæ vsuræ deest, puta, trientem: Idemque est è contrario, si quod primum pro operis serui stipulatus est, minus sit centesima, nimirum quod deest centesimæ, suppleri potest per alteram stipulationem vsuræ trientis. At si vel stipulatio vsurarum, quæ interposita est ab initio sufficiat ad centesimam, si per eam creditori caueatur centesima vsura, ei stipulationi non potest subiici altera, quia supplendæ tantum vsuræ legitimæ, non etiam augendæ, alteram stipulationem subiici lex concedit.

Ad l. 15. de fundo dot.

Dotale prædium, cuius vir possessionem retinuit post literas ad vxorem emissas, quibus dotis non fore prædium declarauit in matrimonio defuncta muliere, virum retinere placuit: quia mulier actionem ex pacto non habuit.

LEgis 15. *de fundo dot.* eadem est sors, quæ fuit superioris legis, quoniam neque hanc, neque illam glossæ, vel commentarij intellexerunt. Dotale prędium in hoc titulo, siue fundus dotalis est, cuius dominium marito per traditionem adquisitum est, *l. 13. §. dotale hoc tit. l. 5. inf. sol. matrim.* Ergo & in hac lege sic potius accipiamus dotale prædium, quod traditione, non vt Glossa & commentarij, quod conuentione sola constitutum est. Fateor constitui etiam conuentione sola, vt in *l. si ego 9. & l. si rem, de iure dot. l. creditor §. prædium, de act. emp.* Sed in lege de fundo dotali, de qua est hic titulus, tantum id prædium dicitur dotale, cuius lex alienationem prohibet, quod traditione constitutum est, & in specie huius legis, etiam traditione constitutum fuisse vel ex eo apparet, quod ait, Maritum post literas ad vxorem missas, quibus prædium dotale, dotis nomine non fore declarauit vxori, ait, eum maritum possessionem prędij retinuisse. Si possessionem retinet, ergo etiam ante tradita ei fuit. Denique species legis hęc est: Maritus inter cætera prædium sibi traditum à muliere accepit in dotem, dos aduentitia fuit, id est, non profectitia à patre mulieris, vel desiit esse profectitia morte parentis, qui dotem dederat: deinde per literas ad vxorem scriptas maritus declarauit, id prędium se non habiturum in dotem, quod tamen in dotem acceperat, quæ literæ pro nuda pactione habentur, *l. qui negotia, ff. mand.* Si modo vxori gratum fuerit, quod maritus scripsit: hoc verò tantum maritus scripsit & declarauit per literas, cæterum vxori prædium non restituit, sed retinuit possessionem eius; restitutio prædij dotalis inutilis fuisset, quia instar donationis obtineret, *l. 1. C. si const. matrim dos sol.* Et donatio inter virū & vxorem constante matrimonio non valet: donatio autem, vt semper obtinuit ante Iustinianum, re, non nudo consensu, aut nuda pactione perficitur, re, id est, traditione, non nudo consensu nudove pacto, quo iure etiam vtimur, & vulgo dicimus: *Donner & retenir ne vaut*, nec vtimur noua constitutione Iustiniani, ex qua donatio perficitur sicut emptio nudo consensu. In hac specie igitur maritus, qui non restituit dotale prædium, sed id dotis non fore tantum scripsit, nihil donauit vxori, quia nihil tradidit, sed vt dixi hoc tantum pactus est per epistolam, ne prædium datum in dotem, doti esset, ex quo pacto solo non desiit esse dotale, nec mulier ex eo pacto, vt ait Papinianus, actionem habet propter regulam iuris, ne ex eo pacto nudo obligatio nascatur vel tollatur. Vnde sequitur, mortua in matrimonio muliere, maritum, quamuis pactus sit doti non fore, prædium id retinere iure dotis, nec restituere heredi mulieris, quia dos fuit aduentitia, & mortua in matrimonio muliere, dotem aduentitiam constat ipso iure remanere apud maritum, & remanere semper, vt ait Vlpianus *lib sing. reg. tit. de dot.* Semper, id est, siue extent liberi ex eo matrimonio, siue non extent. Et hoc quoque probant multæ admodum leges, *l. mulier, de cond. instit. l. Celsus, de vsurpationib. l. ei qui mortem, de his quibus vt indig. l. 5. de bonis damnat. l. 23. de euict. l. si ab hostib. §. vlt. sol. matrim. l. 1. C. si aduers. dot.* Ex alienis auctoribus etiam Cornutus in Persium: *Dos, inquit, à ciue Romano data, non patrio dicta nomine, id est,* dos aduentitia, *si repudium non interuenerit, post mortē mulieris remanet apud virum.* Et imperitiæ arguuntur, qui hoc nesciunt in *l. si filia 20. in princip. fam. ercisc.* idemque procedit in dote profectitia præmortuo patre, qui dotem dedit, superstite filia &

genero: nam ſi poſtea filia moriatur in matrimonio, æque dos illa remanet apud maritum, quia deſiit eſſe profectitia morte patris auctoris dotis: quod idem Vlpian. ſcribit eo loco)& probat *l. cum patrem, C. de iure dot.* Dixi autem, mortua in matrimonio muliere, dotem illam ipſo iure remanere apud virum, quoniam etiamſi vir pactus non ſit de dote lucranda in caſum mortis mulieris, ipſo iure ita ſe res habuit ante Iuſtinianum Imperatorem. Et quod hoc loco Græci interpretes fingunt, tale pactum interueniſſe, & ex pacto maritum retinere prædium dotale, hoc eſt ex conſtitutione Iuſtiniani, quæ vetat mortua in matrimonio muliere citra ſpeciale pactum, dotem cedere lucro mariti, ſed iubet eam reſtitui heredi mulieris, *l. vn.* §. *illo proculdubio, C. de rei vxor. act.* Hoc, inquam, Græci affingunt ex conſtitutione Iuſtiniani, quia iure veteri ſuperuacuum eſt tale pactum, cum ipſo iure ita ſe res habeat. Cæterum recte addunt Græci, *Si quo caſu eius prædij poſſeſſio ad heredem mulieris peruenerit*, id eum per exceptionem alterius pacti, ne prædium dotale eſſet, retinere poſſe, quia ex pacto, etiamſi non naſcatur actio, naſcitur tamen exceptio iure prætorio, quod eſt notiſſimum, & ob id ipſum Papinianus ponit in hac lege, virum prædij poſſeſſionem retinuiſſe, & actionem tantum denegat heredi mulieris, qua prædium repetat ex pacto, quoniam nec mulier ipſa habuit: & ita hæc lex explicatur Accurſii omni gloſſa obliterata.

Ad l. 7. de fideiuſſ. & nom.

Si fideiuſſores, qui rem ſaluam fore pupillo caueant, tutorem adoleſcens vt ante conueniret, petierunt, atque ideo ſtipulanti promiſerunt ſe reddituros, quod ab eo ſeruari non potuiſſet: placuit inter eos qui ſoluendo eſſent, actionem reſidui diuidi: quod onus fideiuſſorum ſuſceptum videretur. Nam etſi mandato plurium pecunia credatur, æque diuiditur actio. Si enim quod datum pro alio, ſoluitur: cur ſpecies actionis æquitatem diuiſionis excludit?

PLures ſunt fideiuſſores vnius tutoris, qui cauerunt rem pupilli ſaluam fore. ij fideiuſſores finita tutela adoleſcentem rogauerunt (quo verbo conſtat, contrahi mandatum, *l. 1.* §. *rogatus, mand.* Et apud Virgil.

---- *Orans mandata dabat.*

Verbū *oro*, vel *rogo*, mandatum perficit, verbis *rogo* & *recipio* perficitur mādatum, ſi qui rogatus eſt recipiat ſe facturum quod rogatus eſt. Denique verbo *oro*, & *rogo*, mandatū perficitur.) Fideiuſſores igitur finita tutela adoleſcentem rogauerunt, & impetrarunt, vt prius tutorem excuteret & conueniret, & ideo ſtipulanti adoleſcenti promiſerunt, ſe reddituros, quod à tutore ſeruare, & conſequi non potuiſſet, propter eius inopiam. Potuiſſet autem ſtatim ab initio finita tutela adoleſcens conuenire vnum ex fideiuſſoribus in ſolidum dimiſſo tutore ſine metu exceptionis epiſtolæ Adriani, quæ inter plures fideiuſſores diuidit actiones, vt ſinguli conueniantur non in ſolidum, ſed in partem virilem, quoniam huic epiſtolæ non eſt locus inter fideiuſſores vnius tutoris, id eſt, fideiuſſores vnius tutoris non habent beneficium diuiſionis, *l. vlt. rem pupilli ſalu. fore.* Et alia eſt ratio *l. 6. hoc tit.* vt docui *libr. 2. ſup.* ex quo ducta eſt. At in hac ſpecie, quia adoleſcens maluit conuenire tutorem dimiſſis fideiuſſoribus, & quaſi nouatione facta poſt pubertatem à fideiuſſoribus ſtipulatus eſt ſibi reddi id, quod à tutore ſeruare non poſſet: ſi agat ex hac ſtipulatione poſteriori, in id forte, quod à tutore ſeruare non potuit, quæ actio reſidui dicitur hoc loco, fideiuſſoribus vti licet beneficio diuiſionis, & deſiderare, vt pro parte virili tantum ſinguli conueniantur, ſi omnes, vt epiſtola Diui Adriani exigit, ſoluendo ſint litis conteſtatæ tempore. Et ratio cur hoc caſu fideiuſſores habeant beneficium diuiſionis, quod non haberent, ſi conuenirentur ex priore ſtipulatione, rem pupilli ſaluam fore, hæc redditur à Papiniano hoc loco, quia videtur adoleſcens onus fideiuſſorum ſuſcepiſſe cum electo tutore, ab eis denuo ſtipulatus eſt reſiduum, id eſt, quanto minus à tutore conſequeretur. Onus, inquam fideiuſſorum videtur ſuſcepiſſe, puta, ſi quis eorum rei iudicatæ tempore non eſſet ſoluendo, inopia eius oneraret adoleſcentem, non cæteros confideiuſſores ſiue collegas, qui id promiſerunt nouiſſime, quod adoleſcens à tutore conſequi non poſſet, & quod ij ita promiſerunt, non pro tutore id promiſerunt quaſi fideiuſſores, ſed in rem ſuam, ſiue pro ſe, quoniam adoleſcenti mandauerunt, vt prius tutorem excuteret, *l. ſi mulieri dederim ff. ad Senatuſ. Vell.* Igitur nunc plures mandatores ſunt in rem ſuam, non plures fideiuſſores tutoris. Placet autem non tantum inter fideiuſſores debitoris, ſed etiam inter mandatores, puta, quorum mandato pecunia credita eſt, vel quid aliud factum eſt, diuidi actionem ex epiſto-

B la D. Adriani. Fateor epiſtolam tantum fuiſſe ſcriptam de fideiuſſoribus, ſed ex æquitate, quæ eadem eſt in mandatoribus, atque in fideiuſſoribus, & ex auctoritate Papiniani, epiſtola Diui Adriani porrigitur etiam ad plures mandatores. Nam, & hæc eſt ratio Papiniani, ſi plures mandatores creditori quod dedit pro alio ſoluunt, aut ſoluere coguntur actione mandati, perinde atque fideiuſſores actione ex ſtipulatu, cur diuerſa ſpecies actionis æquitatem diuiſionis excludet? cur æquitas diuiſions non valebit in omnibus actionibus vel mandati, vel ex ſtipulatu, vel aliis, quæ dantur in eum, qui pro alio obligatus eſt, & ſoluere tenetur? quæ verba Papiniani, ipſe Iuſtinianus vſurpat in *l. vlt. C. de conſt. pec.* Definit etiam epiſtolam Diui Adriani pertinere ad plures reos conſtitutæ pecuniæ, ergo & ad omnes, qui pro aliis pecuniam ſoluunt, ſi-

C cut & illud, vt ſortis tantummodo damnum agnoſcant, non vſurarum. Pertinet ad omnes, qui pro aliis pecuniam ſoluunt, ad omnes interceſſores, *l. quæro, ff. locat.* Quod ergo dicitur, ſingulos mandatores teneri in ſolidum, non pro virilibus portionibus, *l. vlt. ſup. quod iuſſu, l. ſi mandati* §. *Paulus, & l. ſeq.* §. *duob. mand.* id ſane in mandatoribus excludit beneficium diuiſionis, ſiue beneficium epiſtolæ Diui Adriani, non admittit, licet in dicto §. *Paulus*, ſubiiciat, pluribus mandatoribus ſimpliciter condemnatis, quorum rogatu pecunia credita erat, diuidi ſententiā in perſonas, quoniam id obtinet in omnibus reis condemnatis, *l. 1. & 2. ſi plur. vna ſentent. condem. ſint.* Sed primus Papinianus hoc loco auctor eſt producendæ epiſtolæ Diui Adriani etiam ad mandatores. Hoc debetur ſoli Papi-

D niano, cui & hæc laus tribuitur ab omnibus, quod auxerit & locupletarit ius ciuile: & quod mandatores fideiuſſoribus coniunguntur in *d. l. vlt. C. de conſtit. pecun.* quaſi omnibus competat beneficium epiſtolæ D. Adriani. Sane quod ad mandatores attinet, non eſt ex ipſa epiſtola, ſed ex interpretatione Papiniani, cuius etiam ratio proponitur iiſdem verbis in *d. l. vlt* Quandoquidem in ea loco horum verborum, *Æquitatis enim ratio diuerſas ſpecies actionis excludere nullo modo poteſt*, ex hac lege noſtra omnino eſt legendum: *Æquitatem enim diuiſionis diuerſæ ſpecies actionis nullo modo excludere poteſt*, id eſt, qui pro alio ſoluere tenentur, quacunque actione conueniantur, ſiue mandati, ſiue ex ſtipulatu, ſiue ex conſtituta pecunia, ſiue qua alia, impetrare poſſunt, vt conueniantur ſinguli, non in ſolidum, ſed pro virilibus portionibus, latius accepto

E beneficio Epiſtolæ Diui Adriani.

Ad l. 28. de donat.

Hereditatem pater ſibi relictam filiæ ſui iuris effectæ donauit: creditoribus hereditariis filia ſatisfacere debet, vel ſi hoc minime faciat, & creditores contra patrem veniant: cogendam eam per actionem præſcriptis verbis, partem aduerſus eos defendere.

AIt in *l. 28. de donat.* *Hereditatem pater ſibi relictam, &c.* Eſt elegantiſſimum reſponſum. Pater donauit filiæ emancipatæ hereditatem Titij, à quo heres inſtitu-

tus erat: filiæ emancipatæ, quia filiæfa. donasset inutiliter. A In donando autem vsus est nomine *hereditatis*, quod est iuris nomen, quo scilic. continentur omnia iura & actiones omnes, quas heres habet in alios, vel quibus ipse aliis obstrictus est. Continet *hereditatis* nomen non commoda tantum, sed etiam incommoda & onera hereditaria; denique omnia iura continet, quæ defunctus habuit, vel quæ alij habuerunt in defunctum, bonaue defuncti, & funeris impensam, cæteraque onera, quæ heredi incumbunt, neque enim semper est lucratiuum hoc nomen, sed sæpe etiam detrimentosum, *l. 8. §. 1. de legat. 2. l. hereditatis appellatio, de verb. signific.* Nihil autem interest, donauerit hereditatem, an vendiderit, an legauerit. Nam & emptorem & donatarium & legatarium vicem heredis, id est, vicem suam obtinere vult, qui scilicet vendit vel donat B vel legat hereditatem sibi relictam ab alio, nihil, inquam, interest donauerit hereditatem an vendiderit, nisi quod ad speciem actionis attinet, siue modum & rationem compellendi emptoris hereditatis vel donatarij vel legatarii ad subeunda onera hereditaria: nam si vendiderit, actione ex vendito compellit emptorem hereditatis, vt se damno indemnem seruet, & defendat aduersus creditores hereditarios, *l. 2. C. de her. vel act. vend.* A creditoribus hereditariis emptor compelli non potest ad solutionem, quia nihil cum eis contraxit, vel quasi contraxit, & venire duntaxat possunt creditores hereditarij aduersus venditorem, qui quasi contraxit cum eis adeundo hereditatem, quia heres est, & heres manet, etiamsi hereditatem vendiderit; nec potest, qui semel heres extitit, desinere esse heres. Igitur cum eo sūt acturi creditores hereditariis, sed vel C pro eo illis satisfacere debet emptor hereditatis, vel cauere de indemnitate aduersus eos, aut prę̨stare id, quod interest actione ex vendito. Si donauerit hereditatem, donatarium in idem cōpelli actione præscriptis verbis, vt defendat, vt ait hoc loco, donatorem aduersus creditores hereditarios, vel præstet donatori id, quod interest. Nam actio præscriptis verbis semper concluditur in id, quod interest dari fieri-ve quod conuenit. Hoc igitur nomine donatori in donatarium est actio præscriptis verbis, quasi scilicet præscriptis verbis proprii contractus negotio gesto, qui nomine vacat, hoc actum sit inter donatorem & donatarium hereditatis, vt donatarius susciperet onera hereditaria, quod vtique satis agit expressim donator, cum dicit se hereditatem donare: nam *hereditatis* nomen etiam onera comprehendit. Donat igitur non tantum lucra, sed D etiam onera vtraque coniunctim. Id vero non agit, qui donat res simpliciter, vel bona, vel corpora hereditaria, quia hæc nomina non sunt nomina iuris. Quamobrem eum, cui donatæ sunt res hereditariæ, vel bona, vel corpora hereditaria, non sequuntur onera hereditaria, nisi ex incontinenti donator id nominatim paciscatur, quo etiam nomine eo casu donatori in donatarium est actio præscriptis verbis, vt impleat pactum, *l. cum res, l. legem, C. de donat. eod.* Quod tamen pactum necesse non est adiici, si hereditatem donauerit, inest enim satis verbo hereditatis. Creditores autem hereditarii nullam actionem habent in donatarium, quia, vt ante dixi, nihil cum eis contraxit, vel quasi contraxit donatarius. Quod si quis legauerit E hereditatem Titii sibi relictam per retentionem hereditatis, ex ordine legatarius ab herede compelli potest, vt caueat defensum iri heredem aduersus creditores hereditarios, vt *l. cum filius, §. Lucio, de leg. 2. l. qui concubinam §. cum ita, de legat. 3.* vel omisso isto ordine, omissa ista cautione, si eam hereditatem heres legatario præstiterit, vel si quo casu inconsulto herede possessio eius hereditatis ad legatarium peruenerit, adhuc æquum est heredi dari condictionem incerti, qua condicat vel possessionem, quæ sine voluntate eius, vel per imprudentiam eius ad legatarium peruenerit, vel qua condicat cautionem omissam, vt in *l. qui exceptionem, §. pen. de cond. indeb. l. 21. ad Senatusconsf. Treb. l. hoc Senatusconsultum §. 1. de vsufr. earum rer. quæ vsu consum.* Et ex his apparet verum esse, quod initio proposui, nihil interesse donauerit quis an vendiderit, vel legauerit hereditatem alteri, quod ad effectum attinet: interesse, quod attinet ad genus actionis, quo res ad eum effectum perducitur.

Ad l. 51. de fideiuss.

Inter eos fideiussores actio diuidenda est, qui solidum & partes viriles fide sua esse iusserunt: diuersum erit verbis ita conceptis. Solidum aut partem virilem fide tua esse iubes? *tunc enim ab initio non nisi viriles partes singulos debere conueniet.*

IN hac lege plura sunt responsa Papinia. quæ fere omnia pertinent ad beneficium diuisionis ex epistola D. Adriani. Hoc beneficium diuisionis, id est, diuidendæ actionis, in personas competit pluribus confideiussoribus, qui ab initio singuli se in solidum obligauerunt, si omnes soluendo sint tempore litis contestatæ, quo cum eis creditor agit: hoc eis dedit epistola D. Adriani, id est, Diui Pii, vt patet ex *l. 49. §. quod si duo, in fi. tit. huius.* Quod etiam relatum fuisse ex ea Epistola in edictum Prætoris, atque adeo idem beneficium fuisse confideiussoribus propositum edicto prætoris, docet Paulus *1. Sent. tit. de fideiuss. & spons.* Quod etiam docuimus in *l. 7 de fideiuss. tut.* fuisse porrectum ad plures mandatores, & ad plures reos constitutæ pecuniæ, & vno verbo ad omnes, qui pro aliis pecuniam exsoluunt, & docebimus inferius, Nouel. Iust. etiam fuisse idem beneficium porrectum ad duos vel plures conreos debendi, ad plures debitores principales, qui singuli obligati sunt in solidum, & pro se in solidum soluere tenentur. Recte autem hoc beneficium dari confideiussoribus qui singuli in solidum obligati sunt. Nam si ab initio singuli se obligauerint, in partem virilem tamen, nihil indigent isto beneficio, quod ipsi iam sibi patefecerint initio contrahendæ obligationis, & de quo satis sibi cauerint & prospexerint. Et hoc est, quod ait initio huius legis: Inter eos fideiussores, qui in solidum & partes viriles, coniunctim fide sua esse iusserunt, vt vulgo dicitur: *Chacun pour soy, & vn seul pour le tout.* diuidi actionem pro virilibus portionibus ex epistola D. Adriani, quia manifestum est singulos ab initio se obligasse in solidum. At si disiunctim in solidum aut partes viriles fide sua esse iusserint, quia in disiunctiuis stipulationibus semper quod minus est adsumitur, quo minuitur obligatio debitoris, manifestum est ab initio singulos interuenisse in partem virilem tamen, quia cum disiunctim promiserint in solidum aut in partem virilem, vtique sunt semper adsumpturi partem virilem, nec igitur ad hanc speciem quicquam pertinet epistola D. Adriani, cum satis hac in re fideiussores sibi prospexerint.

Ad §. fideiussor.

Fideiussor qui partem pecuniæ suo nomine vel rei promittendi soluit: quo minus residui diuisione facta portionis iudicium accipiat, recusare non debet. Eam n. quantitatem inter eos, qui soluendo sunt, diuidi conuenit, quam litis tempore singuli debent. Sed humanius est, & si alter soluendo sit litis contestationis tempore, per exceptionem ei qui soluit succurri.

SEquitur in §. 1. *Fideiussor qui partem, &c.* Recte itaque dixi initio, tempore litis contestatæ spectari, an omnes fideiussores soluendo sint, vt si omnes confideiussores soluendo sint, diuidant inter se actionem, qua conueniuntur à creditore: nam & quantum debeatur tempore litis contestatæ spectamus, vt quod eo tempore debitum apparuerit, diuidatur inter confideiussores, qui eo tempore idonei fuerint ex epistola Diui Adriani. Finge, duos fideiussisse apud creditorem in viginti pro vno debitore, & vnum soluisse partem suam virilem ante litem contestatam, id est, soluisse 10. suo nomine, vel nomine debitoris princi-

palis, nihil refert, deinde residuum peti ab vtroque. Quæro an is, qui soluit partem suam, recte conueniatur in partem residuam? quod videtur, quia eam quantitatem ex epist. Diui Adriani inter fideiussores, qui soluendo sunt, diuidi placet, quam litis contestatæ tempore singuli debent, litis contestatæ tempore singuli in hac specie debent decem in solidum. Ergo etiam obiecto creditori beneficio epistolæ Diui Adriani singuli recte conueniuntur & condemnantur in quinque. Et sane ipso iure ita se res habet; sed Papinianus ait esse æquius & humanius, φιλάγαθον, vt est in Basil. vt dicamus eum, qui soluit pro sua parte ante litem contestatam, etsi non liberetur ipso iure, sed pro altera parte, etiam maneat obligatus, quia ab initio se obligauit in solidum, liberari tamen eum, si alter soluendo sit per exceptionem doli mali, vt in *l.15.§.vlt. hoc tit.* Eo scilicet quod soluit toto imputato in partem suam, vt est in Basilicis, ἵνα λογισθῇ αὐτῷ τὸ ἴδιον μέρος; non etiam eo, quod soluit imputato in partem vtriusque, siue quod idem est, non deducto de sorte eo quod soluit, vt ait *l.37. infra, de solut.* Quoniam si id quod soluit decederet de sorte, de summa, non de parte eius sola qui soluit, solutio partis quam fecit vnus ex fideiussoribus suo vel debitoris nomine, non ei soli proficeret, sed etiam confideiussori, id est, vterque liberaretur pro parte dimidia, & vterque in alteram partem dimidiam maneret obligatus. Atqui solutio ei soli proficit, qui eam fecit, quia solus ipse liberatur, non quidem ipso iure, sed per exceptionem doli mali. Atque ita quod is soluit, non dicemus decedere de summa, sed de parte summæ, quæ eum contingit. Et ita quod ait *d.l.37.* eum solum liberari, intelligere debemus vt liberetur per exceptionem. Sicut in *l.qui res 98.§.mihi Romæ. & l.qui hominem §.stipulatus, de solut.* Dicitur eum liberari, quod est scriptum simpliciter & intelligendū, eum liberari per exceptionem, non iure ipso, alioquin illæ leges pugnarent cum aliis multis, sicut & *d.l.37.* cum hoc §. & restat igitur confideiussorem hoc casu solum pro sua parte obligatum manere, & hoc recte notat *d.l.37.* cuius tractatio est acutissima. Verumetiam, si vnus ex fideiussoribus soluerit partem dimidiam nomine debitoris principalis, non suo, quod & Papinianus proposuit initio huius §. nomine debitoris, nomine rei promittendi, tanquam debitoris negotium gerens, quia cum fideiussor soluit partem nomine debitoris, id perinde habendum est, vt ait *d.l.37.* atque si è conuerso reus ipse solueret eam partem nomine illius fideiussoris. Quamobrem siue suo, siue rei debendi nomine vnus ex fideiussoribus soluerit partem, ipse solus, qui soluit, liberatur per exceptionem, quæ est sententia huius §. Et quod ait de duobus confideiussoribus idem hodie obtinet in duobus correis debendi, quia & iis dedit beneficium diuisionis Iust. in Nou. 99. Ante Iustinianum, vnus ex reis debendi secundum ius Digestorum soluendo partem, omnino non liberatur, neque ipso iure, neque per exceptionem; sed in reliquum obligatus manet, etiamsi alter correus soluendo sit, *l.si ex toto §.1. de legat.1.* Nisi si ita conuenerit ne quid amplius ab eo vltra eam partem creditor peteret, vt in specie *l.si creditores, C. de pact.* Quo sane casu correus, qui soluit partem suam, liberatur omnino per exceptionem pacti vel doli mali, quæ concurrit semper cum exceptione pacti, liberatur, inquam, per exceptionem pacti, etiamsi alter correus soluendo non sit. At vnus ex fideiussoribus liberatur soluendo partem, etiamsi nihil conuenerit, ne quid ab eo amplius peteretur, si modo alter confideiussor soluendo sit, vel etiam, si id cōuenerit, licet alter soluendo non sit, vt in *d.l.15.§.vlt.* Et præterea animaduertendum est in hoc §. agi de fideiussore, qui soluit partem suam, partem virilem, vt in *d.l.37.* Nam si minus virili soluit, recte Glossa sentit, non omnino eum liberari, sed in id quod deest parti virili obligatum manere, nisi scilicet pactus sit cum creditore, ne quid amplius ab eo peteretur, vt in specie d. legis 15. §. *vlt.* Quod si plus soluerit portione virili, procul- A dubio & ipse liberatur pro sua parte, quia suam partē vtique soluit, & quanto plus soluit, tanto minus etiam à confideiussore peti potest. Et stulte Angelus hoc loco seductus Glossa in verbo *soluit*, quæ tantum loquitur de eo, qui minus virili, non qui plus soluit, ait, *eum qui plus soluit, non liberari*, & argumento istius Glossæ, quæ hoc nunquam cogitauit, se aduocatum Florentiæ vicisse apud iudicem certe imperitissimum, quo etiam nomine à cæteris Angelus reprehenditur.

Ad §. duo.

Duo rei promittendi separatim fideiussores dederunt: inuitus creditor inter omnes fideiussores actiones diuidere non B *cogitur. Sed inter eos duntaxat, qui pro singulis interuenerunt. Plane si velit actionem suam inter omnes diuidere, non erit prohibendus: non magis quam si duos reos pro partibus conueniret.*

Recte dixi initio huius legis, beneficium diuisionis, dari confideiussoribus. ij sunt, qui pro vno vel pluribus debitoribus in causam vnius contractus, vnius obligationis fideiusserunt simul, vel separatim, nihil interest. Et ij sunt confideiussores, vt patet ex *l.48. hoc tit.* Nam si fideiusserint in causam diuersorum contractuum, diuersarum stipulationum, quibus debitores separatim obstricti sunt, licet ex omnibus contractibus vna eademque pe- C cunia debeatur in solidum: tamen confideiussores non sunt. Diuersorum contractuum quibus debitores principales tenentur, fideiussores, confideiussores non sunt, *l.43. hoc tit.* & ideo indulgendum non est eis auxilium diuisionis. Finge, duo sunt rei debendi eiusdem pecuniæ, qui singuli stipulanti creditori separatim eam pecuniam se reddituros promiserunt, & singulos quoque fideiussores in singulas stipulationes singuli separatim dederunt. hi fideiussores, quia non sunt confideiussores, singuli in solidum conueniri, prout elegerit creditor, & condemnari possunt: nec inter eos inuito creditore diuidetur actio, quæ inter confideiussores diuideretur inuito creditore. At volente creditore nemo dubitat, quin, vt inter reos debendi actio diuidi potest parte petita à singulis, *l.3.§.vlt. sup. de duob. reis. l.reos, C. de fideiuss.* ita etiam possit cre- D ditor sua sponte diuidere actionem inter fideiussores reorum, tametsi confideiussores non sint, quæ est sententia huius §. Adnotandum tantum est, hodie, quia etiam rei debendi inuito creditore habent beneficium diuisionis ex Nouel. 99. ex persona reorum etiam beneficium diuidendæ actionis habituros fideiussores eorum, argumento *l.pupillus, sup. de fideiuss. tut.* Et vero ita est.

Ad §. creditor.

Creditor pignus distrahere non cogitur, si fideiussorem specialiter acceptum omisso pignore velit conuenire.

Excepto responso huius §. cætera omnia sunt de beneficio diuisionis, cuius sententia hæc est, breuis & E facilis: creditorem, qui pignus & fideiussorem accepit, omisso pignore posse prius conuenire fideiussorem, quod notatur vtique eum seruare debere hodie ex Nouella. 4. si pignus possideatur ab extraneo, vt scilicet prius conueniat fideiussorem, quam persequatur pignus quod extraneus possidet, atque distrahat, non si pignus ab ipso debitore possideatur: nam prius debet excutere pignus, quod debitor ipse possidet, quam experiri cum fideiussore, ex eadem Nouella. Quod autem ait in hoc §. creditorem omisso pignore fideiussorem conuenire posse, & addo, debere, si pignus possideatur ab extraneo, & supradicta Nouel. ita verū esse ait, si fideiussor simpliciter, si ἁπλῶς acceptus sit, id est, si non acceptus in id tantum, quod ex pignore redigi non possit, vt in *l.omissis, C. de fideiussor.*

& ita etiam simpliciter acceptus fideiussor dicitur in *l. reos*, *C. eod. tit.* & *l. 2. C. de fideiussor. tut.* Hoc vero casu, cum fideiussor acceptus est in id, quod ex pignoris distractione seruari non possit, prius debet excuti pignus, quam fideiussor indistinctè, propter conuentionem, siue pignus possideatur ab extraneo, siue ab ipso debitore.

Ad §. cum inter.

Cum inter fideiussores actione diuisa, quidam post litem contestatam soluendo esse desierunt: ea res ad onus eius, qui soluendo est, non pertinet, nec auxilio defendetur ætatis actor. Non enim deceptus videtur iure communi vsus.

Finge: diuisa est actio inter confideiussores, quod quidem desiderare possunt implorato beneficio epistolæ Diui Adriani quandocunque ante rem iudicatam, quia peremptoria defensio est, *l. 10. C de fideiussor.* videlicet, si omnes soluendo erant litis contestatæ tempore, vel eo ipso tempore, vel post litem contestatam ante rem iudicatam, desiderabunt diuidi actionem & singulos damnari in partem virilem tantum. Finge, inquam, omnes fuisse soluendo tempore litis contestatæ, & inter eos fuisse diuisam actionem, sed post litem contestatam vnum ex eis ad inopiam peruenisse. Quæritur, quem inopia istius oneret, actorem, id est, creditorem, an confideiussorem? Et definit inopiam eius, qui lapsus est facultatibus suis, post litem contestatam onerare creditorem ipsum, non confideiussorem, licet creditor minor fuerit 25. annis. Quod habuimus etiam in *l. 7. de fideiuss. tut.* Nec poterit minori ex hac causa dari restitutio in integrum aduersus fideiussorem, quia restitutio datur minori decepto tantum: deceptus autem non videtur, qui iure communi vsus est. quam sententiam Papiniani vsurpat Imperator vt solet sæpe libenter hoc auctore vti, in *l. vlt. C. de in integr. restit.* quæ lex constat tantum hac sententia: *Non videtur minor circumscriptus, qui iure communi vsus est.* Et ibidem Græci notant esse antiquam regulam, παλαιός τίς ἐστιν διατάξεως κανών. Et sane antiqua est cum sit posita sub tit. *de reg. iur. antiq. l. nihil consensus* §. 1. Ius autem commune est, siue ius publicum, vt diuidatur actio inter fideiussores, qui sunt soluendo litis contestatæ tempore. Minor diuisit actionem inter fideiussores, qui erant soluendo litis contestatæ tempore: non videtur deceptus & circumscriptus, licet postea quidam ex eis exuti sint facultatibus. At si ab initio minor inter eos diuisisset actionem, qui tempore litis contestatæ soluendo non erant, hoc casu fateor ei subueniri beneficio ætatis per restitutionem in integrum, quia hoc casu iure communi non est vsus, quia imprudens inter inopes diuisit actionem, vt *l. seq.* §. *inter h. t.* Et potest quidem ad *l. vlt. C. de in integr. restit.* poni species congrua ex hoc §. sed propior est & legi conformior species, quæ conficitur ex *l. mulier, C. de iure dot.* & *l. vlt. C. de magistrat. con.* si coniungantur cum *d. l. vlt. de in integr. restit.* Secundum quod paritas inscriptionis & subscriptionis in omnibus requirit. Et species hæc est. Mulier 25. annis minor, consensu iusti curatoris dotem marito dedit vel promisit pro modo facultatum suarum, & dignitate mariti familiæque suæ, non potest restitui aduersus dotem vel dotis promissionem, quia in ea constituenda vsa est iure communi. Rectè data, rectè promissa dote pro modo patrimonii sui auctore curatore, proinde auxilio ætatis non defendetur, quo minus ab ea dos exigatur, vt ait *d. l. mulier.* Licet culpa scribæ, qui inuentarium bonorum eius fecit, ei curator in minorem, quam dos fuerit, quantitatem cauerit, dato fideiussore rem puellæ saluam fore, quo nomine propter culpam scribæ, puellæ quidem est aduersus scribam actio in factum in id, quod interest ex Senatusconsulto, de quo in *d. l. vlt.* & in toto tit. *de magist. conuen.* Sed non etiam restituitur mulier aduersus dotem semel iure communi constitutam pro viribus patrimonii, & consensu curatoris legitimi, quæ tamen restitueretur, si vltra vires & contra ius commune dotem constituisset, vel promisisset, *l. si causa* §. 1. *ff. de minor.* Ius commune est, vt mulier dotem constituat pro viribus patrimonij sui, & curatore auctore, si minor sit. hoc quæ fecit, non restituitur in integrum. Quæ secus fecit, id est, cauit dotem supra vires patrimonij sui, quia aberrauit à iure communi, restituitur in integrum. Potest etiam ad eandem regulam positam in *d. l. nihil consensui* §. 1. quem ex verbis & inscriptione scimus pertinere ad restitutionem minorum, potest, inquam, ad eam quoque poni congrua species ex hoc §. sed propinquior est quæ sumitur ex *l. in causæ* 11. §. 2. *de minor.* Quoniam vtraque est ex eodem Vlpiani libro, & species hæc est: Adolescens siue minor xxv. annis paulo minore pretio fundum suum rite vendidit, nempe ex decreto Prætoris, & curatore auctore, paulo, inquam, minore pretio, non tamen infra dimidium iusti pretij: nam hic casus semper excipiendus est, an potest aduersus eam venditionem restitui in integrum, quasi deceptus? Minime; quia in ea venditione facienda ius commune obseruatum fuit, licet reipsa deceptus sit paulo minore pretio accepto: nam ius commune est, vt liceat venditori quod minus est pluris vẽdere, si possit, & emptori quod pluris est minoris emere, *l. si voluntate, C. de rescind. vend.* Et in pretio constituendo possunt emptor & venditor citra dolum malum reipsa se inuicem circumuenire, hoc est concessum naturaliter siue ἐμπορικῶς, vt ait Nouel. 97. c. 1. Hæc scilicet est natura contractus emptionis & venditionis, vt vendat vnus quanto pluris, emat alter quanto minoris potest, & sibi quisque rem suam bene gerat citra dolum malum, ideoque prætextu minoris pretij, nec à minore iure facta venditio rescindi potest per restitutionem in integrum, quia non videtur captus & circunscriptus, qui iure communi vsus est.

Ad §. bonis.

Bonis damnati fideiussoris fisco vindicatis, inter fideiussores actio postea si diuidi cœperit, vt heredis, ita fisci rationem habere oportet.

Notandum est beneficium diuidendæ actionis non tantum confideiussoribus dari, sed etiam heredibus eorum, si ex eorum persona conueniantur, vt *l. 27. sicut,* & *l. 49.* §. *quod si duo, hoc tit.* Et non tantum heredibus, sed etiam quibuslibet successoribus eorum, ad quos bona eorũ peruenerint: ergo etiam fisco, si fiscus occupauerit eorum bona, vt puta, si vnius fideiussoris bona confiscata sint ex causa delicti, & creditor agat cum fisco quasi successore illius fideiussoris, vel cum altero confideiussore, si omnes soluendo sint litis contestatæ tempore. Fiscus semper est soluendo, & ideo nunquam dat fideiussorem, *l. 2. de fun. dot. l. 1.* §. *si ad fiscum, vt leg. nom. cau.* Fiscus, inquam, si cæteri fideiussores soluendo sint, implorato beneficio epistolæ Diui Adriani, potest desiderare, vt singuli pro parte conueniantur; atque etiam, vt ipse tantum pro parte conueniatur ex persona damnati fideiussoris: Nam est perpetuum, quod dicitur in *l. fiscus, de iure fisci,* fiscum, qui in ius priuati succedit, iure priuati vti. Cæterum in hoc §. hæc verba, *damnati fideiussoris,* sic exaudire oportet: *damnati* ex crimine scil. aliquo, ea pœna, quam sequitur publicatio bonorum, veluti morte, aut metallo aut deportatione, vt *l. 1. ff. de bo. dam. l. bona, de iure fisci,* & expunge Glossam hoc loco quæ dixit, etiam damnatum & confiscatum fideiussorem, si viuat, id est, si vltimo supplicio damnatus non sit, sed vel metallo, vel exilio, à creditore conueniri & condemnari posse. Quod omnino est falsum, quia damnatione illa tota obligatio perinde ac morte contra eum exstinguitur, *l. 47. h. tit.* & transfertur in fiscum, & ita Bartolus rectè, & alij: At non omnino rectè quod aiunt ad fiscum non transire stipulationem conditionalem, qua verbi gratia deportatus tenebatur, si post deportationem conditio stipulationis exstiterit, cum

tamen tranſeat in heredem, ſi poſt mortem promiſſoris conditio exſtiterit, *l. quoties, in fi. & l. nouatio, tit. ſeq.* Et ita dicunt, fiſcum non eſſe per omnia heredis loco, & hanc eſſe differentiam inter fiſcum & heredem: partim admitto hanc differentiam, partim non admitto. Admitto, ſi conditio exſtiterit ante aditam hereditatem, vt loquuntur illæ leges, vel antequam fiſcus agnouerit damnati bona, & ratio differentiæ hæc eſt: quia eo tempore quo cedit, committiturve ſtipulatio conditionalis, id eſt, eo tempore, quo conditio extitit, neceſſe eſt vt ſit perſona, cui debeatur, alioquin ſtipulatio conditionalis exſiſtente conditione committitur inutiliter, ſi eo tempore, quo conditio extit, non ſit perſona, cui debeatur, aut deberi poſſit, vt *l. 38. in fin. h. tit.* At conditione exſiſtente ante aditam hereditatem, eſt perſona, quæ obligetur, puta, hereditas iacens, id eſt, nondum adita, quæ in noſtro iure perſonæ vice fungitur, *l. 22. hoc tit.* At antequam fiſcus bona agnouerit, nulla eſt hereditas, nullave ſucceſſio, aut nulla hereditas poteſt eſſe capite deminuti, quæ perſonæ vice fungatur: & ideo inutiliter committitur ſtipulatio exſiſtente conditione, antequam fiſcus agnouerit bona; quia non eſt perſona vlla, ne fictitia quidem, in quam ſtipulatio committatur, verum poſt aditam hereditatem, vel agnita bona exiſtente conditione ſtipulationis. Non admitto eam differentiam, quia ceſſat ſuperior ratio diuerſitatis, propterea quod fiſcus, qui agnouit bona, vice heredis eſt, *l. 2. C. ad leg. Iul. de vi.* Hoc igitur caſu nulla eſt differentia inter heredem & fiſcum. Falſo etiam tentat aliam eſſe differentiam inter heredem & fiſcum, quaſi in heredem tranſeat & transferatur iudicium cœptum à defuncto: in fiſcum autem non transferatur iudicium cœptum à defuncto, vel ab eo, cuius bona poſtea publicata ſunt, quam eruunt ex *l ſi conſtante §. vlt. ff. ſol. mat.* Quæ tamen non dicit, exſpirare iudicium quod ad fiſcum attinet: iudicium, ſcilicet dotis, quo ſoluto matrimonio egit mulier aduerſus maritum, ſi interim pendente iudicio dos mulieris publicata ſit, non dicit, inquam, exſpirare iudicium quod ad fiſcum attinet, ſed quod ad mulierem tantum, quæ cœperat agere de dote, quæ publicata eſt: id enim iudicium peraget fiſcus, nec ante occupabit dotem, quam conſtiterit, cedere an debuerit lucro mariti, an reſtitui mulieri, qua de re cœptum erat iudicium inter maritum & mulierem ſoluto matrimonio, quod ſane transferetur in fiſcum, ſi fiſcus contendat dotem fuiſſe mulieris, atque adeo ad ſe redire iure confiſcationis.

Ad legem 27. de Nouationibus.

Emptor cum delegante venditore pecuniam ita promittit, quicquid ex vendito dare facere oportet, *nouatione ſecuta, vſuras neutri poſt inſecuti temporis debet.*

HVius legis ſpecies hæc eſt: Luc. Titius emptorem ſibi obligatum ex cauſa venditionis delegauit mihi creditori ſuo, vt quod ſibi debet ex ea cauſa, id nouatione facta promitteret mihi ſtipulanti, hoc modo: *Quidquid te Lucio Titio, ex vendito dare facere oportet, id mihi dari, fieri ſpondéſne?*

Finge autem, emptorem Lucio Titio venditori debuiſſe pretium, & vſuras pretij poſt diem traditionis rei venditæ, vt in *l. Iulianus §. ex vendito, ff. de action. empt.* Ex ea ſtipulatione, quæ nouandæ obligationis cauſa interpoſita eſt, mihi quidem vſuræ præteriti temporis debebuntur, quæ venditori debebantur, ſed quæritur; an etiam in futurum mihi vſuræ pretij debeantur, aut ſi mihi non debeantur, quod eſt verius, quia mihi in futurum non cauit, an debebuntur venditori? Et reſpondet Papinianus poſt factam nouationem vſuras inſecuti temporis neutri deberi, id eſt, neque venditori deberi, qui in vniuerſum receſſit ab obligatione empti venditi, ſiue quia in eius, in venditoris ſcilicet perſona, omnino nouata eſt obligatio empti venditi; neque etiam deberi

A creditori, quia futuri temporis vſuras ſtipulatus non eſt. Vnde generaliter conſtituamus: poſt nouationem obligationis vſuras non currere, vt ait *lex 18. hoc tit.* Et hoc inter cætera diſtat nouatio voluntaria, quæ fit per ſtipulationem, à nouatione neceſſaria, quæ fit per litis conteſtationem, alio vice debitoris iudicium accipiente, & conteſtante litem; quæ nouatio dicitur neceſſaria, quia iudicium redditur in inuitos. Hoc autem ideo dicimus diſtare nouationem voluntariam à nouatione neceſſaria, ſiue litis conteſtatione, quia lite conteſtata vſuræ currere non deſinunt, *l. lite. ſup. de vſur.* quæ eſt coniungenda cum dicta *leg. 18. hoc titulo,* quæ aliud ſtatuit in nouatione voluntaria, qua interpoſita negat currere vſuras. Sunt & multæ aliæ differentiæ inter nouationem voluntariam, & B nouationem neceſſariam. Perit priuilegium exigendi, quod habuit creditor facta nouatione voluntaria, ſi modo abiiciendi priuilegii animum habuerit, non etiam facta nouatione neceſſaria, *l. 29. hoc tit. l. quæſitum, in fi. inf. de bon. auctor. iud. poſſid.* Facta nouatione voluntaria pignora liberantur & hypothecæ, ſi hoc agatur, vt agitur plerunque, non etiam nouatione neceſſaria *d. l. 18. & l. 30. hoc tit. l. 1. C. etiam. ob chir. pec. pign.* Item nouatione voluntaria fideiuſſores & mandatores liberantur. *l. 4. C. de fidei.* non etiam facta nouatione neceſſaria, *l. 27. & 28. C. eod.* Ac poſtremo ſtipulatio pœnalis, vt puta, ſi creditor ſtipulatus ſit pœnam, ſi ad diem pecunia ſoluta non eſſet, ea ſtipulatio perimitur facta nouatione voluntaria, *l. 15. hoc tit.* non facta nouatione neceſſaria, *l. 90. ſup. de verb. oblig.* Non omittam quod in formula ſtipulationis propoſitæ hoc loco, *Quidquid ex vendito, dare facere* C *oportet,* Baſilica, *facere,* interpretantur παρέχειν, non male imo rectiſſime: nam præſtare facere eſt, *l. ex empto in princip. ſup. de act. emp. l. ſi mandatu meo §. quoties ſup. mandati.*

Ad leg. 36. de iure fiſci.

Prædiis à fiſco diſtractis, præteriti temporis tributum eorundem prædiorum onus emptorem ſpectare placuit.

HVius legis ſententia hæc eſt: Eum, qui emit prædia, à fiſco, quæ quondam priuati hominis fuerunt, debere præſtare tributum, non futuri temporis tantum, ſed etiam præteriti, quod ea prædia ſcilicet fiſco debent, & nihil refert fiſcus ea prædia vendiderit iure hypothecæ vel iure ſucceſſionis, poſſeſſore damnato & confiſcato, an poſſeſſor ipſe vendiderit: nam emptor debet ſemper D reliquum præteriti temporis, reliquum tributorum ſi prædia poſſideat, quoniam hæc tributa ſiue vectigalia ipſa prædia debent, non perſonæ. *l. Imperatores, ſup. de publ. l. 2. C. de ann. & trib. lib. 10.* Demoſthenes in Timocratem, εἰσφορὰς ὀφείλειν τὰ κτήματα, οὐ πρόσωπα, *tributa poſſeſſiones debere, non poſſeſſores.* Aut quod idem eſt, *Poſſeſſores debere nomine poſſeſſionum. Poſſeſſores quoſcunque.* Et Theodoſius Imperator in Nouella, cuius thema tale eſt. *Neque domum diuinam, neque Eccleſiam, &c. omnem cenſum agrorum eſſe, non perſonarum.* omnem cenſum, inquit, id eſt, omne tributum. Omne tributum proinde ſequitur quemcunque poſſeſſorem agrorum. Vnde in E hac lege, tributum eorundem prædiorum onus eſt, ἐπιζήτησις, tributum, quod ſc. eſt eorundem prædiorum onus. Ac eadem ratione, cum dixiſſet *d. l. Imperatores,* emptorem, & quemlibet poſſeſſorem prædiorum reliqua, ſiue præteriti temporis tributum, ſoluere debere, ſubiicit, *emptori tamen ſi ignorauerit, prædia eſſe obnoxia reliquis quam plurimis, qu'il y euſt beaucoup d'arrerages.* Emptori, inquam, dari actionem ex empto aduerſus venditorem, vt vel præſtet venditor quanto minoris empturus erat, ſi id non ignoraſſet, vt in *l ſi minore, C. de act. emp.* Nam in d. l. *Imperatores,* pro *exemplo,* iam olim oſtendi eſſe legendum, *ex empto:* & hoc ipſo libro idem Papinianus ſcripſit de actione ex empto, quod venditor celauerit emptorem

onera tributorum. Idem scripsit Papinianus in *l. in venditione, de act. emp.* cum qua hanc legem non inepte coniunges.

Restant adhuc loci, ad quos nunc veniamus, quibus alij auctores sumunt testimonia ex hoc lib. 3. Responsorum, in quibus Papinianus citatur.

Ad §. si quis Titio l. 10. ff. mand.

Si quis Titio mandauerit, vt ab actoribus suis mutuam pecuniam acciperet: mandati eum non acturum Papinianus libro tertio Responsorum scribit: quia de mutua pecunia eum habet obligatum, & ideo vsuras eum petere non posse, quasi ex causa mandati, si in stipulationem deducta non sunt.

IN l. 10. §. *si quis Titio, &* §. *idem Papinianus, &* §. *si cui mandauero, mand.* proponuntur tria responsa Papiniani nominatim ex hoc *lib. 3. Respon.* 5. Primi species hæc est. Cum me Titius rogaret mutuam pecuniam, ei mandaui, vt acciperet ab actore rerum mearum hanc pecuniam, id est, seruo meo dispensatore, & accepit. Quæritur, vtrum mihi Titius ex causa mandati teneatur, an ex causa mutui, quod magni interest scire, vt in *l. qui negotia* 43. *mand.* quia ex causa mandati vsuræ; (nam iudicium est bonæ fidei) peti possunt, etiamsi in stipulatum deductæ non sint. Ex causa mutui, quia est stricta actio, citra vinculum stipulationis vsuræ peti non possunt, *l. 3. C. de vsur. l. Titius, de præsc. verb. l. 10. §. sed vtrum, de in rem vers.* Quæ fuit etiam causa dubitandi apud eundem Papinian. hoc ipso libro in specie legis 25. §. *vlt. depos.* essetne actio depositi in hac specie, an actio creditæ pecuniæ: quoniam depositæ pecuniæ vsuræ debentur etiam ex pacto nudo, creditæ autem pecuniæ non debentur ex pacto nudo sine stipulatione. Et in specie quidem proposita in *d. §. si quis Titio*, Papinianus respondet, Titium, qui mandato domini pecuniam ab eius actore accepit, non mandati actione domino teneri, sed condictione, quæ de mutuo dato proponitur, quia nihil refert ipse Titio eam pecuniam numerauerit; an actor, qui rem eius pecuniariam tractabat omnem, & ideo Titius vsuris, etiamsi quid de iis conuenerit inter dominum & Titium, non obstringitur citra stipulationem, quia non id agebatur, vt mandati contraheretur obligatio, sed creditæ pecuniæ, cuius vsuræ non debentur citra stipulationem. Quod autem refertur ex eodem libro Papiniani in *d. §. idem Papinianus.*

Ad §. idem Papinianus ff. eod.

Idem Papinianus libro eodem refert fideiussori condemnato: qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandauerat, vt pecuniam mutuam acciperet: vtilem actionem dandam, quasi institoriam, quia & hic quasi præposuisse eum mutua pecunia accipienda videatur.

IDem Papinian. scripserat in lib. 2. *l. liberto, in princip. de negot. gest.* videlicet de actione quasi institoria negotiorum gestorum, quia dominus, qui procuratori mandauit, vt pecuniam mutuam acciperet in negotia sua, tenetur non tantum creditori, qui pecuniam mutuam dedit, sed etiam fideiussori si soluerit. Et iam huius responsi partem in hoc libro habuimus & exposuimus satis in *l. pen. in princip. de inst. act.* Eique potest adiungi quod ex eodem libro 3. refertur in *l. Iulianus, §. si procurator, de act. emp.* Dominus procuratori suo mandauit, vt rem aliquam suam venderet: vendidit & cauit emptori euictionis nomine, dominus tenetur emptori quasi institoria actione ex empto, etiamsi procurator, qui cauit emptori, soluendo sit, vt *d. l. pen.* Contra quoque emptor domino tenetur actione ex vendito, quod tamen ita demum verum est, si procurator, cui mandauit rem vendendam, non sit soluendo, vt exposuimus, in *d. l. pen.* & patet ex *l. 1. & 2. de in-*

A *stit. act. l. in omnibus, de præt. stipulat. l. 1. §. sed ex contrario, de exercit. act.* & in *d. §. si procurator.* Obseruandum est, actionem, quæ venditori competit, appellari *ex vendito*, quæ emptori *ex empto*. Sed quæ venditori competit appellatur interdum etiam *ex empto*. Id fit imperfecto quodam genere loquendi *ex empto* pro ex *vendito empto*. Nam perfecta oratio est, Actio *ex vendito empto*, quæ venditori competit, actio *ex empto vendito*, quæ emptori competit, & sic in *l. 1. C. si seruus ext. emi. se mandau.*

Ad §. si cui mandauero ff. eod.

Si cui mandauero vt à Titio stipuletur, potero cum eo cui
B *mandaui, agere mandati, vt eum accepto liberet, si hoc velim, vel si malim in hoc agam, vt eum deleget mihi, vel si cui alij voluero. Et Papinianus libro eodem scribit, si mater pro filia dotem dederit, eamque mandante filia, vel illico stipulata sit, vel etiam postea, mandati eam teneri, quamuis ipsa sit quæ dotem dederit.*

SPecies §. *si cui mandauero, versic. & Papinianus*, hæc est: Si mater pro filia dotem dederit, & filia mandante *illico*, id est, initio dandæ dotis, vel *postea*, id est, ex interuallo, stipulata sit mater, à genero diuortio facto dotem sibi reddi, quia stipulata est mandatu filiæ, mandati actione filiæ tenetur, quamuis ipsa dotem dederit de suo, vel vt liberet virum per acceptilationem, si quidem filia malit eum sibi obligatum esse, quam matri, atque ita liberatum eum à matre, velit mutata sententia sibi stipulanti
C promittere in casum diuortij, vt in *l. pen. de negot. gest.* Vel etiam mater tenetur filiæ mandati actione, vt virum deleget sibi, vel alij cui voluerit, vel diuortio facto, vt cedat sibi actionem ex stipulatu, vel si iam dotem exegit, vt sibi eam præstet, *l. 59. in princ. ff. mand.* Et notandum, quod ait Papinianus in eo responso, filia mandante matrem, quæ dotem dederat pro filia donandi animo, stipulatam dotem sibi reddi, & stipulatam vel illico tempore dandæ dotis, vel intermisso spatio: nihil referre igitur, statim stipulata sit, an postea: vnde apparet filiam aut matrem mandatu filiæ etiam ex interuallo recte stipulari dotem sibi reddi, nec necessarium esse, vt ea stipulatio interponatur initio contractus dotis. filia quandocunque dotem à se datam vel pro se datam recte stipulatur sibi reddi diuortio
D facto: at mater, quæ dotem dedit, non recte eam stipularetur ex interuallo sine mandatu filiæ cui dos adquisita iam est. Idque patet ex *l. ob res §. 1. de pact. dot.*

Ad §. Papinianus quoque l. 52. pro socio.

Papinianus quoque libro tertio Responsorum ait. Si fratres parentum indiuisas hereditates, ideo retinuerunt, vt emolumentum ac damnum in his commune sentirent, quod aliunde quæsierint in commune non redigetur.

SI duo fratres consortes socij sint, qui patris hereditatem inter se pro indiuiso habeant communem, non omnia bona sua, quod quis aliunde adquisiuit, quam ex ea
E hereditate, id Papinianus respondet in commune non redigi. Rectissime: nam è contrario, quod quis eorum amisit ex bonis suis propriis, ex aliis bonis suis, id communi hereditati non reputat, *l. ex parte §. filius, famil. ercisc.* Et ita iam ante Vlpianus docuit ex rescripto Seueri. Si duo sint argentarij socij, quod quis eorum vel adquisiuit extra causam mensæ argentariæ, id in commune non redigi. Ergo etiam, si quis eorum amiserit ex aliis bonis suis, id non imputari mensæ communi, vt sit eadem ratio inter eos tam lucri quam damni. Denique idem ius esse in cæteris sociis omnibus, qui sunt socij non vniuersorum bonorum, sed certorum, certæ rei, negotiationis, professionisque, quod est in argentariis sociis, qui tantum sunt socij mensæ argentariæ, & in cæteris qui argentariis sunt similes, quales erant coactores & nummularii, ii sunt parui

parui argentarij, qui partem tantum officij argentarij exsequuntur, quod de nummulariis liquet ex *l. quidam §. pen. ff. de edendo*, & de coactoribus etiam manifestum est, qui, postquam argentarij pro aliis auctionem fecerunt, ostiatim cogunt pecunias siue pretia, quæ fecerunt, qui licitati sunt, vt fit hodie, qui & collectarii dicuntur in l. *quisquis, C. si cert. pet.* Ii sunt dicunturque etiam quodammodo argentarii, vt in Glossis Philoxeni interpretatur etiam argentarius, coactor, quod etiam verbum Latinum pro coactor, & etiam apud Hesychium. Κομάκτωρ, qua voce quid significetur non interpretatur, sed dicit eam vocem tantum esse apud Rhinthonem in Medea. Sane est coactor, siue argentarius, siue argentarii minister, vel adsecla. illius Rhinthonis auctoritate etiam Hesych. vtitur in verbo Καλάβεια, & Athenæus duobus in locis. Fuit poeta Tarentinus, similis Rabelesio nostro, qua de causa nebulo vocatur à Columella *lib. 8. cap. 16.* Ex Varr. *lib. 3. de re rust.*

Ad §. item ex facto eadem l.

Item ex facto consultum respondisse se ait, libro tertio Responsorum: Inter Flauium Victorem & Vellicum Asianum placuerat, vt locis emptis pecunia Victoris, monumenta fierent opera & peritia Asiani: quibus distractis, pecuniam Victor cum certa quantitate reciperet, superfluum Asianus acciperet, qui operam in societatem contulit. Erit pro socio actio.

Ait in hoc §. Papinianus, recte contrahi societatem inter duos, vno conferente pecuniam, altero conferente artem tantum, vel operam suam, vt in hac ipsa lege 52. §. *si in coeunda, & l. 1. C. eod. tit. §. de illa, Instit. de societ.* Marcus Tullius pro Roscio Am. *Non est captiosa*, inquit, *aut iniqua societas, vbi alter corpus, alter disciplinam in societatem adfert.* Exempla sumuntur ex dicto §. *si in coeunda.* Si pastori pascenda mea pecora dedi, ea lege, vt fœtus essent communes, ego confero rem, pastor operam tantum, & rata est societas, vt *l. si pascenda, C. de pact.* Item si politori meum agrum poliendum dedi, εἰς ἐργάσαι, vt est in Basil. vt poliret meum agrum, ea lege, vt fructus essent communes: & addit rationem in §. *si coeunda*, cur iusta sit societas, vbi vnus confert rem vel pecuniam, alter artem vel operam suam? *Quia*, inquit, *pretium artis operæue est leuamentum*, sic iampridem ostendi, esse legendum traiectis literis, pro *velamentum.* Pretium autem artis operæue est leuamentum, *Esse leuamentum*, id est, æquamentum, libramentum, & amussim, vt apud Non. Marcell. Varro *lib. 2.* Plaut. *quæst.* Amussim esse examen & leuamentum. Denique pretium artis vel operæ facere libramentum, æquilibrium, quod leuamentum dicitur, & tantum pollere artem, quam pecuniam vel rem, quam alter confert. Est & aliud exemplum in specie §. *item ex facto*, de qua Papinianum se ex facto consultum respondisse ait. *Ex facto*, quod Theophilus noster in §. *vlt. de fid. hered.* intepretatur, φάκτω συμβάντος, & sæpe hoc modo auctores nostri loqui solent, significantes otiosam quæstionem non esse, sed vsum forte natæ rei ita tulisse, vt de ea re quæreretur. Species vero illa est huiusmodi.

Inter me & te conuenit, vt loci quidam extra vrbem mea pecunia emerentur: in quibus, cum esses faber, tua arte & opera fabricarentur monumenta & conditoria mortuorum. & monumentis venditis (constat enim pura monumenta, quæ nondum vlla religio occupauit vendi posse. *l. 6. §. vlt. de relig.*) Conuenit igitur inter nos, vt venditis monumentis ego pecuniam quam contuli in emptionem locorum reciperem cum accessione certa (nam in hoc §. recte scriptum est, *cum certa quantitate* in Flor. & in Basilicis: σὺν ἑτέρᾳ δηλῇ ποσότητι.) vt igitur ego reciperem pecuniam, quam contuli in emptionem locorum cum accessione certa, tu haberes residuum pretii, quod ex venditione monumentorum redigeretur: Con-

A tuli pecuniam, tu fabrilem operam tantum: & videtur inter me & te recte contracta societas distrahendorum monumentorum. Et ex hoc negotio est vltro citroque actio pro socio. Nec omittam in hoc §. illo loco, *Bellicum Asianum*, recte scribi *Vellicum.* vt & in *l. Iulianus §. per contrarium, de act. emp.*

Ad §. Idem Papinianus ead. l.

Idem Papinianus eodem libro ait. si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit, & stipendia cæteraque salaria in commune redigi iudicio societatis: quamuis filius emancipatus hæc non cogatur conferre fratri, inquit, in potestate manenti, quia etsi in potestate maneret, præcipua ea haberet.

B Subiicitur statim in §. *idem Papinianus, eod. lib.* aliud responsum. In quo proponitur differentia vna inter societatem voluntariam & necessariam. Voluntariam contractus conciliat, & ex ea nascitur actio pro socio: Necessariam fortuna conciliat, & ex ea non nascitur actio pro socio, sed communi diuidundo, sicut ex voluntaria vtraque actio. Ex necessaria communi diuidundo tantum, non pro socio, vt si duobus communiter hereditas vel legatum obueniat, *l. 31. & seq. hoc tit.* Vtramque societatem significat M. Tull. in Quintiana, his verbis: *Socius cui cum te voluntas congregasset, aut fortuna coniunxisset.* Et infra, *Cum eo tu voluntariam societatem coibas, qui te in societate hereditaria fraudarat.* Et sic voluntariam societatem in *l. virum §. in heredem, hoc tit.* quod est, in hoc §. *voluntarium consortium.* In quo differentia quam initio pro-
C poni dixi, hæc est. Si societas sit necessaria, siue hereditaria inter fratres, vt puta, si patri simul heredes exstiterint, frater emancipatus fratri in potestate manenti, id est, qui fuit in potestate patris morientis, non confert castrense vel quasi castrense peculium, sed id sibi habet, retinetque præcipuum, *l. 1. §. nec castrense ff. de collat. bon.* Quia etsi mansisset in potestate patris, id præcipuum retinuisset, nec adquisiisset patri. Ex quo generaliter definies, ea quæ sui non adquirunt patri, nec emancipatos conferre fratribus suis, cum quibus vocantur ad successionem patris, quod est verum. At si inter fratres coita sit voluntaria societas omnium bonorum, etiam castrensia aut quasi castrensia bona in commune conferuntur, aut conferre coguntur actione pro socio. In castrensib. bonis, exempli gratia, Papinianus hoc loco numerat stipendia militaria:
D in quasi castrensibus cætera salaria, quæ merito officii aut dignitatis tribuuntur de publico, *vt l. vlt. C. de inof. test.* Et hæc est sententia §. *idem Papinian.* Sequitur aliud ex eodem libro Papiniani relatum in *l. 4. §. eleganter, de lege commiss.*

Ad §. eleganter. l. 4. ff. de leg. commissor.

Eleganter Papinianus libro tertio Responsorum, scribit: statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, vtrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere, nec posse si commissoriam elegit, postea variare.

E Lex commissoria, est pactum, quod venditoris causa adiicitur emptioni venditioni *l. 2. hoc tit.* puta, vt si ad diem condictum emptor non soluat pretium, res sit inempta, qua lege commissa, id est, pretio ad diem non soluto, in arbitrio est venditoris ea lege eoue pacto vti, aut non vti: Nam si hoc malit, potest pretium petere post diem lege commissoria comprehensum, & non vt lege commissoria secundum regulam iuris, ex qua licet contemnere & remittere cuilibet ea, quæ sua causa introducta sunt, *l. pen. C. de pact.* sed si semel ei legi renuntiarit venditor, si semel constiterit ea lege siue pactione non vti, & post diem pretium petierit, postea variare, & ex pœnitentia eam legem siue pactionem exer-

cere non potest, vt in *l.7.hoc tit.* cuius responsi hanc dico A esse rationem. Quia non potest iterum variare, qui semel variauit. Semel variatio admittitur in quibusdam causis iure nostro, Bis non item. Et in hac specie variare non potest venditor, qui iam variauit semel, cum legem commissoriam, quæ placuerat initio venditionis post diem lege commissoria comprehensum, non exercuit. Et spisse aut vix permittitur vnquam cuiquam, vt bis variare liceat: & præterea, quia venditor variare & mutare sententiam non posset sine iniuria emptoris, cui à venditore semel electo & petito precio post diem ius emptionis firmo & perpetuo iure acquisitum ac confirmatum est.

Huic responso simile est, quod proponitur etiam ex eodem libro in *l.1.de seru. export.* Si venditor serui hanc legem dicat in venditione, vt is seruus exportetur ab emptore, nec Romæ moretur, vbi vænibat, venditor hanc B legem remittere potest emptori & seruo, quia propter eius securitatem dicta lex fuit, ne periculum subiret, quod metuebat à seruo nequissimo, cuius oculos ferre vel conspectum non poterat. Denique vnusquisque potest remittere, quod sui causa sibi cauit, & ex hac lege 1. *de seru. export. & d.l.4.§.elegan.ter, de lege commiss.* sumes duo aptissima exempla ad illam regulam iuris, vt vnusquisque possit renunciare iis, quæ pro se introducta sunt; sed in hoc exemplo posteriori dicemus etiam venditorem, si semel emptori permiserit seruum Romæ retinere, non posse variare, & ad eam legem redire, ne variatio bis admittatur, quod absurdum est, ne iniuria fiat emptori. Præterea in testimonium vocatur etiam Papinianus ex eod. li. in *l.creditor §.si quis, qui potior in pign.hab.*

Ad §.sciendum l.creditor 12.ff.qui pot.in pign.

Sciendum est secundo creditori rem teneri etiam inuito debitore tam in suum debitum, quam in primi creditoris, & in vsuras suas, & quas primo creditori soluit. Sed tamen vsurarum quas primo creditori soluit, vsuras non consequitur. Non enim negotium alterius gessit, sed magis suum. Et ita Papinianus lib.3.responsorum scripsit. Et verum est.

HVius §. sententia hæc est: Si duo sint creditores, quibus idem pignus datum & obligatum sit, & posterior creditor priori oblata pecunia cum vsuris in locum prioris successerit, & pignus sibi confirmarit, in quo ante oblationem non erat potior, retinet id non tantum in suum debitum, & in vsuras sibi debitas, sed etiam in id debitum, easque vsuras, quas priori creditori soluit, & ob vtramque summam recte pignus distrahit etiam inuito D debitore, vt in *l.5.in princ. de distrah. pign.* Cæterum in vsuras vsurarum, quas soluit priori creditori, pignus non tenetur, quod est caput istius responsi, & confirmatur, *l.2. C.de pignor. & hypothec.* Ratio autem est hæc, cur pignus non teneatur in vsuras vsurarum quas soluit priori creditori, quia in soluenda sorte & vsuris priori creditori debitis, posterior creditor magis suum, quam debitoris negotium gessit. Gessit quidem reipsa negotium debitoris, quia soluendo eum liberauit à priori creditore, sed animum tamen habuit gerendi sui negotii, id est, confirmandi sui pignoris. Et ideo sortis quidem solutæ priori creditori vsuræ currunt in persona posterioris, quæ currerent in persona prioris, si ei satisfactum non esset, sed non E currunt etiam vsurarum solutarum vsuræ. At si quis alius non creditor negotium soli debitori gerens soluisset creditori sortem & vsuras ei debitas, non tantum sortis, sed & vsurarum solutarum vsuras reciperet iudicio negotiorum gestorum, quia omnis pecunia quam pro alio soluit vltro vice sortis fungitur, vt fit etiam in specie *l.qui negotiationem §.ex duobus, & §.vlt.de administrat.tut.*

Ad §.si impuberis.l.illud quæritur de euict.

Si impuberis nomine tutor vendiderit: euictione secuta, Papinianus libr.3.Responsorum ait, dari in eum cuius tutela gesta sit, vtilem actionem; sed adiicit: in id demum, quod rationibus eius acceptolatum est. Sed an in totum, si tutor soluendo non sit, videamus, quod magis puto. Neque enim male contrahitur cum tutoribus.

SI tutor pupilli nomine rem vendiderit ex vtilitate pupilli & bona fide, sic enim est ponendum ex *l.cum plures §.1.de admin.tut.* idemque tutor forte emptori cauerit de euictione, secuta post finitam tutelam euictione, quærebatur, quis emptori ob euictionem teneretur, tutor qui vendidit & cauit, an adolescens, cuius nomine venditio facta est? Et respondet Papinianus, adolescentem teneri vtili actione ex empto euictionis nomine. Et vtique sine dubio adolescens eo nomine emptori tenetur in id, quod rationibus eius acceptolatum est, & vt dicam vernacule: *Iusques à la concurrence de ce qu'il a receu du prix de la chose venduë, iusques au concurrant de la chose venduë par la reddition du compte, iusques à la reddition du compte.* Imo vero adolescentem teneri in totum euictionis nomine, maxime si tutor soluendo non sit. Qua in re magna est differentia inter procuratorem, qui si vendiderit & cauerit, finita procuratione nullo modo liberatur ab emptore, & tutorem vel alium, qui fungitur inuitus munere publico. Procurator munere voluntario fungitur, quam in rem velim vos relegere, quæ dixi *lib.1.ad leg.3.§.in eum, de admin.rer.ad ciuit.pert.*

Ad §.vlt.seruo 113.de leg.*1.*

Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam (veluti vestes, aut si qua alia superuacua, vt in funus impendantur) non valere, Papinianus libro tertio Respons. scribit.

MArtianus in hoc §. ait Papinianum respondisse, ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam non valere; vt si iubeant vestes, vel quæ alia impendi superuacua in funus, aut (vt fiebat antiquitus) comburi secum vestes suas. Et inde hoc tacite consequitur heredem non esse indignum, qui his voluntatibus non obtemperat, quæ ineptæ sunt; alioquin indignus est heres iure veteri, qui non exequitur iustam voluntatem defuncti. Et tamen videretur posse obiici, quod in iustas impensas funeris numerantur etiam vestiaria, vt in Basil. est scriptum in *l.funeris, sup. de relig.* & quod pro vectigali datur: denique quod in iustas impensas funeris numerantur vestes, in *l.14.§.funeris, eod.tit.* Et apud Virg. 6. Æneid.

Purpureasque super vestes velamina nota, Coniiciunt.

Sed hic Papinianus tantum respondet de vestibus, quæ consumuntur superuacue & superuacue comburuntur, vt in funere Achillis apud Homerum Odyss.ω, & apud Lucianum in Nigrino idem refertur.

IACOBI CVIACII
IVRISCONSVLTI
COMMENTARIA
in Lib.IV.Responsorum
Æmilij Papiniani.

Ad l.9.de Senatorib.

Filiam Senatoris nuptias liberti secutam, patris casus no fa-

cit vxorem, nam quæſita dignitas liberis, propter caſum patris remoti à Senatu, auferenda non eſt.



HÆc verba vt intelligantur, ſciendum eſt, ex *l. Iulia & Papia, de maritandis ordinib.* libertinā non eſſe iuſtam vxorem Senatoris, vel filii, aut nepotis Senatoris, non eſſe iuſtas nuptias inter libertinam & Senatorem, aut Senatoris liberos, *l.23. & 44. de ritu nupt.* Et contra, non ex eadem quidem lege Iulia, vt plerique inconſideratè, ſed ex Senatuſconſulto & oratione Diui Marci, filiam quoque ac neptem Senatoris non eſſe iuſtam vxorem libertini hominis, *l.27. & 42. eod. tit.* Vnde quæritur hoc loco: an tamen filia Senatoris, quæ libertino nupſit fiat iuſta vxor, ſi poſtea pater eius Senator eſſe deſierit, puta, ſi ob crimen aliquod Senatu motus ſit, & reſcribit Papinianus, eam non fieri iuſtam vxorem, B quia etſi pater eius deſierit eſſe Senator, ipſa tamen non deſinit eſſe Senatoris filia: nec enim dignitas natalium ſemel quæſita liberis eis aufertur ob caſum patris, quod eſt æquiſſimum. Cui tamen reſponſo obſtare videtur, quod ex contrario dicitur in *l.27. eod. tit. de ritu nupt.* libertinam, quæ nupſit Senatori fieri iuſtam vxorem, ſi maritus Senator eſſe deſierit, ſi Senatu propter turpitudinem aliquam remotus fuerit. At reuera nihil obſtat: eſt enim idem iuris in vtroque caſu, ſiue Senator, aut Senatoris filius duxerit libertinam, ſiue filia Senatoris nupſerit libertino; nam vt priore caſu conualeſcunt, iuſtæque fiunt nuptiæ, ſi vir clariſſimam, id eſt, Senatoriam dignitatem amittat: ita & poſteriore caſu iuſtæ fiunt nuptiæ, ſi filia Senatoris eam dignitatem amittat, vt ſi profiteatur impudicitiam apud Ædiles, ſi corpore quæſtum faciat, *l. 47. eod. tit.* At quandiu manet dignitas integra, iniuſtæ nuptiæ ſunt, ſiue filia Senatoris nupſerit libertino, ſiue filius Senatoris duxerit libertinam. C Integra autem eis dignitas manet, etiamſi pater, à quo eam dignitatem habent, ea dignitate exciderit. Nota aſperſa patri, non pertingit filium vel filiam. denique non facit iuſtas nuptias, quas filius vel filia Senatoris contraxerit cum libertinæ conditionis hominibus.

Ad l. 4. de offic. adſeſſ.

Diem defuncto Legato Cæſaris, ſalarium comitibus reſidui temporis, quod à legatis præſtitutum eſt, debetur: modo ſi non poſtea comites cum aliis eodem tempore fuerunt. Diuerſum in eo ſeruatur, qui ſucceſſorem ante tempus accepit.

HÆc lex celebratur plurimum, & vexatur ab interpretibus, necdū explicatur, & eſt repetitio breuis, *l.19. §. vlt. locati.* Conſtat inter omnes, Legatum Cæſaris D in hac lege eſſe Præſidem prouinciæ, & Comites in hac lege eſſe adſeſſores & Conſiliarios quos ex Italia ſecum Præſes ducit in prouinciam, Comites ſedendi. Eſt autem, quod notandum in hac lege, ἐπαλλαγὴ numerorum, quia cum de Præſide loquitur, initio ait, *Legato Cæſaris:* deinde pluratiuo numero, *Legatis,* non eſt exiſtimandum alium eſſe legatum, alios legatos, ſed de præſidibus aut de Præſidum comitibus ſiue adſeſſoribus tota lex agit, & ſunt frequentiſſimæ in iure noſtro ἐπαλλαγαί. Conſtat etiam ex l. *adminiſtrantes §.1. de excuſ. tut.* Comitum ſiue Adſeſſorum certum fuiſſe numerū, quem Præſidi ius erat ducere in prouinciam, ne multi grauarent fiſcum: E Publico enim ſalario Adſeſſores fruebantur, vt ex contrario demonſtrat *l. vlt. h. t.* Ideoque in commentarium Principis, vel in ærarium referebantur, *l. abeſſe, ex quib. cau. maior. Ils eſtoient couchez en l'eſtat.* Et erat ei aduerſus fiſcum vel aduerſus Rempublicam petitio ſalarij extraordinaria, vt *l.1. §. ſed etſi Comites. & l. 4. de ext. cogn.* vno loco dicuntur Comites, altero, iuris ſtudioſi, vt in *l.1. hoc tit.* Quoniam omnes Adſeſſores magiſtratuum erant Iuriſconſulti, & Iuris ſtudioſi & Iuriſconſ. idem eſt, ſicut

A σοφοὶ & φιλόσοφοι, idē eſt. Defuncto autē Præſide prouinciæ (quæ eſt ſententia huius legis) ante annuum tempus, (erat enim plerunque annuus magiſtratus, vel ante id, quod decreta prouincia ei lege aut Senatuſconſulto finitum erat.) Defuncto, inquam, Præſide ante legitimum tēpus prouinciæ, & adminiſtrationis ſuæ, Papin. docet hoc loco Comitibus ſiue Adſeſſoribus defuncti Præſidis deberi totius legitimi temporis ſalarium integrum: *Salarium,* inquit, *reſidui temporis, quod à legatis præſtitutum eſt,* ſic Florentiæ: ſed affirmo eſſe illo loco paruam quandam tranſiectionem literarum duarum, & legendum: *reſidui temporis quod Legatis præſtitutum eſt,* vt ſit reſidui temporis quod præſtitutum & finitum ac definitum eſt Legatis, id eſt, præſidibus vt prouinciam adminiſtrarent: nec enim præſtitui ſalarium vnquam dicitur, ſed præſtitui dicitur tempus tantum, *l.1. de iure deliber.* Et ita Marc. Tull. Proconſul. Ciliciæ epiſtola 8. lib. 2. & 7. lib. 15. ad Fam. optat, nequid accedat temporis ad id, quod lege & Senatuſconſulto ei præſtitutum & finitum erat, nequid temporis accedat ad annuum munus: ne vt ait alio loco, lib. 2. tempus prouinciæ prorogetur: vnde & in fine huius legis agit de Præſide, qui ante tempus præſtitutum ſcil. ſucceſſorem accepit: proinde nihil eſt certius quam præſtitutum dici de tempore præſidatus, non de ſalario. Ita vero demum reſidui temporis ſalarium deberi ait Comitibus ſiue Adſeſſoribus, ſi reſiduo tempore aliis præſidibus operam ſuam non acommodauerint, ſi otioſi fuerint, quia per eos non ſtetit, quo minus iniuncto munere fungerentur, ſed per caſum præſidis, ſiue abſentiam, vt veteres loquebantur, quo argumento in *d. l. 19. §. pen. loc.* Defuncto præſide, vel alio quocunque qui conduxerat operas exceptoris, id eſt, ſcribæ ſiue notarii, vel operas alterius, nihil refert, vt in *l. qui operas, cod. t.* Defuncto, inquam, eo qui conduxerat operas exceptoris, ſiue librarii in certum tempus, dicitur exceptori deberi mercedem integram, ſi modo reſiduo tempore mercedem ab alio non acceperit, & alii operas ſuas non locauerit. Et in fine legis Papinian. oſtendit rectiſſime in Adſeſſoribus præſidum ſiue Comitibus aliud eſſe dicendum, ſi præſes vita defunctus non ſit, ſed ante tempus præſtitutum, & præfinitum ſucceſſorem acceperit, quoniam hoc caſu Adſeſſoribus eius reſidui temporis ſalarium non debetur. & ratio hæc eſt: quia datio ſucceſſoris & Præſidē, & Comites eius expūxit ærario ſiue tabulario Principis, in quod relati erant, perinde ac ſi legitimum tempus expleuiſſent. hæc eſt ſententia huius legis. Non quærit lex, an etiam heredibus Præſidis defuncti debeatur ſalarium reſidui tēporis, nam & Præſides erant ſalariarii, de eo vero non quærit, quoniam certiſſimum erat, deberi ſalarium reſidui temporis: poteſt tentari etiam, Adſeſſoribus defunctis, heredibus eorū deberi ſalaria etiam reſidui temporis, ſicut proximis ſacrorum ſcriniorum, qui & literarum & iuris periti erant non minus quam Adſeſſores, proditum eſt deberi ſalariū totius temporis heredibus eorum, ſi moriantur in *l.11. C. de prox ſacr. ſcrinior. lib.12.* Itemque defunctis fiſci patronis eius anni, quo defuncti ſunt integrum ſalarium tranſmitti in heredes eorū, *l. poſt duos, C. de aduoc. diuerſ. iud.* Et idem obtinuiſſe audio heredes Eguinarij Baronis aduerſus conſilium iſtius ciuitatis, fretos auctoritate Accurſij in *l.1. §. Diuus, de extr. cogn.* Vbi cenſet Doctoribus Iuris defunctis, eius anni, quo defuncti ſunt, integrum ſalariū heredibus eorū traſmitti debere: quod tamen ego nolim temere porrigi ad omnes ſalariarios, quia hoc priuilegij loco concedi ſolet, & in honorem memoriæ defuncti. Certe qui locauit operas ſuas in annum, ſi interim moriatur, non tranſmittit in ſuū heredem totius anni mercedem, ſed neque miles totius anni ſtipendiū, *l. 41. C. de re milit.* neq; ſcriba quæſtoris miſſi in prouinciā, vt fuiſſe pronuntiatum refert Plinius 4. Epiſt. in ea quæ incipit, *Amas.* Ergo etiam dicam, procuratori meo ſi conſtituero ſalarium, eo defuncto hoc anno, heredibus eius

residui temporis salarium non deberi, neque item aduo- A
catis totius causæ honorarium, si decesserint ante peractā
causam, quoniam hoc tantum in aduocato constitutum
legimus, vt si quid perceperit honorarii nomine, id here-
des eius restituere non cogantur, quia per eum non stetit
quamdiu vixerit, quo minus causam perageret, *l. 1. §. eius, de extraord. cogni.* Nec item si legatus prouincialis in legatione decesserit, antequam reuerteretur in patriam, sumptus, qui proficiscenti ei prorogati sunt, viaticum quod ei prorogatum est, vel legatiuum quod dicitur, heredes eius nec restituere tenentur, vt in *l. legatus §. 1. de legation.* Denique quod Legatus prouincialis vel aduocatus acceperit in antecessum, *d'aduance*: siue quod idem est, pro mutuo & vt Græci dicant ἐν προχρείᾳ, quod pro- B
rogatum ei fuerit, si interim moriatur ante expletum iniunctum munus, heredes eius id restituere non tenentur. Cæterum si nihil prorogatum sit, non possunt etiam petere residui temporis salarium, quoniam hoc tantum proditum est; ne cogantur restituere tantum quod prorogatum est defuncto. non restituunt ergo quod defuncto prorogatum est. obstat quod si prorogata sit nautæ vectura, naue amissa restituit actione ex locato quod ei prorogatum est siue datū pro mutuo, *l. 15. §. item ff. loc.* & in antecessum, vt Seneca loquitur. Ac similiter, si prorogata sit pensio domus, domo combusta, repetitur pensio quæ prorogata est pro rata temporis, quo habitare non licuit, *l. 19. §. si quis cum in annum, eodem tit.* Hæc vero non sunt contraria iis, quæ diximus, non repeti ab heredibus defuncti aduocati vel legati prouincialis, quod eis sui laboris remunerandi causa prorogatum est. Quoniam supe- C
rioribus casibus per aduocatum, aut legatum prouincialem non stetit quandiu vixit, quo minus iniuncto munere fungerentur, idcirco ab eius heredibus nihil repetitur. Inferioribus autem casibus per locatorem operarum vel ædium stat propter casum & amissionem rei siue nauis vel ædium, quo minus fidem contractus impleat. Et multum interest, interierim ego, an res mea. Nam si ego interierim, recte dicis per me non stetisse, qui quamdiu vixi fidem seruaui, quæ non potest perduci vltra vitam meam, quoniam opera mea fuerat electa, quæ non est eadem in herede meo. At si res mea interierit, vel quid aliud me viuo acciderit, quod me impediat fidem contractus implere, si modo aduersarius meus id non effecerit, non attulerit impedimentum, recte dices per me stetisse, quod per aduersarium stetisse dicere non potes. Et rectissime Accursius in *l. pen. C. de cond. ob caus. dat.* Pecuniam datam ob causam, vt fieret aliquid, non repeti, si casus fortuitus & fatalis, quo minus ea causa sequeretur, non culpa accipientis pecuniam, impedimento fuerit, vt ait lex pen. Hoc D
ita verum esse, vt ipse interpretatur, si casus is contigerit in persona dantis, ab eo, qui accepit, nihil posse repeti, non si is casus contigerit in persona accipientis pecuniam. Sed male subiicit hanc exceptionem non obtinere, nisi in aduocatis, vt in *l. 1. §. dominus, de ext. cognit.* quoniam hac in re aduocati nihil habent præcipuum, & debuit dicere, *nisi accipientis mors contigerit.* Nam & hoc casu non potest repeti datum ob causam causa non secuta propter casum accipientis.

Ad legem 54. de ædilitio edicto.

Actioni redhibitoriæ non est locus, si mancipium bonis conditionibus emptum, fugerit, quod ante non fugerat.

AIt, *Bonis conditionibus emptum mancipium*, quæ verba Accursius non intelligit, qui modo interpretatur, *mancipium fuisse venditum à bono quodam viro & probo*, & modo, *fuisse venditum mancipium probum & frugi*; modo, *venditorem excepisse fugam mancipij, quæ contingeret post venditionem*, quæ commenta omnia refellet perspicua & vera interpretatio, quam paulo post subiiciam. Sicut & quod stultior quidam in *Institutionibus, tit. de iis, qui sunt sui vel ali. iur.* Quo loco iubetur dominus seruum, quo flagitiose vtitur, vendere bonis conditionibus: *bonis conditionibus venditum*, interpretatur, *Iusto pretio venditum*, nec audit Theophili interpretationem, quo nullus melior, aut antiquior Institutionum interpres, opponentem bonis conditionibus duras conditiones, quibus seruus qui vænit, oneratur, vt si væneat ea lege & conditione, vt exportetur in longinquam prouinciam, si væneat ἐπ' ἐξαγωγῇ, si væneat ea lege & conditione, vt nunquam manumittatur ab emptore, vel in vinculis habeatur; quæ conditiones duræ solent, imponi seruis nequam, *l. 25. de statuliber.* Iis conditionibus sunt oppositæ bonæ conditiones, quæ non sunt duræ, quæ non onerant emptum venditum mancipium. Bonis conditionibus dicitur emptus, cui non sunt impositæ duræ conditiones, vt si seruus vænierit simpliciter, nec tanquam fugitiuo imposita sit lex, vt vinculis, & in neruo & compedibus habeatur. Et ita quidem simpliciter venditus seruus si fugerit apud emptorem, qui ante non fugerat apud venditorem, cuique etiam in vendendo nulla tanquam fugitiuo conditio imposita fuerat, venditor eo nomine actione non tenetur redhibitoria emptori, puta vt reddat pretium, quæ est sententia huius legis, & *l. 3. C. de ædil. action.* Quam cum adducit Accursius hoc loco, in hoc solo bonus est Accursius. Et generaliter, vitia siue casus, qui cœperunt post venditionem, ad emptoris periculum non venditoris pertinent *l. Lucius, de euiction. l. 1. C. de per. & comm. rei vend.* Si venditus seruus fugerit ex pristino vitio, quod hauserat apud venditorem siue contraxerat, neque id nominatim venditor exceperit, aut contra affirmauerit, eum fugitiuum vel erronem non esse, proculdubio eo nomine venditor emptori tenetur actione redhibitoria, si etiam post venditionem fugerit more suo pristino, ac pridem inueterato, & ingenerato vitio. Cum autem dubitatur, vitium fugæ antiquius sit venditione, necne, hac in re deficientibus indiciis antiquioris fugæ, serui responso tormentis elicito credendum est *l. 58. §. vlt. hoc tit.* Quia in se interrogatur, non in dominum, vel pro domino *l. 7. de probat.*

Ad legem 15. de ritu nuptiarum.

Vxorem quondam priuigni coniungi matrimonio vitrici non oportet, nec in matrimonium conuenire nouercam eius, qui priuignæ maritus fuit.

HÆc lex est de nuptiis prohibitis ratione affinitatis, quæ quondam intercessit inter aliquos. Nam quamdiu manet affinitas quæ contrahitur ex nuptiis, id est, quamdiu manent nuptiæ, certum est nuptam ab affine duci non posse. Ideoque quum tractatur de nuptiis prohibitis ratione affinitatis, tractatur tantum de iis, quæ prohibentur in venerandam memoriam affinitatis, quæ fuit inter aliquos, & docet in hac lege, non tantum inter eam, quæ nurus aut socrus, & eum, qui socer vel gener fuit, vetitas esse nuptias, sed etiam inter eam, quæ nurus fuit vel socrus loco, non reuera nurus aut socrus, & eum, qui generi fuit aut soceri loco non vere gener aut socer, ac primum quidem eam, quæ fuit vxor quondam priuigni, non esse vitrico iustam vxorem. Quia quum priuignus vitrico fuerit filii loco, sequitur eam, vitrico mariti, fuisse nurus
E loco, non nurum, sed nurus loco, & vicissim illi vitricum, non socerum, sed soceri loco fuisse: & vice versa, nouercam non esse iustam vxorem marito quondam priuignæ suæ, quia cum priuigna fuerit nouercæ loco filiæ, sequitur maritum priuignæ, fuisse nouercæ generi loco, & vicissim illi nouercam socrus loco, & ideo nec debere eam in eius manum conuenire, vt Papin. scripsit hoc loco, & quidam codices retinuerunt, vt Tribonian. mutauit cum hoc loco, tum in *l. ex parte §. 1. de verb. oblig.* conuenire in matrimonium, quod conuentione solemni in manum nuptiæ contrahi desiissent. Hæc vero in sententia huius

legis quam interpres Harmenopuli non animaduertit ab eo referri 4. Epitom. tit. περὶ τῶν ἐκ τῆς ἀγχιστείας συναπτομένων. At hæc Papiniani ſententia hodie abrogata eſt decreto Innocentij in *capit. non debet, ext. de conſanguin. & affin.* quo in primo tantum genere adfinitatis nuptiæ prohibentur, non in ſecundo vel tertio. Et perſonæ, de quibus in hac lege agitur, ſunt in ſecundo genere adfinitatis, non in primo. Quod vt intelligatur, ſciendum eſt: tria eſſe genera affinitatis, poſſis facere quatuor vel quinque, ſed rei propoſitæ cognoſcendæ, ſatis erit tria facere. Primo genere cognati vxoris, ſunt adfines marito, & viciſſim cognati mariti ſunt adfines vxori, & ii ſunt proprie adfines, maritus & vxor non ſunt adfines, cognati vxoris, & cognati mariti non ſunt adfines, ſed cognati vxoris ſunt marito adfines: & retro, cognati mariti, ſunt adfines vxori: Ii ſunt proprie affines. Secundo autem genere affines vxoris ex aliis nuptiis, quæ ante nupſerat, ſunt marito ſecundo adfinium loco, & viciſſim adfines mariti ex aliis nuptiis, ſunt vxori ſecundæ affinium loco, vt in ſpecie huius legis, nurus vxoris marito eſt nurus loco, & gener mariti, vxori eſt generi loco. Itaque perſonæ, de quibus hic agitur non ſunt adfines primo genere, ſed affinium loco ſecundo genere. Tertio autem genere adfinitatis vxor ſecunda quondam generi mei vxoris mihi eſt adfinis loco: nam priuigna eſt mihi affinis primo genere, maritus priuignæ eſt mihi affinis ſecundo genere, non gener, ſed quaſi gener. Vxor autem ſecunda iſtius quaſi generi eſt mihi adfinis loco tertio genere. Denique in tertio genere conſtituendo quatuor perſonæ interueniunt, in ſecundo tres, in primo duæ. Quamobrem à Græcis primum genus dicitur ἐκ διγενείας, ſecundum ἐκ τριγενείας, tertium ἐκ τετραγενείας, quod interueniant quatuor perſonæ. Sic etiam in tertio genere mulieri eſt adfinis maritus ſecundus, quondam nurus ſui mariti: nam priuignus fuit ei affinis primo genere, vxor eius ſecundo, quaſi nurus: maritus autem ſecundus iſtius, quaſi nurus tertio. Et olim quidem erant vetitæ nuptiæ, non tantum primo, ſed etiam ſecundo & tertio genere adfinitatis. Secundo vetantur in hac lege, & amplius in canone *& hoc, 35. quæſt. 2. & 3.* quum dicitur, *Non poſſe matrimonium contrahi cum relicta patris vxoris ſuæ.* id eſt, cum nouerca vxoris quondam ſuæ, neque cum relicta fratris vxoris ſuæ, id eſt, cum fratria. ſic vocatur vxor fratris, id eſt, cum fratria vxoris ſuæ, neque cum relicta filij vxoris ſuæ, id eſt, cum nuru vxoris ſuæ, qui caſus eſt expreſſus in hac lege. Vetabantur etiam olim & vetantur & tertio genere adfinitatis in *cap. de propinquis, ead. cauſ. & quæſtione.* At ex ſupradicto decreto Innocentii, illi canones antiquantur in *d. c. non dicitur*, & vetantur nuptiæ in primo tantum genere adfinitatis vſque ad tertium gradum inter eos, qui proprie ſunt adfines: nam cæteri non ſunt adfines, ſed loco adfinium, & recta quidem linea, ſiue directo limite in infinitum vetantur vtroque iure inter eos, qui parentum & liberorum locum obtinent, vtputa inter vitricum & priuignam, inter priuignũ & nouercam, inter ſocerum & nurum, inter ſocerum & generum, quæ appellationes latiſſime patent, quia excreſcunt veluti in pronurum & abnurum. Et ſic de cæteris vt in *l. prox. ſup. hoc tit. l. 4. de grad. & affin.* In tranſuerſo autem limite vetamur tantum ducere quondam vxorem fratris, vel quondam vxoris ſororem, *l. fratris, l. pen. & vlt. C. de inceſt. nupt.* Iure Pontificio, prohibitio extenditur ad quartum quaſi gradum, quia proprie nulli ſunt gradus affinitatis, numerandi, ſcilicet, non ciuili more, vt in cauſa hereditatum & tutelarum, ſed Pontificio more, id eſt, vt tardius procedant gradus iure Pontificio, quam iure ciuili. Cuius rei explicatio nihil amplius deſiderat, & ita, vt cognati defuncti vſque ad quartum gradum non ducant eam, quæ defuncti vxor fuit. quo gradu defuncto ſum cognatus, eodem ſum affinis eius vxori. Et ex hac diſputatione patet, quanta ſit differentia, quam tamen auctores iuris Pontificii plerunque confundunt inter genera & gradus affinitatis: & liquet etiam ex ea quid ſit, quod Innocentius in cap. *non debet*, permittit nuptias in ſecundo & tertio genere affinitatis, contra ius vetus, & contra hãc legem: nam & iure ciuili latius patebat prohibitio nuptiarum, propterea quod in nuptiis contrahendis non tam ſpectatur quid licet, quam quid deceat, vt *l. 14. hoc tit.* In nuptiis contrahendis naturale ius & pudor inſpiciendus, & ſola honeſtatis ratio eſt idonea.

Ad leg. 34. de ritu nuptiarum.

Generali mandato quærendi mariti filiæfamilias, non fieri nuptias, rationis eſt. Itaque perſonam eius patri demonſtrari, qui matrimonio conſenſerit, vt nuptiæ contrahantur neceſſe eſt.

SCiendum eſt filiamfam. non eſſe iuſtam vxorem, ſi nupſerit ſine conſenſu patris, in cuius poteſtate eſt: vnde quæritur hoc loco, an nuptiis videatur conſenſiſſe pater, ſi dederit filiæ mandatum quærendi mariti, & illa optauerit, atque ita iunxerit ſibi matrimonio aliquem, an iuſtæ ſint nuptiæ? Minime, quia debuit eum, quem optauerat prius demonſtrare patri, deinde facere nuptias conſenſu patris: neque enim illo generali mandato data fuit poteſtas faciendi nuptias, ſed quærendæ conditionis tantum, vt Græci notant iis verbis: ζητῆσαι μόνον ἐπέτρεψεν. Qui etiam recte ponunt mandatum fuiſſe filiæ non proxenetæ ſiue parario, in quo id multo certius erat verum. Et ipſi filiæ dato eiuſmodi mandato quærendi mariti non intelligitur ei permiſſum, vt nuberet inconſulto patre, & ita reſpondit Papinianus. Hoc reſponſum ſingulare eſt, in quod tamen inquiri poſſit, an iuſtæ ſint nuptiæ, quas contraxit filiafamil. non adhibito patre, non conſentiente patre, ſi eas pater poſuerit in arbitrio filiæ, ſi generaliter mandauerit, vt nuberet cuicunque vellet: & dico, etiam huiuſmodi mandato, eas nuptias filiæ permiſſas videri tantum, quas veriſimile eſt, ſpecialiter patrem permiſſurum fuiſſe, vt de generali hypotheca dicitur in *l. 6. de pignor.* Non ergo cum impari, cum ignobili & infami. Nullus eſt adeo generalis ſermo à quo tacite quædam non excipiantur ex mente loquentis, *l. ſi cui, de ſeruitut.* multa dicuntur ὑπερβολικῶς, à generali hypotheca, quædam excipiuntur, *d. l. 6.* & à generali mandato gerendorum negotiorum, *l. mandato, de procurat.* Et à generali quoque mandato quærendæ conditionis, vel contrahendarum nuptiarum.

Ad §. primum.

Ream adulterij, quam vir iure mariti poſtulauit, non prohibetur poſt abolitionem vxorem denuo ducere, ſed etſi non iure mariti ream poſtulauit, iure contractum matrimonium videbitur.

CErtum eſt maritum qui vxorem, quam dimiſit, & damnauit adulterii iudicio publico, domum reduxit, teneri pœna legis Iuliæ de pudicitia, qua & quicunque alius tenetur, qui duxit damnatam adulterii *l. mariti §. 1. ad leg. Iul. de adult. l. caſtitati, C. eod. tit.* Et iniuſtæ ſunt nuptiæ, iniuſta vxor. denique neque ducere, neque reducere licet damnatam adulterii: recte damnatam: Nam ſi maritus poſtulauerit tantum adulterii vxorem, inchoata accuſatione, nec peregerit ream, ſiue damnauerit, ſed ab accuſatione deſtiterit, penitentia ductus, petita abolitione, quod exigit lex *abolitionem, Cod.* hoc caſu non prohibetur eam reducere, *l. ſine metu, C. eod.* Nec intereſt, vt ait hæc lex iure mariti eam poſtulauerit, quod eſt ius priuilegiarium, quo vti poteſt maritus à repudio, intra 60. dies vtiles, & ſine inſcriptione, an poſtulauerit eam iure publico, ſiue iure extranei poſt 60. dies & cum inſcriptione, vt in d. *l. abolitionem, & l. 6. eod. tit.* nam quoquo iure eam poſtulauerit, ſatis eſt ante damnationem, ſi impetrarit abolitionem, id

est, veniam omittendæ accusationis temere institutæ, & reducendæ vxoris. Prioris pars huius responsi est de eo, qui vxorem postulauit ream adulterii iure mariti, posterior de eo, qui postulauit iure extranei; illo loco; *sed etsi non iure mariti ream postulauit.* Et ex priori parte huius responsi, in posteriore sunt repetenda illa verba: *post abolitionem*, veluti ἀπὸ κοινοῦ. Quoniam vtroque casu idem iuris est, vt postulatam adulterii iure mariti, vel iure extranei possit reducere petita abolitione.

Ad §. inter priuignos.

Inter priuignos contrahi nuptiæ possunt, etsi fratrem communem ex nouo parentum matrimonio susceptum habeant.

PRiuignos quos vocat hoc loco Theophil. ἀλληλογενεῖς in §. *mariti Instit. de nup.* puta, filium vxoris ex alio marito, & filiam mariti ex alia vxore, ij inter se contrahunt iustas nuptias, vt patet ex hoc §. & ex *d. §. mariti, & l. Titio, de verb. obligat.* Inter se contrahunt iustas nuptias, tametsi ex nouo parentum matrimonio fratrem communem susceptum habeant, priuignum scil. vterinum, & priuignam germanam, quo casu euenit, vt frater ille communis susceptus ex nouo parentum matrimonio possit dicere nupsisse sororem suam fratri suo, itemque vt alteruter ex priuignis possit dicere, fratrem aut sororem fratris sui, id est, fratris illius communis, non esse sibi fratrem aut sororem, quia compriuigni inter se non sunt fratres, non sunt cognati vel affines, sane nec affines sunt: quia cognati viri vxori tantum adfines sunt: non cognatis vxoris; & flexa vice, cognati vxoris viro tantum sunt adfines, non cognati viri; & vt glutine duo tigna iunguntur, sic nuptiis duæ cognationes iunguntur, ita tamen, vt extrema tantum & oræ vel fines coniungi & copulari dicantur. Et hoc est quod ait *l. 4. §. adfines, de grad. & aff.* alteram cognationem ad alterius finem, id est, extremitatem accedere posse, non in totam cognationem irrepere & infundi. Quamobrem compriuigni inter se non sunt adfines, sed neque consoceri, id est, pater mariti & mater vxoris, ideoque inter se matrimonio iungi possunt: neque item filius mariti & mater vxoris: idcirco & ij matrimonio inter se iungi possunt, *l. vlt. §. gradu, de grad. & aff.* Et generaliter duo cognati duabus cognatis iungi possunt, auunculus & nepos ex sorore duabus sororibus in *c. quod super, ext. de consf. & aff.* Sed quod notandum, non sunt cognati & adfines vtique semper, quibuscum matrimonium cōtrahere non possumus, vt ij de quibus dicebamus in *l. 15. h. t.* non sunt proprie adfines, & tamen inter eos ex sententia Papin. vetitæ sunt nuptiæ, quia sunt loco adfinium, eorum scil. qui parentum & liberorum locum habuerūt. Ergo prohibitio nuptiarum non semper est idoneum argumentum cognationis & adfinitatis, & impositio quoque propriorum nominum cognationis, vel quasi adfinitatis, licet nulla subsit vel intercedat, non est idoneum argumentum adfinitatis, vt Ianitrices, quæ dicuntur propria appellatione, id est, quæ duobus fratribus in eandem familiam nupserunt, quæ ab Homero & Callimacho dicuntur εἰνατέρες inter se non sunt affines, quæ dicuntur à Græcis, nam Latini non habent proprium nomen ἀέλιοι id est, duarum sororum viri inter se non sunt adfines.

§. vlt. h. l. expositus est. in d. l. 9. de Senat.

Ad l. 62. cod. de ritu nuptiar.

Quanquam in arbitrio matris pater esse voluerit, cui nuptum filia cōmunis collocaretur: frustra tamen ab ea tutor datus eligetur. Neque enim intelligitur persona tutoris cogitasse: cum ideo maxime matrem prætulit, ne filiæ nuptias tutoris committeret.

QVod est initio legis 62. explicatur simul cum §. vlt. Si pater intest. filiæ tutorem dederit, & nuptias A eius, cum nubilis foret ætatis, permiserit arbitrio matris, eam mater nuptum collocabit quum volet pro dignitate familiæ & natalium, sed non poterit tamen, licet generaliter filiæ nuptias in eius potestate fecerit pater, eam collocare tutori ei dato, ne cohibeatur ratio reddendæ tutelæ. Pater potuisset tutori destinare aut despondere filiam, *l. 36. h. t.* mater non poterit; quia tantum abest, vt hoc voluerit pater, vt ideo maxime eius rei arbitrium permiserit matri, ne sibi vindicaret tutor, id commisit matri, ne committeret tutori filiam. Iustæ non sunt nuptiæ inter tutorem & quondam pupillam, quamuis adulta est, antequam tutor rationes reddiderit, & præterea exierint tempora petendæ restitutionis in integrum. Denique iustæ non sunt nuptiæ inter eum, qui tutor, & eam quę pupilla ei fuit, nisi post 29. annum secundum B nouam constitutionem Iustiniani. Et hoc est, quod ait in §. *vlt.* tutorem, qui rationes curatori reddidit, pupillam suam ante constitutum tempus ætatis, id est, ante 29. annum ex Constit. Iustiniani, intra quem puella in integrum restitui potest aduersus tutorem, & rationes tutelæ retractare, etiamsi curatori redditæ fuerint, olim intra 25. annum & annum vtilem, vt in *l. filius §. pen. de lib. & post. l. si patris, C. de interd. matr.* Hodie intra 29. annum, quia pro anno vtili Iustinianus substituit quadriennium continuum in *Const. Cod. de temp. in integr. rest.* Ergo ait, tutorem etiamsi rationes tutelæ curatori reddiderit, ante constitutum tempus ætatis, id est, ante 29. annum, pupillam suam, vxorem ducere non posse, etiamsi ex alio matrimonio iam susceperit liberos, & post susceptos liberos eum maritum amiserit. Denique sententia C hæc est, neque virgini, neque mulieri ante constitutum tempus petendæ restitutionis in integrum, tutorem coniungi posse.

Ad §. mulier.

Mulier liberto viri ac patroni sui mala ratione coniungitur.

QVod autem ait in §. *mulier*, mulierem liberto viri ac patroni sui mala ratione coniungi, hunc habet sensum, quem Glossa non percepit. Iustas non esse nu- D ptias inter mulierem & libertum mariti defuncti, quod ostendit *l. 3. C. de nup.* Et hoc est, quod ait, *mulier liberto viri mala ratione coniungitur*, mala ratione, οὐκ εὐπρεπῶς, malo more, *l. cum seruus, in fine, mand.* & quod at *Patroni sui*, non est patroni mulieris, sed viri mulieris, eiusdemque patroni liberti: & ita hic versus accipiendus est.

Ad l. 31. de iure dotium.

Quod si non diuortium, sed iurgium fuit: dos eiusdem matrimonij manebit.

VT intelligatur lex 31. quæ vno tantum versu constat, sciendum est, post diuortium redintegratis & renouatis nuptiis, & reducta vxore non damnata adulterii, tacite dotem renouatam videri, eam quæ fuit in E priore matrimonio, nisi nominatim aliud actum & conuentum fuerit, ne eadem dos esset in secundo matrimonio, quæ fuit in primo, si nihil actum sit in contrarium, tacite eadem dos renouata intelligitur, quia mulier indotata in matrimonium rediisse non creditur, vt *l. prox. sup. l. 40. h. tit.* Quod vtique verum est, etiamsi medio tempore mulier alii nupserit, deinde ab eo diuerterit & renouarit nuptias cum priore marito, *l. 64. h. t. l. pen. §. vxor, sol. matr.* Aliud tamen erit dicendum, si post diuortium dos aut dotalia instrumenta mulieri reddita fuerint, quod *l. 40. hoc tit.* significat his verbis: *non reuocatis instrumentis.* Pro quib. Basilica: καὶ μήπω ἀνακληθέντων τῶν προικῴων, id est, *necdum reuocatis instrumentis.* Aliud enim dicendum est, si post diuortium maritus mulieri cauerit de reddenda dote, vt in *d. l. 64.* quoniam his duobus casibus renouato matrimonio tacita dos non

renouatur, quæ reddita eſt, vel quæ cauta, ſed opus eſt expreſſa renouatione dotis, vt res omnis reſtituatur in priſtinum ſtatum. Et hæc quidem quum verum diuortium interceſſit, & poſt diuortium reſtauratum eſt matrimonium: at ſi non verum diuortium fuit, ſi non diuortio, ſed iurgio potius abacta vxor fuit, ſi friuuſculum, quod Græci ἀψιμαχίαν, vel ἀψιμαχίαν, *breuem iram*, *breuem offenſam*, Papin. ait in hac lege, hoc caſu poſt iurgium reconciliata & reuerſa vxore, idem matrimonium eſſe videri, ergo & dotem eſſe eandem, quaſi nec dum functam omnibus oneribus matrimonii, quod ex *l. 33. ſupra, tit. proximo*, ſic intelligi debet: Si non longo tempore iurgium illud ſiue diſſidium durauerit, & interim res manſerit integra, puta, neque reddita dote, neque aliis nuptiis mediis interpoſitis. Effectus autem eius ſententiæ quis eſt? quem noſtri non explicant, hic eſt. Quod B poſt iurgium etiamſi aliud actum & conuentum ſit, puta, ne eadem dos maneret, quod conuenire plerunque ſolet & paciſci vir cum vxore, quam vult reducere, vt eam facilius reconciliet ſibi: ſi igitur huius rei gratia paciſcatur, ne eadem dos maneat, ſi velit vxor ad ſe reuerti, nihilominus eadem dos manet, & ſi data ſit, retineri, ſi promiſſa, peti poteſt, infirmata illa conuentione, quæ donationis inſtar obtinet. Donatio autem inter eos, qui nec deſierunt eſſe mariti, ob leue iurgium ſiue diſſidium non valet, *l. ſi liberis, inf. tit. prox. l. vir mulieri, de don. int. vir. & vxor.* Denique hæc eſt differentia inter diuortium & iurgium: quod poſt diuortium ſi reſtaurato matrimonio id actum ſit inter contrahentes, ne eadem dos maneret, ne reſtauraretur, rata eſt conuentio, quaſi C donatione facta medio tempore, quo inter eos nullum fuit matrimonium: poſt iurgium autem ſi reuerſa vxore, vel vt reuerteretur idem conuenit, conuentio nullius momenti eſt, quia deſiit eſſe vxor, & vxori maritus donat inutiliter. Donat autem vxori, qui manente matrimonio donat ei dotem, reſtituit ei dotem, vel paciſcitur, ne dos data, dos ſit amplius, ſed vt eam vxor habeat, quaſi rem propriam pleno iure. ad hanc quæſtionem pertinet quod ſcribit Vlpianus *lib. ſing. reg. tit. de dotibus.* Dos, quæ ſemel functa eſt, amplius fungi non poteſt, id eſt, quæ ſemel fuit dos & deſiit eſſe, amplius dos eſſe non poteſt, niſi aliud matrimonium ſit, id eſt, ſi ante verum diuortium fuerit, non ſi ante iurgium, & ait, *dotem functam*, vt Paulus primo Sent. *functionem dotis pacto mutari non poſſe.* D

Ad l. 69. eod. de iure dot.

Cum poſt diuortium, viro ſciente, mulier in poſſeſſionem prædiorum, quæ in dotem promiſit, longo tempore fuerit: conueniſſe tacite videtur, ne dos quæ promiſſa fuerat petatur, & ſi petere eam cœperit, pacti exceptione à muliere repellitur.

INitio huius legis ſpeciem aliter Accurſ. aliter Græci ponunt. Accurſ. mulierem prædia in dotem promiſiſſe & tradidiſſe, Græci melius: Promiſiſſe, non tradidiſſe, & diuortio facto, eorum prædiorum, quæ promiſit mulier in dotem, petitionem marito competere: Græci, quia ita conuenerat: vt diuortio facto maritus dotem lucraretur, Accurſius melius, quia culpa mulieris factum E diuortium erat, ex vtraque cauſa marito competit petitio prædiorum dotalium, etiam poſt diuortium. Sed cum Accurſio melius erit ponere, *culpa mulieris factum fuiſſe diuortium*, ſicut è contrario, vbi dos mulieri reſtituenda eſt, ponitur culpa mariti factum diuortium, *l. ſi ſocero à genero §. Lucius, inf. ſol. matr.* Neque vero pacto ſolo dotem lucraretur maritus, non interueniente culpa mulieris: nec enim valet pactum, ſi conuenerit, vt diremptο matrimonio bona gratia, vel culpa mariti, maritus dotem lucretur, vt docet recte Accurſius in *l. 1. de dote præleg.* Ponamus igitur culpa mulieris factum fuiſſe diuortium, ideoque marito competere petitionem pro- A miſſæ dotis, ſicut retentionem traditæ dotis. Eo etiam caſu traditæ dotis haberet retentionem, quæ ſpecies congruentior eſt. Alioquin, ſi non fuerit factum diuortium culpa mulieris, dotem promiſſam petenti marito mulier obiiceret exceptionem doli mali, & diceret: *Dolo facis, qui petis, quod ſi dedero, mox à te repetitura ſum*, vt in *d. §. Lucius*, nimirum, quia diuortio facto ſine culpa mulieris, dos ad mulierem redit. Imo in hac ſpecie recte deſiderabit mulier, quæ promiſit dotem diuortio facto ſine vitio & culpa ſua, vt maritus eam liberet per acceptilationem, *l. 41. §. vlt. hoc tit.* Dum ſoluto matrimonio ponit generum dotem promiſſam à ſocero petere, ſane congruam ſpeciem apponi oportet, quia ſoluto matrimonio dos pertinet ad maritum, & ita vero, vt dixi, poſita ſpecie in principio huius legis, diuortio facto culpa mulieris, dos pertinet ad virum, non ad mulierem, & à viro exigitur, præterquam in caſu ibidem expoſito. Si poſt diuortium ſciente & tacente marito ea prædia mulier longo tempore poſſederit, id eſt, decem annis inter præſentes, aut viginti inter abſentes, vt Græci interpretantur, quia hoc caſu marito petenti dotem obſtat exceptio pacti, quia diuturna taciturnitas mariti, tacita pactio eſt, qua conueniſſe videtur, ne dotem peteret, & taciti pacti eadem vis eſt, quæ expreſſi, *l. 2. 3. 4 de pact.* Et in propoſito expreſſi vel taciti, vis hæc eſt, vt ne in dotis cauſa fuiſſe videatur, quod in dotem promiſſum eſt, vt in *l. vlt. §. vlt. tit. ſeq.*

Ad §. mulier.

Mulier pecuniam ſibi debitam à Seio cum vſuris futuri temporis in dote promittenda demonſtrauit. Eas quoque dotis portionem eſſe, quarum dies poſt nuptias ceſſit, rationis eſt.

MVlier ante nuptias promiſit in dotem nomen L. Titij, id eſt, pecuniam ſibi debitam à Lucio Titio, & vſuras futuri temporis, id eſt quas in futurum deberet Lucius Titius, & ait quod mirum eſt, Papinianus eam promiſſionem ſiue conuentionem valere, & ex ea conuentione vſuras eius pecuniæ fieri portionem dotis, quoniam placuit, vt non tantum nomen doti eſſet, ſed etiam vſuræ nominis futuri temporis: vſuras, inquam, non eas tantum, quarum dies ceſſit poſt promiſſionem ante nuptias, ſed etiam eas, quarum dies ceſſit poſt nuptias, quoniam in dotem dicta eſt illa pecunia ſine diſtinctione vlla cum vſuris futuri temporis. Denique id actum eſt, vt in dotem eſſet ea ſors & vſuræ futuri temporis cuiuſcunque. Et vero ſi fiat vt conuenit, id erit iniquum & falſum, quod oſtendo manifeſtiſſima ratione: quia ſi poſt nuptias vſuræ ſortis datæ in dotem computantur in dotem, dos nulla conſtituitur, propterea quod vſuris poſt nuptias inſecuti temporis imputatis in dotem, nulli ſuperſunt fructus, aut quaſi fructus dotis, qui ſeruiant oneribus matrimonij. Dos eſt repenſatio, ſiue pretium onerum matrimonij, ideoque *repenſatrix* à Martiano Capella appellatur. *Nondum*, inquit, *eſt repenſatrix data*, id eſt, nondum data eſt dos. dos que eſt ſterilis, & quæ non ſeruit oneribus matrimonij, nulla eſt, *l. 76. in fine, hoc tit.* dos quæ nullos fructus adfert viro, nulla eſt, quia non habet functionem ſuam. Denique ſicut in dotem dato fundo, & fructibus futuri temporis nulla dos eſt, *l. 4. tit. ſequenti*, ita nomine dato in dotem cum vſuris futuri temporis nulla dos eſt. Aliud eſſet, ſi vel fructus tantum vel vſuræ certæ pecuniæ datæ eſſent in dotem, tanquam ſors quædam, cum hoc ageretur, vt pro oneribus matrimonij maritus nihil ferat, quod eſt contra naturam & functionem propriam dotis, niſi euidenter probetur id quoque actum inter contrahentes, vt & fructus & vſuræ fundi vel nominis cederent ſortis loco, & contentus eſſet maritus eo, quod redigeret ex vſuris fructuum venditorum, vel ex vſuris vſurarum, vel etiam, niſi vxor in ſe receperit onera matri-

monij, vt *d. l.* 4. Nam cum ita placuit, vt nulla subiret onera maritus, sed mulier sua onera expediret, se aleret & suos homines suis sumptibus, tunc sane valet conuentio, vt non tantum sors, sed etiam vsuræ & fructus sint in dotem, & restituantur mulieri soluto matrimonio. At cum onera matrimonij sustinet maritus, & datur fundus in dotem, inutiliter paciscitur vxor, vt etiam fructus fundi sint in dotem, idemque dato nomine in dotem, si caueat, vt & vsuræ eius nominis, in futurum quæ cederent, sint in dotem, nisi id actum sit, quod ante retuli, quod cum non ponatur actum in hoc §. sed simpliciter Lucii Titii aut Seii nomen cum vsuris futuri temporis promissum in dotem, puto Papinianum respondisse hoc modo, *eas quoque vsuras dotis portionem esse, quarum dies, post nuptias cessit, rationis non est.* Rationis non est: nam hoc sermone vti solent negatiue, vt in *l.* 1. *C. quo quisque ord. conuen. vos damno onerari, rationis non est,* & Marcus Tullius in Epistol. *De Volusio quod scribis, non est id rationis.* Et ita in *l.* 2. *de bon. eor. qui ante sentent.* perspicuis argumentis obseruatio VI. docet esse legendum, *rationis non est.* Sensus igitur responsi Papiniani dignissimus hic erit, nomine Lucii Titii cum vsuris futuri temporis promisso in dotem, eas vsuras, quarum dies ante nuptias post dotis promissionem cessit, portionem dotis esse, quo tempore nulla maritus subiit onera matrimonii, sed non eas quoque vsuras portionem dotis esse, quarum dies post nuptias cessit, ne dos sit sterilis, ne mulier indotata: rationis igitur non est, eas etiam vsuras, quarum dies post nuptias cessit, dotis facere portionem.

Ad § . vsuras.

Vsuras dotis in stipulatum cum dote post diuortium deductas, ex die secundi matrimonij non esse præstandas, placuit, quia nec sortis exactio locum habere cœpit. Medij autem temporis debebuntur.

SPeciem hoc quoque loco Græci aliter ponunt, aliter Accursius. Græci initio contrahendi matrimonii mulierem stipulatam soluto matrimonio dotem sibi reddi & vsuras certas, quo tardius sibi dos redderetur. Rectius Accursius, id stipulatam mulierem post diuortium, quod verba Papiniani probant manifesto, & restaurato matrimonio ac dote, actione ex stipulatu peti non posse vsuras dotis, pro ratione eius temporis, quod restaurationem matrimonii insequutum est, quia nec sors, id est, dos ipsa, quæ in stipulatum deducta fuit, restaurato matrimonio peti potest, *l.* 13. *sup. hoc tit. l. si mulier diuerterit, inf. sol. matrim.* Denique tota stipulatio perempta est renouato matrimonio, tota stipulatio reddendæ dotis cum vsuris certis, vbi cessat petitio sortis, cessat etiam vsurarum, *l. lecta, de reb. cred. l.* 77. *hoc tit.* Certum igitur est, post renouatum matrimonium extingui stipulationem dotis & vsurarum, atque adeo post restaurationem matrimonii, insecuti temporis vsuras peti non posse. At, vt subiicit, *medij temporis vsuræ debebuntur,* medii temporis, quod scilicet fuit inter primum & secundum matrimonium, quo etiam dos ipsa peti potuisset, vsuras peti posse à die diuortii in diem repetiti & renouati matrimonii: & peti posse quasi debitas, quod dies earum cesserit. Peti, inquam, posse etiam post secundum matrimonium, quæ est sententia huius §.

Ad §. in domum.

In domum absentis vxore deducta, nullis in eam interea ex bonis viri sumptibus factis, ad exhibitionem vxoris promissas vsuras, reuersus vir improbe petit.

PAter filiæ nomine secutis nuptiis promisit, se genero daturum dotem certam, & quoad eam dotem soluisset, vsuras certas ad educationem filiæ suæ, ad exhibitionem filiæ suæ, vt loquimur, *pour l'entretenement*, vxoris

A eius; quibus scilicet vsuris gener vxorem suam pasceret, vestiret, tueretur, & homines eius, id est, seruos ei datos à patre, quos Cato vocat *receptitios seruos*, quos ipsa mulier sibi retinet, nec dat in dotem, retinet sibi & recipit inter bona παράφερνα. Sicut receptitii sunt serui extra dotem, non dotales, siue παράφερνοι: denique socer genero promisit vsuras certas, quibus vxorem suam tueretur & exhiberet, hominesque eius, cæteraque onera vxoris expediret. Deinde filia absenti viro nupsit, quod fieri potest, si deducatur in domum viri absentis: nam consensus solus facit nuptias, & deductio in domum viri, & ita mulierem nubere absenti ostendit *lex* 5. *sup. de rit. nupt.* Et cum esset in domo viri, non ex bonis viri, sed ex suis, vel patris bonis onera sua expediuit, se exhibuit & suos Papinianus ait,

B reuersum maritum dotem quidem petere posse, sed vsuras dotis improbe petere, id est, petenti obstare exceptionem doli mali, quia vsuræ ei ad exhibitionem vxoris promissæ erant, vt in *l. pen. ff. de acquir. hered.* Et ipse vxorem non exhibuit de suo, nullamque in eam fecit impensam. Et cum hoc responso congruit aliud ex eodem libro, quod est in *l. in insulam §. vsuras, inf. sol. matrim.* Quod suo ordine explicabitur. At hic vero quæritur, quid sit dicendum, si pater vel quis alius, qui viro dotem promisit pro muliere, non promiserit etiam vsuras, an vsuræ dotis viro debeantur? & videntur non deberi, quia, etsi ex parte mulieris actio ex stipulatu de dote sit bonæ fidei, ex parte tamen viri est stricti iuris: qua in re hallucinatur Accursius in *l. de diuisione, ff. sol. matrim.* Et in iudiciis strictis vsuræ non veniunt, aut debentur citra stipulatio-

C nem, *l. Lucius Titius, ff. de præscri. verb. l.* 10. §. *si cui mandauero, mand.* Verum fauore nuptiarum, vt hoc loco Stephanus Græcus interpres respondet, recte constitutum est, vt & sine pacto vel stipulatione trientes vsuræ dotis marito debeantur; non quidem statim à contracto matrimonio, sed post biennium à die contracti matrimonij, *l. vlt. §. præterea, C. de iur. dot.* Ex stipulatione deberentur statim à die contracti matrimonij, ipso iure non debentur, nisi post biennium. Item ad hæc quæritur quid sit dicendum, si exhibuerit quidem & aluerit vxorem maritus suis sumptibus, sed vsurarum promissarum quantitas superat sumptus: An residuum promissor dotis retinere aut promissori restitui debeat, si solutæ dotis vsuræ fuerint? Et in hac re placet distinctio legis *creditor §. si inter, ff.*

D *mand.* vt si pater exhibitionem filiæ, quam suæ curæ fecerat data certa pecunia genero mandauerit tanquam procuratori vel dispensatori, patri residui petitio sit, si vsurarum quantitas excedat summam exhibitionis, vt in *l. pen. §.* 1. *de leg.* 2. At si nihil socer genero mandauerit, sed vsuras tantum ei promiserit in exhibitionem filiæ, residui ex vsuris, quod gener non consumpsit in vxorem, nulla petitio est. Quæ est elegans distinctio *d. §. si inter.*

Ad §. gener.

E *Gener à socero dotem arbitratu soceri certo die dari, non demonstrata re vel quantitate, stipulatus fuerat: arbitrio quoque detracto, stipulationem valere placuit. Nec videri simile, quod fundo non demonstrato, nullum esse legatum, vel stipulationem fundi constaret, cum inter modum constituendæ dotis & corpus ignotum differentia magna sit: dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris, & dignitate mariti constitui potest.*

SI genero stipulanti socer promiserit, se certo die daturum dotem arbitrio soceri, vel, si gener à socero stipulatus sit sibi dotem dari arbitrio soceri, quæritur an sit vtilis stipulatio, quoniam videtur in soceri arbitrio positum, an debeat, & quantum debeat dotis nomine, quod esset inutile & inane. Itemque videtur esse stipulatio incertæ & ignotæ rei: cum simpliciter stipulatur dotem non

non demonſtrata re vel quantitate certa, ſed dotem dari ſimpliciter arbitrio ſoceri? At verius eſt, non eſſe inutilem ſtipulationem,quaſi ignotæ & incertæ rei,quia ignota res in ſtipulationem non deducitur cum ſtipulationi inſeritur arbitrium boni viri,quod ſemper certum & exploratum eſt; ſicut æquitatis ratio ſemper eſt certa, cuius bonus vir eſt arbiter, atque ſacerdos. Illa enim verba, *arbitrio ſoceri*,non pro libero & diſſoluto arbitrio,ſed pro arbitrio boni viri accipienda ſunt,vt in *l.3.C.de dotis promiſ.l.1.ff.de legat.2.* vt ſcilicet dotem ſocer conſtituat pro modo ſuarum facultatum, & dignitate mariti. Hic eſt conſtituendæ dotis modus quem patres ſeruare debẽt atque tutores & curatores, vt in *§.ſequ. & l. quæro, ſup.hoc tit.*Plus adiicit Papinianus, etiam detractis illis verbis, *arbitrio ſoceri*, valere ſtipulationem, licet nulla res aut quantitas certa demonſtrata fuerit, ſed ſimpliciter ſocer genero dotem promiſerit. Cui ſententiæ, ſiue reſponſo obſtat *l.1.C.de dot.promiſſ.* quæ ſtipulationem dotis nullam eſſe ait, ſi mulier marito ſtipulanti dotem promiſerit,non demonſtrata re aut quantitate certa. Obſtat etiam quod dicitur, non valere ſtipulationem fundi, vel legatum fundo non demonſtrato,*l. ita ſtipulatus.inf. de verbor. obligat.l.ſi domus,de leg.1.* Quibus obiectionibus quemadmodum reſpondendum ſit hoc loco,Papinianus ſubmonet ſatis. Ex eo igitur dicamus, quod etiam omnes Græci interpretes dixerunt,& Accurſio in mentem venit, multum intereſſe,an pater dotẽ promittat pro filia,vt in hoc §. an mulier ipſa,quæ nuptum it dotem promittat pro ſeſe, vt in *d.l.1.C.de dot.promiſſ.* Nam pater debet dotem filiæ tanquam æs alienum,*l.qui liberos,ſup.de ritu nup.l.vlt.C.de dot.promiſſ.* Et quantum debeat non eſt incognitum, non eſt incertum vel obſcurum: debet, enim & cogitur extra ordinem dotem filiæ conſtituere pro modo patrimonij ſui & dignitate generi. Et hanc vtique dotem, huncve modum dotis ſemper promittere intelligitur pater, qui pro filia ſimpliciter dotem promittit,non ergo dotem incertam. At quia nulla eſt dos certa, quam ſibi ipſi mulier conſtituere debeat, aut cogatur, ſed in arbitrio eius eſt, quam aut quantam velit marito dare vel promittere, modo omnia bona ſua,vt in *l.72.hoc tit.& leg.4. C.eodem*, modo exiguam pecuniam, modo nullam,maxime ſi cui abunde ſuppetat prima dos formæ. Ideo mulier dotem promittendo ſimpliciter, non adiecta re vel quantitate certa,nihil agit,quia quantum promiſerit non apparet,& leuiculæ rei præſtatione defungi poteſt, quam ſibi ſolam dotem eſſe dicat. Qua ratione etiam,ſi quis promittat aut leget fundum ſimpliciter, inanis ſtipulatio, inane legatum eſt, quia ignotum corpus promiſſum, aut relictum eſt, & ad rem omnium viliſſimam atque leuiſſimam & ridiculam redigi ea promiſſio,idve legatum poteſt. Dos ſimpliciter promiſſa muliere, vel ab extraneo non à ſocero redigi poteſt ad obolum, fundus ad ceſpitem, glebulamque fortuitam: vt in Laurea Tullius ſcribit.

Fundum Varro vocat,quem poſſim mittere funda.

Quamobrem ſi mandem, vt mihi quemvis fundum emas,inane mandatum eſt,*l. Quintus 48.in fi.ff. mand.*vbi legendum, *Vt mihi quemuis fundum emas*,non *tibi*, in Flor.&c. Baſil.recte, *Mihi*. Igitur ſi mandem, vt mihi quemuis fundum emas, ridiculum eſt mandatum, quia mandato defungi potes emptione rei ridiculæ, modici pulueris, aut cœni, quod ſolo contineatur modo. Fundi finitio nõ eſt naturalis,ſed poſititia & arbitraria,*l.quod in rerum,§.pen.de leg.1.*fundus eſt,quantumcunque libitum homini terrulæ fundum vocare. Ita vero demum inutilis eſt ſtipulatio vt legatum fundi non adiecto nomine vel demonſtratione certa,ſi promiſſor vel teſtator nullos fundos habuerit in bonis:nam ſi quos conſtitutos vel finitos habuerit, valebit ſtipulatio & legatum, & ex eis fundis vnum præſtabit heres vel promiſſor,quem elegerit,vt in *l.ſi domus,de leg.1.* Et ita eſt accipiendum, quod in *l. vbi autem non apparet.ff.de verbor. obl.* inter ſtipulationes vti-

A les numeratur ſtipulatio fundi ſine propria appellatione vel demonſtratione, quæ vice appellationis fungatur, cum ſcilicet plurium fundorum poſſeſſor ſimpliciter ſtipulanti fundum promittit: nam ſi cui nullæ opes, aut res ſoli ſunt,fundum promittat, inanis ſtipulatio eſt, quia redigi poteſt ad rem ridiculam præſtatio eius ſtipulationis. Nec alia eſt ratio domus ſimpliciter promiſſæ ab eo, qui nullam domum habet; nam etiam promiſſio domus redigi poteſt ad præſtationem viliſſimam,inutiliſſimam liminis ſiue tugurij. Verum longe alia eſt ratio hominis ſiue ſerui promiſſi,quam fundi vel domus:nam qui hominem promiſit, ſimpliciter obligatur, ſiue homines habuerit in bonis,ſiue non. Idemque in legato, *l.legato generaliter ,ff. de lega.1.* Quia naturalis eſt finitio hominis, quæ arbitra-

B tu noſtro mutari non poteſt,nec ſunt in manu corpora deridicula, quæ pro homine obtrudi poſſint, non puſillæ etiam illæ & vanæ homuncionum ſpecies, qui ſub terra videntur fodinis Germaniæ, & laborantium idem quod operarij, ſed nihil promouentium,quos etiam manu prehendere impoſſibile eſt.

Ad §.nuptiis.

Nuptiis ex voluntate patris puellæ cum filio tutoris iure contractis,dos pro modo facultatum, & dignitate natalium recte per tutorem conſtitui poteſt.

VT pater debet filiæ dotẽm conſtituere pro modo facultatum ſuarũ,& dignitate ſua,atque mariti, quod

C dixit in ſuperiori §. ita pupillæ tutor vel curator, quod oſtendit in hoc §.& in *l. 6.hoc tit.* Pater dotem conſtituit de ſuis bonis:tutor vel curator de bonis puellæ,*l.ſi curatores,C.de admin.tut.* At ſciendum eſt ex oratione M. Commodi & ex Senatuſconſulto, tutorem vel curatorem pupillam ſuam vel adultam ſibi vel filio ſuo deſpondere,aut matrimonio iungere nõ poſſe,niſi pater puellæ cum moreretur id ſe velle demonſtrarit vel deſignauerit: niſi, inquam,cum filiæ ſuæ maritum deſtinauerit, vel deſponderit,*l. tutor,& l.non eſt,ff.de ritu nupt. l. ſi patris,C. de interd. matr.* Et ſecundum hoc Papinianus in hoc §. ponit,nuptias ex voluntate,id eſt,ex vltima voluntate patris puellæ iure contractas fuiſſe cum filio tutoris. Dotem autem à tutore puellæ fuiſſe conſtitutam ante nuptias, id eſt, an-

D tequam nubilis eſſet,antequam finita eſſet tutela,quæ nubili ætate finitur,id eſt,ætatis puellæ anno XII. completo. Ideo pono à tutore dotem puellæ fuiſſe conſtitutam ante nuptias, nondum finita tutela. Nihil quidem refert dos præcedat an ſequatur nuptias, *l.7.§.1.hoc tit.* & Paulus 2. Sentent.tit.de dotib. *Dos*,inquit,*aut antecedit aut ſequitur nuptias. Et ideo vel ante nuptias vel poſt nuptias dabitur: ſed data ante nuptias,earum expectat aduentum*:nihil igitur refert,an dos data ſit ante nuptias,an poſt nuptias. Sed dubitatur in hac ſpecie,an à tutore iure conſtituta ſiue data ſit; conſtat iure contractas eſſe nuptias: de dote quæritur an etiam iure conſtituta ſit, qua conſtituta eſt à tutore, qui eſt pater mariti: quamobrem conſtituta videtur in rem tutoris, & regula iuris vetat, ne tutor auctor fiat in rem

E ſuam,*l.1.ff.de auct.tut.* Et tamen Papinianus reſpondet, etiam ab eo tutore, qui eſt pater mariti deſtinati, vltima voluntate patris puellæ, recte dotem conſtitutam videri, ſiquidem legitime conſtituta ſit,id eſt,arbitratu boni viri,pro modo facultatum & dignitate natalium. Et hoc, vt arbitror, fauore dotium atque nuptiarum admittitur, præſertim cum in dote conſtituenda tutor non tam rem ſuam filiive ſui egerit,quam boni viri officio functus ſit, ſeruato dotis modo legitimo, quo officio & illo remoto quilibet alius,vel tutor ſpecialiter datus ad dotem conſtituendam, vel curator fungi debuiſſet.

Ad §. patrona.

Patrona dotem pro liberta iure promissam, quod extiterit ingrata, non retinebit.

IN hoc §. proponitur alius fauor dotium & matrimonij, vt quamuis propter ingratitudinem liberti, vel libertæ, libertas quæ ei data est, & quæcunque donatio reuocari possit & rescindi, vt constat ex tit. Cod. *de liber. & eor. lib.* & ex tit. *de reuoc. donat.* Non tamen possit reuocari dos, quam patrona dedit viro pro liberta sua, quoniam vix posset reuocari sine iniuria & offensa viri, qui sustinet onera matrimonij, quique fiducia dotis matrimonium cum ea contraxit, & forte dote reuocata diuortio eam abigeret. Quod etiam confirmat *l. dotem, C. de iure dotium.* Eademque ratione, si mulier intercedendi animo, pro alia muliere dotem promiserit, & forte res etiam suas viro eo nomine obligauerit, ex hac causa non iuuatur Senatusconsulto Velleiano, *l. si dotare, & l. vlt. C. ad Senatus. Velleian.* Multa alia, quæ fauore dotium & nuptiarum introducta sunt, colligere licet ex *l. 9. §. si res, & l. 74. hoc tit. l. 1. l. Caius, inf. sol. matr. l. vlt. sup. de ser. cor.* & aliis plerisque locis. Et placet valde quod ait *l. vlt. C. ad Senatus. Velleia.* fauore dotium & antiquos iuris conditores seueritatem legum sæpe mollire solitos. Denique quod est in hoc §. & in §. *nuptiis*, fauores sunt & studia propensa iuris auctorum erga dotes mulierum.

Ad §. cum res.

Cum res in dotem æstimatas, soluto matrimonio reddi placuit: summa declaratur, non venditio contrahitur. Ideoque rebus euictis, si mulier bona fide eas dederit, nulla est actio viro, alioquin de dolo tenetur.

IN hoc §. subnotatur vna differentia inter dotem æstimatam & inæstimatam: si res æstimatæ dentur in dotem, vera venditio contrahitur, *l. 10. §. si ante, hoc tit. l. 3. ff. loc.* Non quidem simpliciter venditio contrahitur, sed cum hoc adiuncto, *dotis causa*: nam venditio dotis causa, non eodem iure est, quo venditio simpliciter contracta, *l. 16. hoc tit.* Ideoque euictis rebus, quæ æstimatæ in dotem datæ, id est, quæ venditæ sunt dotis causa, mulier viro tenetur ob euictionem, quasi venditrix, actione ex empto vel ex stipulatione duplæ, quæ in venditionibus euictionis nomine interponi solet. Verum diuortio facto, quod euictionis nomine ab ea maritus consequutus fuerit, si dos lucro eius non cedat, id mulieri restituere tenetur, etiam si exsuperet æstimationem rerum datarum in dotem, quia bono & æquo non conuenit, virum lucrari ex damno mulieris quicquam, *d. l. 16.* Et hoc de rebus æstimatis. Sin vero res inæstimatæ dentur in dotem, eis euictis, mulier viro non tenetur ob euictionem, quia dos non venditio contracta est: imo nec vlla actione marito tenetur, nisi scilicet, cum necesse non haberet, vltro marito cauerit de euictione, vt in *l. 25. hoc tit.* vel, nisi dotem dari promiserit, antequam daret. Quia dedisse non videtur quod promisit, quæ dedit quod marito habere non licuit, vt in *l. 1. C. eod. tit.* His duobus casibus exceptis, euictis rebus dotalibus, quæ inæstimatæ sunt, nulla actione mulier marito tenetur, si modo bona fide eas res marito dederit in dotem. Nam si mala fide, quas sciebat esse alienas, nec permansuras apud virum, dederit in dotem, tenetur de dolo: non dicit teneri actione de dolo directa, quia famosa est actio, & in vxorem, vel eam, quæ vxor fuit, viro famosa actio non datur, in memoriam honoremque pristini matrimonij *l. 1. & 2. rer. amot.* Et perperam Græci hoc loco: *In eam quæ fuit vxor, post desiit esse per diuortium, dari actionem famosam*, quia illæ leges aperte ostendunt, nec in eam, quæ fuit vxor, dari famosam actionem, veluti, furti ex antegesto, id est, ex eo quod gessit in matrimonio: ex post gesto non negarem dari. Tenetur ergo de dolo, quæ mala fide, sciens res alienas esse, viro dedit dotem, non directa actione doli, sed in factum verbis temperata, vt ait *l. non debet, de dolo.* Idque definit aperte *l. 1. C. eod. tit.* Leuior est verbis actio in factum, quæ rem gestam tantum narrat, nec nominatim notat dolum, reipsa tamen est de dolo. Ponit autem hoc loco Papinianus vnum casum, quo etsi æstimatæ sint res datæ in dotem, tamen pro inæstimatis habentur. Puta, si conuenerit, vt eædem ipsæ res, quæ æstimatæ sunt, soluto matrimonio redderentur, eadem ipsa corpora, quæ æstimata sunt, quoniam hoc casu apparet res fuisse æstimatas, non vt venditio contraheretur, sed vt quanti essent maritus animaduerteret, vt earum valor siue dignitas declararetur, vt in *l. si inter, C. eod. tit.* vt in *l. cum pater. §. pater. de legat. 2.* Et ita explicandus §. *cum res.*

Ad §. in dotem. & §. vlt.

In dotem rebus æstimatis, & traditis, quamuis eas mulier in vsu habeat, viri dominium factū videretur. §. vlt. Partum dotalium ancillarum dotis esse portionem conuenit, ideoque frustra paciscі virum, vt inter vxorem & se partus communis sit.

IN §. penultimo notatur alia differentia inter dotem æstimatam & inæstimatam. Datis in dotem rebus æstimatis, quia vera venditio contrahitur, & earum dominium soli marito adquiritur ex causa emptionis, & adquiritur soli dominium, etiamsi eas res relinquat in vsu mulieris. Finge esse animalia, aut vestes, quæ datæ sint æstimatæ in dotem, & eas maritum vltro relinquere in vsu vxoris, eas vxorem vsu detereгe; dominium adquiritur viro: atque ideo periculum etiam, si vsu mulieris deteriores fiant, pertinet ad virum. *l. æstimata, ff. sol. matr.* nisi aliud pactum sit, vt in casu *l. 1. C. sol. matrim.* Periculum rerum æstimatarum pertinet ad virum, etiamsi atterantur vsu vxoris: ergo & commodum omne, quod ex eis rebus percipitur, aut percipi potest, pertinet ad virum, cuius periculo ancillæ sunt, vt cuius sit commodum, eius etiam sit incommodum. Finge datas esse in dotem ancillas æstimatas, partus earum (quæ est sententia §. vlt.) pertinet ad virum, cuius periculo ancillæ sunt, cuiusque in dominio sunt solius, & generaliter siue dos sit æstimata, siue inæstimata, si id actum sit, vt periculum ancillarum dotalium pertineret ad virum, partus ancillarum sunt mariti, *l. 18. sup. hoc tit.* Et hæc de rebus æstimatis. Inæstimatarum autem rerum, quas mulier dedit in dotem, dominium nō est solius mariti, sed etiam mulieris, vt ait *l. 75. hoc tit.* Æstimatarum dominium est solius viri pleno iure & firmo atque perpetuo, vt nunquam redeat ad mulierem sine facto viri: inæstimatarum autem rerum non est viri perpetuo iure, sed diuortio facto, aut mortuo marito dominium ad mulierem redit, & periculum quoque dotis inæstimatæ, id est, corporum, quæ inæstimata sunt data in dotem, pertinet ad mulierem, *l. 10. in princ. hoc tit.* Ergo & commodum dotis inæstimatæ, quæ proprie dos est, pertinet ad mulierem. itaque recte in §. vltimo huius legis subiicitur, *Ancillarum dotalium*, ergo inæstimatarum, sicut in *tit. de fundo dotali*; ergo inæstimato. Quoniam æstimatus non est dotalis: ancillæ æstimatæ non sunt dotales. Ancillarum igitur dotalium inæstimatarum partus pertinere ad vxorem, cuius periculo sunt ancillæ, & pertinere quasi partem dotis, nec cedere lucro mariti, quia, vt hodie constat inter iurisconsultos, partus ancillæ non est in fructu; & fructus tantum dotis lucratur maritus, & suos facit pro oneribus matrimonij: operæ

ancillarum & mercedes operarum ſunt in fructu, *l. 3. de oper. ſeru. l. mercedes, de pet. hered.* Et ideo lucro mariti cedunt conſtante matrimonio, nec poſſunt eſſe pars dotis: ſicut nec fundi dotalis fructus poſſunt eſſe pars dotis, nec nominum dotalium vſuræ poſſunt eſſe pars dotis, vt dixi in §. 1. quia vſuræ vicem fructuum obtinent, *l. vſuræ, ſup. de vſuris.* Vt autem non valet conuentio hæc, vt rei dotalis fructus ſint pars dotis, veluti operæ mancipiorum dotalium, vt ſint pars dotis, nec vice mutata valet conuentio, vt partus mancipiorum, quos conſtat non eſſe in fructu, non ſint pars dotis, vel ſicut proponitur *in §. vltimo*, vt partim ſint dotis, partim mariti proprij, id eſt, communes ſiue partiarij, quia hæc conuentio dotem minuit, & mera donatio eſt, quam facit vxor viro, vt lucrifaciat ſibi & habeat partem partuum, hoc eſt, partem dotis, quod eſt inutile, quia inter maritos vetitæ ſunt donationes, ſicut ſi paciſcatur maritus, ne dotis ſit, quod ſemel doti dictum eſt, ſed id ſibi habeat mulier atque recipiat, inutilis conuentio eſt, quia donationis inſtar obtinet, à viro collatæ in vxorem, cum poſt dotem datam paciſcuntur, vt mulier ſit indotata, vt quod doti dixit, deſinat eſſe in dotem, *l. ſi liberis & l. quæris, tit. ſeq. l. vir mulieri, de donat. int. vir. & vxor.*

Ad l. 26. de pactis dotalib.

Inter ſocerum & generum conuenit: vt, ſi filia mortua ſuperſtitem anniculum filium habuiſſet, dos ad virum pertineret: quod ſi viuente matre filius obiiſſet, vir dotis portionem vxore in matrimonio defuncta, retineret. Mulier naufragio cum anniculo filio periit: quia veriſimile videbatur ante matrem, infantem periiſſe: virum partem dotis retinere, placuit.

QVod ad primum reſponſum attinet, ſpecies hæc eſt. Pater cum filiæ nomine dotem daret, pactus eſt cum genero, vt mortua in matrimonio filia ſuperſtite anniculo filio ex eo matrimonio procreato, dos tota apud virum remaneret: mortua autem in matrimonio filia ſine liberis, præmortuo forte iam ante anniculo filio, vt dotis pars tantum dimidia ad virum pertineret, altera ſibi redderetur. Finge, matrem & anniculum filium ſimul naufragio periiſſe, vel ruina, vel incendio vel aggreſſura latronum (non refert) Quæritur vtrum tota dos ad virum pertineat quaſi præmortua vxore, an pars dimidia duntaxat quaſi præmortuo filio. Res videtur eſſe dubia & difficilis. quia non apparet quis prior exceſſerit è vita, mater an infans. ſi conſtaret priorem matrem deceſſiſſe, dos tota pertineret ad virum ex pacto dotali, ſi infantem, pars tantum, quid fiet? quid ſtatuemus? Et Papinianus reſpondet, veriſimile eſſe, tenellum infantem ſpiritum poſuiſſe confeſtim, matrem diutius pertuliſſe caſum naufragij, & filio ſuperuixiſſe: & ideo partem tantum dotis ad virum pertinere, partem ſocero eſſe reddendam. Et ſane quod ſtatuit Papinianus, hoc ſemper veriſimile & credibile eſt, non in infante ſolum, ſed etiam in impubere quolibet, quoniam omnis ea ætas tenerrima & infirmiſſima eſt, vt non poſſit diu colluctari cum morte, *l. ſi mulier, inf. de reb. dubiis.* Res ſiue quæſtiones dubiæ vel ambiguæ plerumque præſumptionibus iuſtis explicantur, vt in *l. ſi fuerit, in fi. de reb. dubiis.* & præſumptio hæc iuſta ſemper & probabilis, & veriſimilius eſt, prius mori impuberem quam patrē, aut matrē. Ergo in impubere & patre pariter mortuis, vel impubere & matre pariter mortuis vno caſu repentino, nullus eſt labor, quia ſemper veriſimile eſt, prius mori impuberem. In filio pubere maior eſt quæſtio, quoniam in eo, cum extinguitur vna cum patre aut matre, quod magis præſumamus, non habemus: & ideo patre vel matre & filio pubere commorientibus, non quod vero ſimilius ſit fruſtra ſpectamus, ſed quid ſit humanius. Et quærimus ſecundum regulam iuris, vt in rebus dubiis benigniorem interpretationem ſequamur.

A Aliquando autem humanius & benignius eſt credere ſiue fingere matrem aut patrem ſuperuixiſſe filio puberi, vt in *l. qui duos §. ſi cum filio. ff. de red. dub.* Si pater libertinus cum filio naufragio vel ruina perierit ſuperſtite patrono, cuius reuerentiæ & verecundiæ debetur legitima hereditatis liberti mortui inteſtati ſine liberis: Et hoc caſu, quum incertum eſt, quis prior vita deceſſerit, libertus an filius eius, quem ſi conſtaret poſteriorem deceſſiſſe, excluderetur patronus per filium quaſi ſuperſtitem patri libertino, legitima hereditate liberti: Et ideo benignius eſt credere patrem libertinum ſuperuixiſſe filio, ne in re dubia & ſub incerto temere hereditate legitima patronus excludatur, quæ ei defertur mortuo liberto ſine liberis. Et forte veriſſimum eſt in reipſa eum eſſe mortuum ſine liberis, puta, præmortuo filio. Itemque in *l. ex facto §. ſi quis, ad Senatuſ. Trebel.* Si heres rogatus reſti-

B tuere hereditatem ſub conditione, ſi ſine liberis decederet, ſuſcepto filio ſimul cum eo naufragio perierit, vel alio caſu ſuperſtite fideicommiſſario, dicemus patrem ſuperuixiſſe filio, ne in re adeo obſcura, dubia & incerta temere pronunciemus contra fideicommiſſarium, & eum excludamus fideicommiſſo, quod forte in rerum natura certum eſt ei iure deberi, quod filius ante patrem mortem obierit. In re dubia benigniorem interpretationem eſſe ſequendam. Benignius autem eſſe, non fraudari patronum vel fideicommiſſarium hereditate, aliter quam ſi liquido probetur filium ſuperuixiſſe: aliquando vero contra, humanius eſt credere, non patrem ſuperuixiſſe, vt illis duobus caſibus, ſed filium puberem. Et placet quod ait *l. cum pubere, de reb. dub.* humanius eſſe credere filium ſuperuixiſſe: in his quæſtionibus igitur non eſt quærenda alia ratio quam humanitatis, vbi præponderat magis,

C & prout ſuggeſſerit, vel credere patrem ſuperuixiſſe, vel filium, non patrem; atque ita fortunam ſeruaſſe ordinem naturæ, ſeniore prius extincto. Humanius autem eſt ita credere, filium ſuperuixiſſe non paſſim, vt patet ex ſuperioribus caſibus, ſed ſi hic caſus ſiue ſpecies propoſita, aut res, quā de agitur, ſuadeat aut non diſſuadeat, vt in d. *l. qui duos §. cum bello.* Si cum filio pater eodem momento temporis interierit ſuperſtite matre & agnatis, benignius eſt credere, hoc eſt, fingere & dicere ordinem naturæ ſeruaſſe fortunam, vt in dubio matri faueamus, quæ in luctu eſt magno propter amiſſum maritum & filium potius quam agnatis. Item in *d. l. qui duos §. vlt.* ſi cum filio teſtamento patris ex aſſe herede inſtituto pater ſimul perierit, fauorabilius eſt dicere diutius vixiſſe filium, vt bona paterna filius tranſmittat ad heredes ſuos, quaſi heres extiterit patri ex teſtamento, & non ſimul cum patre, ſed poſt patrem mortuus ſit, quod tamen non dicerem

D dato filio coherede vel ſubſtituto, quoniam non abs re ille *§. vlt.* ponit filium heredem inſtitutum ex aſſe: nec dati ſubſtituti mentionem facit: nam dato coherede filio vel dato ſubſtituto, in dubio benignius eſt non eripere coheredi ius adcreſcendi, vel ſubſtituto ius ſubſtitutionis, quod forte reuera obtigit. æque naturæ ordinem ſeruatum dicas, id eſt ſuperuixiſſe filium, ſi mater, quæ ſtipulata eſt dotem ſibi reddi ſe viuente, mortua filia in matrimonio, cum filia ſimul moriatur, *fere puncto temporis, vt ait Lucretius*, ne in dubio temere maritus fraudetur lucro dotis, quoniam ex contrario ita intelligitur inter eum & ſocerum, vt præmortua matre dos remaneat apud virum,

E vt in *§. cum inter, hac lege.* & benignius eſt fauere marito quam heredi mulieris, *l. quæ de pariter mortuis, ff. de reb. dub.* Idem dicas in propoſita ſpecie, quia Papin. de infante tantum loquitur, non de filio pubere & matre ſimul defunctis. Dicam igitur filio pubere & matre pariter defunctis humanius eſſe credere filium ſuperuixiſſe, vt dos vniuerſa apud patrē eius remaneat, ſecundū conuentionē habitam inter ſocerum & generum, quam initio propoſui. Et ita vides cōmortuis patre vel matre & filio pubere, prout nos mouet benigna ratio, trahi nos in diuerſam

sententiam, & modo statuere, superuixisse parentem, modo superuixisse filium. & ita cum vxor & maritus simul perierint, modo dicimus maritum superuixisse, ne dotis lucrum auferatur heredi mariti, vt in *d.l. qui duos §. si maritus, & l. si possessor §. 1. de relig.* vbi, vt hoc obiter admoneam, errore fallitur Accurs. non intelligens ea verba, *Pro portione dotis*, nimirum ea sic accipiens, vt ex pacto in specie eius legis, lucretur maritus portionem dotis, portionem tantum, non totam dotem, cum longe alia sit mens eius legis, quæ ea de re pactionem nullam habitam ponit, sed de ea igitur statuit secundum ius commune. Statuit, inquam, secundum ius commune, quo dotem aduentitiam præmortua vxore maritus lucratur in solidum, atque etiam profectitiam, si pater non superfit: & quum ambo simul perierunt, lex ait, priorem vxorem periisse videri, ideoque dotem totam pertinere ad heredem mariti, nimirum perempti post vxorem, sed pro portione, id est, ἀναλόγως, siue pro rata, pro portione eum debere conferre in funus mulieris. Quoniam in funus mulieris non tantum confert heres, qui mulieri extitit, sed etiam non heres, qui modo commodum dotis percipiat, ad quem modo dos mulieris peruenerit: & ita etiam hæc verba *pro portione* accipiuntur in *l. 1. §. vlt. l. 20. § libertus, ff. de bon. libert.* Sed pergamus ad alia: modo benignius est vxorem credere marito superuixisse, quum ambos simul idem casus oppressit, puta, si quid maritus vxori donauerit, hoc casu dicam, vxorem superuixisse, ne in re dubia temere infirmetur donatio, quia forte & reuera posterior mortua est, atque adeo confirmatur donatio morte mariti, quæ antecessit, *l. cum hic status § si ambo, de donat. inter vir. & vxor. l. si is cui, ff. de don. caus. mort.* Ergo varie de iisdem quæstionibus respondeamus, secundum speciem, quæ proponitur, prout humanitatis suggerit ratio, nec huius rei alia definitio est certior. Denique in iis quæstionibus primum spectamus quid sit verisimilius & sequimur, si id appareat, vt quum mater & infans naufragio simul perierunt, sane verosimilius est, subito periisse infantem, deinde matrem: & hoc sequimur, quod probabile & verisimile est. Quod si id non appareat, spectamus quod est humanius, &, vt est in regula iuris: *Rapimus occasionem, quæ præbet benignius responsum.* Nam deficiente probabilitate, aut verisimilitudine, quæ sunt benigniora semper & omnino in dubiis præferenda sunt, & vt est in historia Nicetæ, ἐν τοῖς ἀδήλοις χρὴ ῥέπειν πρὸς τὸ φιλάνθρωπον. Et hac quidem ipsa benignitatis ratione ducti trahimur in diuersas sententias, prout res fert qua de agitur, modo vt statuamus filium superuixisse, modo patrem aut matrem, cum ambo simul perierint.

Ad §. vir dotem quam, &c.

Vir dotem quam ex pacto filiæ nomine retinere potuit, si lapsus errore non retinuit: filiam, quæ patris sola matri pro parte heres extiterit, apud arbitrum diuisionis non improbe dotis perperam à patre solutæ præceptionem desiderare constitit.

Species secundi responsi hæc est: Inter virum & vxorem conuenit vt diuortio facto, vno pluribusve filiis relictis ex eo matrimonio, dotem maritus retineret, quæ E conuentio valet, *l. 1. ff. de dote præleg.* Diuortio facto vna filia communi relicta, vir qui filiæ nomine poterat retinere dotem ex pacto dotali, per errorem facti eam dotem mulieri restituit: mulieri restituisse Cyrillus ponit, & alij omnes interpretes Græci. Et vulgo quoque hoc loco ita legitur: *Dotis perperam à patre matri solutæ.* Deinde pater moriens filiam ex asse heredem scripsit. Mater autem, paulo post etiam moriens eandem filiam heredem scripsit ex parte. Agit filia fam. ercis. de bonis maternis diuidundis cum coherede sibi à matre dato. Papinianus ait, in hoc iudicio per arbitrum diuisionis, per arbitrum fa-

A miliæ ercisc. filiam præcipere dotem integram, quam matri per errorem pater restituerat, cum potuisset & debuisset eam retinere filiæ nomine, deinde præcepta dote reliqua bona materna erunt ab arbitro inter eos diuidenda, pro portionibus hereditariis. Ponit autem filiam à patre heredem institutam ex asse. Cur? Quoniam si ei coheredes pater adiecisset, vt fecit mater, ipsa filia in iudicio familiæ erciscundæ dotis præceptionem non haberet, certe nō dotis integræ, quia patri non extitit heres ex asse, neque forte partis, quia dotis functio & præstatio spisse aut vix scinditur; neque id actum est, vt eius esset retentio pro parte tantum. Cæterum melius erit, heredes patris cum filia coherede agere condictione incerti, id est, possessionis condictione, quam retinere potuit, & per errorem non retinuit, quasi indebito soluto, vt fit in *l. qui ex-*
B *cep. § si pars, de cond. indeb.* Ex hoc responso intelligimus dotis, quam diuortio facto pater errore lapsus restituit matri, cum posset eam ex pacto retinere, communis filiæ nomine, filiam si patri ex asse, matri ex parte heres extiterit in iudicio familiæ erciscundæ, eius præceptionem desiderare posse: hanc vero præceptionem desiderabit filia ex persona patris, quia etsi pater à matre, id est, ab vxore sua heres institutus fuisset ex parte, in iudicio familiæ erciscundæ, haberet præceptionem dotis temere restitutæ vxori post diuortium, siue perperam, id est per errorem: ergo & ex persona patris filia, quæ patri heres extitit ex asse, & matri ex parte, in arbitrio diuisionis, siue diuidendæ familiæ maternæ, habebit eius dotis præceptionem. Vnde notandum est, eum qui retentionem habet, non petitionem, vt habuit pater in hac specie, heredemve eius, si
C eam retentionem omiserit, restituta re, rursus eiusdem rei possessionem nactum retentione vti posse aut præceptione, si quo casu contigerit, vt eam desiderare possit, quia præceptio retentionem imitatur. Petitionem autem nullam habere eum, qui retentionem tantum habuit. Ac ne eum quidem habere quasi indebito soluto, condictionem certi, de qua intelligenda *l. ex quib. ff. de cond. indeb.* dici tamen posse, eum heredemve eius habere condictionem incerti, id est, possessionis, quam retinere potuit, & errore lapsus non retinuit, vt in *l. qui exceptionem § si pars, ff. de cond. ind. l. heres, ad Senatusc. Treb.* Cur autem Papinianus ponat filiam heredem à patre institutam ex asse, si quæras, dicam hanc esse rationem, quia si à patre sicut à matre fuisset heres instituta ex parte tantum, dotis præ-
D ceptionem non haberet in iudicio diuisionis, quia eam habet ex persona patris. Nam etsi filiæ nomine pater pactus sit, vt dotem retineret, sibi tamen pactus est, non filiæ. Pater autem non nisi totius dotis retentionem siue præceptionem habuit, nec potuit partem retinere, partem restituere. Hæc inconstantia reiicitur, & in hereditatibus, & in legatis, & in conuentionibus hereditas scindi non potest, *l. 1. de adquir. hered.* legatum scindi non potest, *l. 4. de leg 2.* conuentio scindi non potest, *l. in commodato § pen. ff. commod.* quia non tantum solutio, sed etiam exactio partis, multa habet incommoda, *l. 3. ff. fam. ercisc.* Denique, vt debitor non soluit partem inuito creditore, ita creditor non exigit partem scisso credito inuito debitore.

Ad §. cum inter.

Cum inter patrem & generum conuenit, vt in matrimonio sine liberis defuncta filia, dos patri restituatur: id actum inter contrahentes intelligi debet, vt liberis superstitibus filia defuncta dos retineatur, nec superabitur portio dotis additamenti causa data, si postea nihil aliud conueniat.

Proponit inter socerum & generum conuenisse, vt in matrimonio defuncta filia sine liberis dos socero redderetur, nihil præterea. Plus actum, minus dictum intelligitur. Nam ex contrario Papinianus colligit

id actum, vt ſuperſtitib. liberis defuncta filia in matrimonio, maritus dotem retineret. Et ita pater vel extraneus, qui pro muliere dotem dedit, ſi pactus fit dotem ſibi reddi in caſum mortis, recte dicitur ἐκ τῆς ἀντιδιαστολῆς, ſiue ex contrario ſenſu id actum videri, vt in caſum diuortij, non ei ſed mulieri dos redderetur, vt in §. *vlt. h. l. & l. cum dotem, in pr. ſol. matr.* Eodem argumento Papin. vtitur in interpretatione legis Iuliæ de vi in *l. 1. ſup. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd.* vt, quod ea lege nominatim cauetur, vt is prætor iudexve quæſtionis, cui forte obtigerit quæſtio de vi publica aut priuata, poſſit eam, ſi proficiſcatur, mandare. Ex contrario argumentatur Papin. à præſente eam non poſſe mandari. Et ſimiliter Paul. atque Vlp. in *l. ex eo, de teſtib. l. qui teſtamentum §. mulier, ff. qui teſtam. fac poſſ.* ex eo quod lex Iulia de adulteriis, vetat adulterii dánatam teſtimonium dicere, colligunt ex contrario, etiam mulierem in iudiciis teſtimonii dicendi ius habere. Eodem argumento vtimur in teſtamentis, vt in *l. 12. §. idem reſpondit, domo inſtructa, de inſtruct. vel inſtrum. leg.* quod is, qui legauit domum inſtructam, excepit tamen argumentum & tabulas rationum, ex contrario, cætera omnia eum legaſſe videri, quæ ſunt in ſupellectili, quibus in ea domo paterfam. fuit inſtructior. Et eodem fere modo M. Tull. pro Balbo: *Si exceptio*, inquit, *facit ne liceat, ibi neceſſe eſt licere, vbi non eſt exceptum.* Vtimur eodem argumento in ſententiis iudicum, vt in *l. 3. §. ex quib. cauſ. maio.* cum proconſul decurionem biennio iubet abſtinere ordine decurionum, ἐκ τῆς ἀντιδιαστολῆς, quæ verba ipſa eo loci Baſilica vſurpant; apparet poſt biennium iudicem remiſiſſe decurionatus prohibitionem; non eſt igitur mirum, ſi in conuentionibus eodem argumento vtamur, admittamus & approbemus. Et tamen id non admittitur, ſi quid dictum ſit vel ſcriptum ex abundanti, vt in ſpecie *l. qui mutuam, ff. mand.* expoſita lib. 3. Quod ex abundanti conuenerit, vt omiſſo pignore mandator eligi poſſet, non, ideo prohibetur creditor electo pignore ad mandatorem redire: ex abundanti ſcriptura nullum ducitur idoneum argumentum. Item hoc argmentum ex contrario admittitur in caſu eodem, non in diuerſo, vt in ſpecie legis *Bebius. h. t.* Si conuenerit inter ſocerum & generum, vt defuncta filia in matrimonio ſine liberis partem tantum dotis gener retineret, fateor ex contrario, ſiue κατὰ τὴν ἀντιδιαστολήν, vt & eod. loco Baſilica loquuntur, id tacite actum videri, vt defuncta filia in matrimonio, qui eſt idem caſus ſuperſtitib. tamen liberis, totam dotem gener retineret, non etiam diuortio facto, quoniam hic caſus diuerſus eſt. Illud etiam argumentum admittitur, quod ſenſum efficit conſentaneum & congruum, non abſurdum, & diſſentaneum, & longe alienum à vero aut mente ſcriptoris. vt Papin. lib. ſing. *de adult.* in fragmentis collectis à Lucinio Rufino: quod lex Iulia de adulteriis patri poteſtatem facit cum adultero occidendi filiam, quam habet in poteſtate, id ait, ex contrario non præſtare argumentum, vt eam poteſtatem occidendi filiam lex Iulia dederit non habenti eam in poteſtatem, quoniam certum erat iampridem, eam poteſtatem patri dediſſe legem Regiam, id eſt, Romuli. Sed id potius arguit adiectum eſſe in lege Iulia, vt videretur pater, qui ſenſus eſt congruentior, maiore æquitate ductus occidiſſe adulterum, qui nec filiæ ſuæ pepercerit. Poſtremo additur in hoc §. ſi dos fuerit ampliata poſt nuptias, quod fit recte, *l. ſi inter, hoc tit.* pacta dotalia facta initio matrimonij, eadem, niſi aliud conuenerit, ſeruari in augmento dotis, in additamento dotis, vt in *l. etiam, C. de iure dot.* Et nihil eſt præterea in hoc §.

Ad §. conuenit.

Conuenit vt mulier viri ſumptibus, quoquo iret veheretur, atque ideo mulier pactum ad literas viri ſecuta, prouinciam, in qua centurio merebat petit, non ſeruata fide conuentionis, licet directa actio nulla competit, vtilis tamen in factum danda eſt.

A

Species hæc eſt: Inter virum & vxorem pacto nudo in vrbe conuenit, vt mulier viri ſumptibus quocunque ierit, veheretur: poſt maritus, cum in prouincia centurio mereret ſtipédia, ſcripſit vxori, vt ad ſe veniret. Illa pactum ac literas viri ſecuta (ſic Græci legunt recte non ad literas) prouinciam petiit, id eſt, vt ſuccurram Accurſio, in prouinciam profecta eſt, Baſilica πρὸς αὐτὸν ἀπεξῆλθε, profecta, inquam, ſuis ſumptibus non ſumptibus viri. Quæritur an de ſumptibus recipiendis cum viro agere poſſit? Et videtur non poſſe, quia ex pacto nudo non naſcitur actio, adeoque nec directa eo nomine mulieri dabitur actio. Sed æquum eſt dari vtilem in factum

B

prætoriam, quod eſt ſingulare reſponſum Papiniani. Cuius ratio hæc eſt, quia & citra illam conuentionem, ſiue remota illa pactione, vt eundem Papinianum huic reſponſo ſubieciſſe patet, ex *l. ſi quis pro vxore, de donat. inter vir. & vxor.* vbi in hanc rem Vlpianus allegat quartum reſponſ. Papiniani, remoto, inquam, illo pacto, vt vxor quocunque iret, ſumptibus viri veheretur, maritus vxori ſemper præſtat ſumptus itineris, quod modo faciat conſenſu mariti, atque ideo inter onera matrimonij numerantur etiam viatica, & ſumptus itinerarij, nec pro vxore facti tantum, ſed etiam pro hominibus eius ſiue miniſteriis, ſumptus omnes, viatica, vecturæ, vectigalia, ſiue portoria pro itinere aut tranſitu pontis, vt in

C

l. cum in plures §. pen. loc. Seneca 2. *de Tranquillit. vitæ: Cogitans*, inquit, *& in pontibus quibuſdam pro tranſitu dari.* Ludouicus Auguſtus & Lotharius Cæſar in ſuis legibus, *vt nullus ad palatium, vel in hoſtem pergens, tributum, quod tranſituras vocant ſoluere, cogatur.* Recte autem dixi, dari vxori in ſpecie propoſita vtilem actionem in factum prætoriam, quæ eſt omnium actionum extremum ſubſidium, quoniam ceſſat ciuilis actio præſcriptis verbis, vt Iſidorus recte notauit. Nec enim ita conuentio habita eſt, *do vt eas ad me*, ex quo contractu naſceretur actio ciuilis præſcriptis verbis, ſed *quocunque ibis dabo*, quæ pactio nuda eſt, quia neque datione vlla, neque facto ſumpſit effectum, ſed dictum eſt tantum; *Quocunque ibis, dabo ſumptus quos feceris in itinere.* Igitur pactio nuda fuit, ex qua ciuilis in factum præſcriptis verbis nunquam datur

D

actio, ſed prætoria tantum, caſibus certis exceptis à regula, ne ex pacto nudo naſcatur actio. Igitur male Cyrillus & Anaſtaſius dari vxori actionem præſcriptis verbis, quæ ex contractibus tantum datur, qui ex datione vel facto ſumpſerunt effectum, non ex pactis nudis, non etiam ex contractu, *facio vt des*, vt docet *l. naturalis, ff. de præſcrip. verbis.* At recte idem Cyrillus, ceſſare etiam in hac ſpecie actionem mandati, quia non fuit animus mandati contrahendi, cum miles per literas vxorem rogauit, vt ad ſe veniret, denique ex hoc pacto eſſe tantum vtilem actionem in factum, de ſumptibus recuperandis, & ſubintelligo prætoriam, non ciuilem.

E

Ad §. filia cum pro ſe.

Filia cum pro ſe dotem promitteret, pepigit, vt ſi in matrimonio ſine liberis deceſſiſſet, matri ſuæ dos ſoluatur, pacto filiæ nulla matri quæritur actio. ſi tamen heres puellæ matri pecuniam dotis ſoluerit, viro contra placita petenti dotem, obſtabit exceptio.

Qvinti reſponſi ſpecies hęc eſt: Mulier viro ſtipulanti promiſit dotem, & pepigit, vt ſi in matrimonio ſine liberis moreretur, ſi in matrimonio *illiberis* decederet, vt Tertulianus loquitur, matri ſuæ dos ſolueretur; mortua ea in matrimonio ſine liberis, ex hac conuentione nulla matri quæritur vel competit actio vel exceptio, quia prorſus inutile eſt pactum, vel conuentio quælibet, quæ fit alteri abſenti, *l. quo tutela 71. §. vlt. de*

diuer. reg. iur. Et nec stipulationi dotis pactum inconti- A nenti subiectum format actionem: hoc enim tantum receptum est in bonæ fidei contractibus, non in stipulationibus, *l. iurisg. §. quinimo, de pact. l. in bonæ f. C. eod* Et quod dicitur in *l. lecta, ff. de reb. cred.* pacta facta incontinenti stipulationi inesse, hunc intellectum habere ea ipsa lex ostendit, vt insint stipulationi ex parte rei, id est, vt pariant exceptionem, non etiam ex parte actoris, vt pariant actionem, siue inesse stipulationi, vt actori noceant, non vt prosint. Verum post mortem filiæ, heres extraneus quem sibi filia testamento fecerat heredem, vltro & bona fide matri dotem soluit, tum maritus cum herede agit ex stipulatione dotis, & intendit dotem sibi dari oportere, Papin. ait, marito petenti dotem obstare exceptionem, quod contra placita eam petat, nec exprimit, quæ exceptio petenti marito obstet. Sed recte B Cyrillus interpretatur, obstare exceptionem doli mali, quia infringit fidem pactam inter eum & vxorem, vt dos matri, id est socrui, solueretur. Non obstat exceptio pacti, quia nihil sibi heredive suo filia pacta est, sed obstat exceptio doli mali, quæ tuetur naturalem æquitatem, *l. 1. §. pen. l. qui æquitate, ff. de doli except.* Et omne iudicium, cui opponitur hæc exceptio, bonæ fidei iudicium facit, *l. Seia, de mort. cau. don. l. 3. C. de excep.* Naturali autem æquitati conueniens est, ne heres, qui bona fide dotem soluit matri ex voluntate viri, & vxoris, id est, ex pacto conuento inter eos, iterum eam dotem marito soluere cogatur, sed etiam heres filiæ, quia sciens soluit, non ignarus rei indebitæ. condictionem non habet aduersus matrem, quia sciens soluit, & hæc actio errantib. tantum datur: exceptio doli mali, vel vt C eleganter idem colligit est φυσικώτερον καὶ οὐ πάνυ ἐξετάζει τὴν ἀκρίβειαν. Exceptio autem pacti iuris ciuilis regulis & subtilitati magis adstricta est: denique latius patet, diffunditur exceptio doli mali, & sæpe vbi cessat pacti, non cessat doli mali exceptio. Ad hæc quæritur quid sit dicendum, si heres filiæ nondum cuiquam soluit dotem, quam quæstionem mouet Accursius? & contra quam respondet, verius esse arbitror, hoc casu marito competere actionem ex stipulatu, eique petenti dotem, nullam exceptionem obstare, neque doli mali, ne heres bis exigatur, quia nondum quisquam soluit, neq; pacti, quia nihil D heredis interest matri solui. Et falsum est, quod ait Accursius illo casu, marito non dari petitionem dotis, sed matri dari vtilem ex stipulatione filiæ quam fingit interuenisse, cum tamen Papinianus filiam tantum matri pepigisse dicat. Id vero Accursius probat, adducto principio constitutionis *de rei vxoriæ actione*, in quo ea de re nullum verbum, nulla suspicio: item adducta *l. cum dos, h. t.* quæ de patre & filiaf. loquitur, per quam patri adquiri potest; non de matre & filia, per quam matri adquiri non potest. Forte voluit Accursius in medium adducere casus, quos notaui in *dict. l. cum dos*, quibus ex stipulatione patris post obitum eius filiæfa. vtilis quæritur actio, & nepoti, vel nepti ex stipulatione aui, *l. quecunque §. si ita quis, ff. de verb. obligat. l. pater, C. de pact. conuen. l. Caius, sol. matr.* Sed hoc tantum iure singulari datur summis affectionibus parentum erga liberos, vt E *d. l. Caius, in fin.* non vice versa liberorum erga parentes.

Ad §. vltimum.

Pater si filia nupta mortem obijsset, dotem dari stipulatus est: constante matrimonio capitali crimine damnatus est, diuortio secuto, vel morte viri soluto matrimonio stipulationis conditio deficit. quod si mulier in matrimonio decesserit, ex stipulatu fisco dotis actio quæritur. Post verum autem diuortium renouatis nuptijs, non committitur fisco stipulatio, licet defuncta sit in matrimonio filia, quoniam ad primas nuptias pertinet.

Pater dotem datam pro filia stipulatus est sibi reddi in hunc casum, si filia in matrimonio decederet, si filia nupta mortem obiret: in casum omissum, id est, in casum diuortii aut mortis viri, in quem pater stipulatus non est, proculdubio dos est reddenda filiæ, vt in *l. si cum dotem, solu. matr.* In casum autem mortis filiæ, dos reddenda est patri aut heredi eius; aut fisco, inquit, si forte constante matrimonio pater capite damnatus sit, & confiscatus fuerit, quia fiscus loco heredis est, *l. inter eos §. vlt. de fideiuss. l. 2. C. ad l. Iul. de vi.* At finge inter virum & vxorem verum diuortium intercessisse; veroque non ficto diuortio solutum matrimonium fuisse, deinde renouatum, & secundo matrimonio defunctam filiam. An & hoc casu, cum pater confiscatus est, dos fisco reddenda est, actione ex stipulatu? Minime, quia ea stipulatio, qua pater stipulatus est sibi dotem reddi, si filia in matrimonio mortem obiret, pertinet ad primum matrimonium tantum, non ad secundum. Itaque vero diuortio facto expirabit ea stipulatio, vt in *l. dotis, de iure dot.* Nec ex ea patri aut heredi eius, ergo nec fisco vlla actio competere potest. Recte ait Papin *verum diuortium.* Aliud enim est, si simulatum fuerit & imaginarium diuortium in fraudem stipulatoris, *l. 3. C. de repud.* Quia renouatum deinde matrimonium, non aliud est matrimonium, sed idem, quod fuit ante, & mortua filia ante virum, proculdubio stipulationi locus est. Aliud item dicendum eadem ratione, si iurgium fuerit, quoniam reuersa vxore idem matrimonium esse intelligitur, *l. 31. de iure dot.* Iurgium vel friuusculum, vt vocat Vlpianus in *l. cum hic status §. si diuortium, de don. inter vir. & vx.* à fribulo, quod friuolum Isidor. 9. *Originum*, per diminutionem fit *friuusculum*, vt ab osculo, ocusculum interpres antiquus Horatij, dum suaue interpretatur amoris osculum. Eo igitur nomine significatur friuolaria rixa, friuolaria noxia, vnde nostri *noise.* vt Ausonius loquitur:

Sæpe, inquit, *in coniugiis fit noxia si nimia est dos.*

& Petronius, *in mediam noxiam*, id est, rixam, *profertur.* Et Donatus in Eunuchum: *ad explendam Venerem longiore noxia aduersus virginem vtendum fuit.* Hic vero §. vlt. huius legis non est in Basil. credo, quia ei quodammodo derogatur in Nouel. 22. quæ vult, vt non iure consistat diuortium, etiam si sit verum & serium, quod fecerit filia sine consensu patris viuentis adhuc, metu, ne id fecerit in fraudem patris: sed confiscato patre hoc beneficium, quod Nouella dedit patri integri status, sane nolim transferri in fiscum, cum nec ad heredem patris transferatur, & personale beneficium sit.

Ad l. 53. de don. inter vir. & vxor.

Mortis suæ causa genero vel nurui frustra socerum donare conuenit: quia mortuo socero nuptiæ non soluuntur, nec interest an pater filium vel filiam exheredauerit. diuortij species, eadem ratione diuersa est.

IN hac lege duo sunt Papiniani responsa. Quod ad primum attinet, sciendum est, propter matrimonium non tantum virum vxori, vel contra vxorem viro frustra donare, quia iure ciuili, quo etiam hodie vtimur, ea donatio improbata est: sed etiam eadem ratione, id est, propter matrimonium, vt ait *l. cum hic status §. oratio, h. t. prætextu matrimonij*, vt ait *l. vitricus, hoc t.* Frustra donare socerum nurui vel genero, si filium vel filiam in potestate habeat, & contra generum vel nurum frustra donare socero, si vxorem suam vel maritum suum in potestate habeat, vt in *d. § oratio, & l. 5. C. eod. tit.* Ratio hæc est: quia ius potestatis, vinculum potestatis vnam personam facit, patris & filij, vel filiæ, vt quod donat socer genero vel nurui, quodue donum siue munus accipit à genero siue nuru, id filius vel filia, qui quæue in eius potestate est coniugi donare, vel ab eo accipere intelligatur. Ius igitur potestatis

nare, vel ab eo accipere intelligatur. Ius igitur potestatis causam præstat inhibendæ donationis etiam inter socerum, & generum vel nurum. Vis videre quam hoc sit verum? Socrus genero vel nurui, vel contra gener vel nurus socrui donare non prohibetur, quia hic ius potestatis non vertitur, nulla enim fœmina familiæ potestatem habet, & inter socrum vel generum vel nurum donationem non prohiberi constat ex *l. 3. §. socrui, hoc tit. l. 26. C. eod. tit. l. 12. C. de donat. ante nupt.* Et hæc quidem dicimus de donatione directa, quæ fit inter viuos; hanc dicimus prohiberi inter supradictas personas, inter maritos, scilicet socerum, socrum & generum vel nurum, si socer filium vel filiam in potestate habeat.

Nam si non inter viuos, sed mortis causa vir vxori, & contra vxor viro donauerit, donatio valet, quia in id tempus excurrit donationis euentus, quo vir & vxor esse desinunt morte donatoris soluto matrimonio, *l. 1. hoc tit.* neque enim mortis causa donatio perficitur antequam mors donatoris insecuta fuerit, *l. non videtur, inf. de mortis caus. donat.* Eademque ratione nurus vel gener mortis suæ causa socero donare non prohibetur, quia donatio cōfertur in tempus soluti matrimonij morte nurus, vel generi. At quæritur, an etiam è contrario valeat donatio, si socer mortis suæ causa nurui vel genero donauerit? Et *l. 26. in fi. hoc tit.* ait, valere donationem, quod non est vsquequaque verum, sed ita demum, si filius vel filia ante socerum vita decesserit, postea socer non mutata voluntate, quoniam donationis effectus excurrit in tempus soluti matrimonij morte filij vel filiæ. Et ita hoc ipso libro Responsorum Papinianum scripsisse Vlpianus refert in *d. §. oratio*, & appingendum esse videtur responso huius legis, quo ex diuerso dicitur, donationem non valere, quam socer mortis suæ causa contulit in nurum vel generum, videlicet si socer decesserit superstite filio vel filia, nec soluto matrimonio, quia morte soceri non soluitur matrimonium, atque ita eius donationis effectus excurrit in tempus constantis matrimonij, cuius ratione initio diximus, eam donationem prohiberi, & vt recte Accursius ait in *l. 1. §. Celsus, de dote praleg.* eo casu, id est, quum moritur socer ante filium vel filiam, donatio quam fecit nurui vel socero mortis suæ causa, accedit donationi inter viuos potius quam legato, aut donationi causa mortis. Et hoc est quod ait Papinianus hoc loco: *Mortis sua causa genero vel nurui socrum frustra donare conuenit*: Et recte ait, *mortis sua causa.* Nam mortis filij, vel filiæ causa non frustra donat socer nurui vel genero: quia donatio confertur in casum soluti matrimonij, *l. 11. de mort. causa donation.* Non tantum mortis nostræ causa recte donamus, sed etiam mortis alienæ causa, *l. 3. C. eod. tit.* Et addit Papinianus hoc loco: *Nihil interesse an socer filium vel filiam exheredauerit*, hoc est, non valere donationem mortis suæ causa factam nurui vel genero, si constante matrimonio socer mortem obierit, etiamsi filium vel filiam exheredauerit. Et ratio hæc est, quia ius potestatis exheredatione non tollitur, sed ius filij tantum, siue ius sui heredis, *l. 1. §. post suos. de suis & l. hered. l. si postumos §. si filiam, de liber. & postumis.* Et ius potestatis præstat causam improbandæ donationis. non igitur spes successionis, cum & exheredatis libertis, nec succedentibus, etiam improbetur donatio. Denique non spes successionis improbandæ donationis à socero factæ causam præstat, vt Godofredus sentit male in *l. 3. hoc tit.* dum scribit, ideo socerum frustra donare nurui, quod ipse maritus, quia socero debeat, succedere, donare videatur: sed causa improbandæ donationis prima, est matrimonium, deinde ius potestatis: vnde si in emancipando filio vel filia, vel post emancipationem filij, aut filiæ, socer nurui vel genero donauerit mortis suæ causa, vel inter viuos, proculdubio donatio valet, quia ius potestatis cessat, aut solutum est, non etiam, si id fecerit tempore exheredationis, vel post exheredationem filij, vel filiæ: tunc enim donatio non valet, quia ius potestatis manet interim, nec solutum est exheredatione. Dixi in emancipando filio vel filia, vel post emancipationem, quia si post donationem, quæ non valet ab initio, emancipauerit filium vel filiam, donationis vitium emancipatio non corrigit, *l. cum hic status, §. si consocer, hoc tit.* sicut nec diuortium postea secutum, nec mors donatarij, licet soluat matrimonium, vitium emendat donationis ante factæ, *d. l. cum hic status §. si diuortium, & l. & ideo §. 1. hoc tit.* Et multo minus id emendabit postsequuta exheredatio. Idem Papinianus subiicit hoc loco: Diuortij tamen causa omnino permissam esse donationem inter socerum & nurum vel generum, sicut inter virum & vxorem, qui cum discedunt bona gratia plerunque se mutuis muneribus afficiunt, & donatio valet, quæ ita fit diuortij causa, id est, sub tempus diuortij, non cogitatione futuri diuortij constante adhuc matrimonio. Valet igitur donatio diuortii causa facta, non tantū inter maritos, sed etiam inter socerum & nurum vel generum: valet indistincte, quia fit sub ipsum tempus soluendi matrimonii, id est, sub diuortii tempus, *l. 12. hoc tit.* Et hoc est quod Papinianus ait: *Diuortij species eadem ratione diuersa est*, diuersa scilicet est causa diuortii à causa mortis soceri. Nam ex hac causa socer nurui vel genero frustra donat, id est, in causam mortis suæ contingentis manente matrimonio, & filio vel filia superueniente. Ex illa autem causa, puta, diuortii, indistincte recte donat, & hoc ait: *In vtraque specie siue causa fieri eadem ratione.* Dices, an igitur eadem ratio efficit contrarium, an eadem ratio infirmat & confirmat donationem soceri? Sic sane, eadem in genere, nempe ratio matrimonii, sed non eadem in specie, sed contraria: in donatione mortis causa ratio constantis matrimonii, in donatione diuortii causa, ratio soluti matrimonii. Et eodem sensu dicitur in *l. inter §. sacra, de verbor. obligat. liberandi & obligandi.* Contrariorum vnam eandemque causam esse, non quidem prorsus eandem, sed eandem, si in contrarium agatur, vt ait lex 153. *de regul. iur.* in qua, *vtrumque in contrarium actum*, ait illa lex 153. vt ecce, consensus obligationem efficit & liberationem, sed obligationem consensus primus, liberationem dissensus, id est, consensus secundus & contrarius, *l. prout, de solut.* Res vna obligationem efficit & liberationem, sed obligationem res data, liberationem res reddita. Verbis item obligatio adquiritur & liberatio, sed obligatio stipulatione, liberatio acceptilatione, *l. 8. §. acceptum, ff. de accept.* Vtraque fit verbis & stipulatio & acceptilatio, & sic in specie dicti *§. sacra*, rei promissæ qualitas obligationem facit & liberationem, sed obligationem, si talis sit, vt dari possit, veluti res profana, liberationem si talis sit, vt dari non possit, veluti res sacra, & ita explicandus est hic §.

Ad §. res in dotem.

Res in dotem æstimatas consentiente viro mulier in vsu habuit. Vsu deteriores si fiant, damni compensatio non admittitur: easdem res non potest mulier sibi, quasi donatas, defendere ex illis verbis, quibus donationes ei à viro legatæ sunt, cum eiusmodi species neque donari, neque auferri videtur.

In secundo responso huius legis Papinianus docet, res æstimatas in dotem datas, etiamsi consensu mariti eas vxor in vsu habeat, non ideo minus perfecte mariti fieri quasi ex causa emptionis, vt in *l. cum post §. pen. de iure dot.* ex eodem libro, cui istud responsum commodissime coaptari potest. Igitur rerum æstimatarū, quæ datæ sunt in dotem, etiamsi eas vxor in vsu habeat, dominium perfecte marito adquiritur: & ideo, si eæ res perierint, aut deteriores factæ fuerint attritu vxoris, damnum est mariti, vt in *l. æstimata, inf. solu. matrim. l. 10. in princip. sup. de iure dot.* Nec potest maritus compensare damnum

cum dote vel cum fructibus perceptis post diremptum matrimonium, vt fit in specie *l. si constante §. pen inf. sol. matrim.* ob damnum illatum aliis rebus mariti, & ob res donatas & amotas, & impensas *l. rei. §.1. l. fructus §. ob donationes, eod. tit.* Et addit Papinianus, etiam vsu earum rerum vxori permisso, non videri eas res vxori donatas, idque apparere ex legato rerum donatarum, quod vulgari modo ita relinqui solebat: *Quæ vnius vxori dedi, donaui, l. si quando, de leg. 1.* Eo enim legato non continentur, quæ in vsum maritus vxori concessit, nisi nominatim adiectum sit, *quæque ei in vsum concessi*, in *l. vxori §. vxori, de legat. 3. l. vxori. ff. de auro & arg. leg.* Quod in vsum conceditur, inquit, Papinianus in fin. legis, *neque donari, neque auferri videtur*, neque donari à viro, neque auferri ab vxore. Nam vt non intelligitur amissum quod ablatum alteri non est, sicut recte est in Florent. scriptum, *ablatum*, non *oblatum, in l. nec vtilem, ex quibus caus. mai.* ita nec ablatum intelligitur, quod amissum, puta donatum non est. & ita sunt intelligenda hæc duo responsa.

Ad l. 42. sol. matr.

In insulam patre deportato, qui dotem pro filia dedit, actio dotis ad filiam pertinet. Post diuortium quoque patre damnato, qui dotem consentiente filia non petierat, æque dotis actio mulieris est.

PRimum responsum huius legis est, de dote filiæfam. profectitia, id est, quam pater dedit, cuius quidem dotis diuortio facto bona gratia, aut culpa mariti, vel morte mariti soluto matrimonio, certum est repetitionem patri, qui eam pro filia dedit, competere, non soli quidem, sed adiuncta persona filiæ, id est, volente & consentiente filia. Quia communis res est, & communis actio est, *l. 2. §.1. l. 3. hoc tit. l. 2. & l. filia C. eod. tit. l. Titia §. qui inuita, inf. de leg. 1. l. pater inf. ad leg. Falcid. l. qui hominem §. si gener, ff. de solut.* Et hæc quidem ita si pater viuat: nam si pater obierit ante vel post diuortium, vel ante mortem mariti, aut post mortem mariti, nondum repetita dote, soli filiæ dotis repetitio competit, etiamsi exheredata sit à patre, non competit heredi patris, vel extraneo, vel suo, puta, fratri filiæ, sed competit soli filiæ, *l. vn. §. videamus, & §. & hoc ex rei vxor. C. de rei vxor. act.* Idemque est si pater ante vel post diuortium, vel mortem viri, nondum repetita dote consentiente filia, in insulam deportatus fuerit, atque adeo expulsus ciuitate & confiscatus. Nam deportatio in insulam, est ciuitatis & bonorum amissio, & mors ciuilis, & perinde atque si pater excessisset è vita naturaliter, hoc quoque casu, cum in insulam deportatus est, Papinianus docet hoc loco dotis repetitionem soli filiæ competere, non fisco, quia dos est proprium patrimonium filiæ, *l. 3. §. ergo, de minorib. l. 16. de relig. l. 4. C. in quibus caus. pignus. tac. contr.* Proprium, inquam, patrimonium filiæ, quod neque heres, neque quasi heres aut successor patris ei auferre potest: imo ne pater quidem ipse qui dedit, inuita filia. Fiscum non sequuntur, quæ heredem non sequuntur: nam si heredem non sequuntur, consequens est, non computari ea in bonis confiscatis. Bene autem Papinian. ait: *qui dotem consentiente filia non petierat:* Quoniam, si ante deportationem patri filia consenserit, vt dotem peteret, mox deportatus sit in insulam, & ad peregrinitatem redactus atque egestatem, quasi successione actio translata est in fiscum, actio est fisci, non filiæ, & ita est proditum nominatim à Martiano in *l. 10. de bonis damnat.* quem titul. iam pridem restituimus ex Basilicis, qui valde mutilus erat. Actio autem dotis est fisci, eo casu, sicut Græci interpretes recte notant, ea conditione scilicet, vt notant ad illam l. 10. vt fiscus vice patris, quemadmodum cauetur Nouel. 97. dotem conseruet mulieri, quam recuperauit iudicio dotis, eamque mulieri quandoque restituat, vel redintegranti matrimonium, vel nubenti alii. Neque huic sentent. quidquam obstat *l. si marito §. si voluntate, hoc tit.* quæ hoc loco imposuit Accurs. quod dicat, *ad exactionem dotis dato procuratore voluntate patris & filiæ, & re iudicata secundum procuratorem, iudicati actionem postea mortuo patre dari filiæ, non heredi patris.* ergo nec datur fisco, postea damnato patre, siue mortuo ciuiliter: cui nos ita respondemus: iudicato nouari actionem dotis, iudicato nouari priorem actionem, vt est proditum generaliter in *l. 3. §. pen. C. de vsur. rei iud.* Denique actionem dotis transferri in actionem iudicati, re secundũ dotem iudicata, & licet filia consenserit patri in actionem dotis, vt ea ageret per procuratorem, non tamen consensit in actionem iudicati, non consensit patri in actione iudicati noua. Ideoque filiæ est salua actio iudicati, in quam non consensit, nec quæ permisit priorem actionem videtur etiam permisisse posteriorem & nouam, sicut in *l. si procurator meus, ff. de procur.* Si te feci procuratorem, vt ageres ex stipulatu meo nomine, & viceris, actio iudicati mihi dabitur, non tibi, quia non feci etiam te procuratorem in actionem iudicati. At similiter filia quæ consensit patri in actionem dotis, non intelligitur consensisse, nisi id probetur etiam in actionem iudicati, ideoque filiæ potius quam heredi patris dabitur actio iudicati.

Ad §. fructus.

Fructus ex prædiis, quæ in dotem data videbantur, bona fide perceptos, & mulieris oneribus ante causam liberalem adsumptos, quamuis seruam fuisse postea constiterit, peti non posse placuit. Sumptus vero necessarios & vtiles in prædia, quæ dotalia videbantur factos, compensatis fructibus perceptis, ad finem superflui seruari conuenit

SPecies hæc est: Liber homo cum aliena ancilla, quam existimabat esse liberam, errore lapsus contraxit matrimonium, & ab ea prædia quædam peculiaria forte, vel sui domini, in dotem accepit. Neque dos est, neque matrimonium: vnde quæritur an fructus ex ea quasi dote à viro bona fide percepti, & quasi in matrimonii onera, consumpti, cognito statu mulieris, & domino prædia vindicante, vt potest, *l. Proculus. ff. de iur. dot.* an domino restituendi sint fructus? Item an impensæ in res quasi dotales à viro factæ, in prædia quasi dotalia domino prædia vindicanti reputari possint? Et respondet Papinianus fructus compensandos esse cum impensis necessariis, & vtilibus factis in prædia, quæ dotalia videbantur, & si quid sit superfluum in impensis, id est, si minus sit in fructibus, plus in impensis, superfluum impensarum viro seruari per officium iudicis, vel per exceptionem doli mali, vt in *l. 23. hoc tit.* sicut fit in quolibet bonæfidei possessore, *l. sumptus, & l. emptor, de rei vindic.* exposita à nobis lib. 2. Quid vero si plus sit in fructibus, minus in impensis? An superfluũ fructuum domino reddi oportet? Respõdeo fructus extantes esse restituendos, quatenus impensas exsuperant: consumptos nõ esse restituendos, aut eorum æstimationem, vt fit in quolibet alio bonæfidei possessore, *l. certum, C. de rei vindic. l. quæsitum, ff. de acquir. rerum domin. l. 4. §. post litem, ff. fin. regun. d. l. 4. §. lana, ff. de vsurp. & vsucap.* Et hæc, si iniustum fuerit matrimonium: nam si iustum matrimonium fuerit, impensæ factæ in res dotales non compensantur cum fructibus, sed fructus omnes eius temporis, quo stetit matrimonium, cedunt lucro mariti pro oneribus matrimonii. Impensæ autem necessariæ ipso iure minuunt dotem, vel tota dote soluta imprudenter, condicuntur, vt in *l. 5. §. si dos, tit. seq.* Et vtiles impensæ repetuntur actione mandati, vel negotiorum gestorum ex Constitutione Iustiniani *de rei vxoriæ actione*, & illæ solæ impensæ cum fructibus compensantur, quæ factæ sunt fructuum quærendorum gratia in annum, non in perpetuam rerum dotalium vtilitatem, *l. fructus §. vlt. hoc tit. l. 3. tit. seq.*

Ad

Ad §. vſuras.

Vſuras numeratæ dotis ex ſtipulatu pater in matrimonio defunctæ filiæ,ſi petat:gener, qui reſiduæ dotis promiſſæ fœnus ſtipulatus eſt,ita demum ad finem vice mutua debitæ quantitatis,compenſationem opponere iuſte videtur,ſi propriis ſumptibus vxorem ſuam exhibuit. Alioquin ſi patris ſumptibus exhibita ſit,inanis vſurarum ſtipulatio compenſationi non proderit.

Tertii reſponſi ſpecies hæc eſt: Pater pro filia genero promiſit dotem certam, puta, mille, numerauit autem partem tantum, *partem*, id eſt, *quingenta*, ſtipulatuſque eſt mortua in matrimonio filia, eam partem ſibi reddi,& quo tardius redderetur vſuras certas. Contra quoque gener, de patre ſiue ſocero, quoad reſiduam dotis B partem ſoluiſſet,id eſt,reſidua quingenta,ſtipulatus eſt ſibi dari vſuras certas. Mortua in matrimonio filia pater agit cum genero actione ex ſtipulatu, dotemque numeratam petit & vſuras. Gener ei opponit compenſationem quantitatis vſurarum, quam vice mutua ſibi debet pater ex ſtipulatione reſiduæ dotis. Quæritur an iuſta ea compenſatio ſit? Et reſpondet Papinianus eſſe iuſtam, ſi modo maritus ſuſtinuerit onera matrimonii, & ſuis ſumptibus conſtante matrimonio vxorem exhibuerit. Et ſane, adeo iuſta eſt ea compenſatio, vt & iure Pontificio, quod vſuris, quantum poteſt, aduerſatur, approbentur vſuræ, quæ penſant onera matrimonii. Nam etſi eodem iure improbetur ἀντίχρησις,quia vicem vſurarum obtinet, *c.1. & cap. conteſtatus, ext. de vſur.* ἀντίχρησις,id eſt,pignus contractum ea lege, vt fructus pignoris creditor lucrifaciat vice vſurarum, nec imputet in ſortem: tamen eo iure ea conuentio approbatur,ſi dotis promiſſæ nomine marito detur C pignus eadē lege,id eſt,ἐν ἀντιχρήσει,marito,inquam,ſuſtinenti onera matrimonii *cap. ſalubriter, eod. tit.* vbi illo loco, *Non numerata dote*,velim vos emendare *numeranda dote*. Eademque ratione inuenio in *c.1. ext. de feudis*, recte beneficiarium ſiue vaſſallum dare beneficium ſiue feudum domino pignori,ea lege, vt fructus lucrifaciat,ſi modo dominus onera vaſſalli,vel ſeruitia,quæ vaſſallus obire debet,in ſe recipiat. At in ſpecie propoſita,ſi non mariti,ſed patris ſumptibus mulier exhibita & educata fuerit conſtante matrimonio,Papin.ait, inanem eſſe ſtipulationem vſurarum à genero interpoſitam, quia ineſt ei ſemper hæc conditio, ſi maritus exhibuerit & aluerit vxorē, & miniſteria eius,vt idem Papin. docuit in hoc libro in *l. cum poſt §. in domum, ſup. de iure dot.* Denique vſuræ reſiduæ dotis intelliguntur genero promiſſæ ad exhibitionem vxoris, ergo vxore non exhibita non debentur, & inanis ea ſtipulatio eſt,vt nec compenſationi proſit. Proinde vir patri præſtabit vſuras tardius redditæ dotis. Viro autem pater nullas præſtabit, vel feret expenſas.

Ad §. vltimum.

Ad virum vxore poſt diuortium reuerſa, iudicium acceptum ex ſtipulatione, quam extraneus, qui dotem dederit, ſtipulatus fuerit, non diſſoluitur, nec officio iudicis abſolutio continetur.

Notandum eſt ad hoc reſponſum, multum intereſſe mulier dotem dederit, an extraneus pro muliere. E Nam ſi extraneus dederit,& in caſum diuortij ſtipulatus ſit dotem ſibi reddi, quæ dos recepticia vocatur, diuortio facto, committitur ſtipulatio,& ex ea ſemel parta actio inuito ſtipulatore non extorquetur: ſemel acceptum ex ea iudicium non diſſoluitur, neque ipſo iure, neque officio iudicis, neque remedio actionis: licet interim pendente iudicio renouatum matrimonium fuerit, vt in *l. ſtipulatio, de iure dotium.* At ſi mulier ipſa dederit dotem, & diuortio facto bona gratia, vel ſine culpa ſua egerit de dote, quod poteſt,etiamſi nihil ſtipulata ſit, poſt reintegrauerit

A cum eodem viro matrimonium pendente iudicio dotis, iudicium dotis,etiamſi conteſtatum ſit, diſſoluitur, quod eſt in *l.19. hoc tit.* Diſſoluitur ipſo iure iudiciū rei vxoriæ, quod iam conteſtatum eſt,vt *d.l.19.* vel quod poſt reconciliationem inſtituitur, ipſo iure nullum eſt,quia iudicium rei vxoriæ eſt bonæ fidei,& iudiciis bonæ fidei tacite ineſt exceptio doli mali, *l.21. hoc tit.* vt neceſſe non ſit eam opponere. Iudicium autem ex ſtipulatu, quia olim erat ſtrictum,non ſoluitur,aut ſubmouetur ipſo iure,ſed oppoſita exceptione doli mali demum,vt in *l.13. ſup. de iure dot.* hodie ipſo iure, quia Iuſtinianus actionem ex ſtipulatu de dote fecit bonæ fidei. Ea vero lex 13. cum ſit Modeſtini ex libr. ſingul. de differentia dotis,facile credo Modeſtinum poſt verba l.13. ſubieciſſe,aliud eſſe dicendum in dote data ab extraneo: atque ita feciſſe differentiam inter dotem datam à muliere,& dotem datam ab extraneo; cuius ratio hæc eſt. Quia ius quæſitum extraneo per diuortium inuito ei mulier auferre non poteſt redintegrato matrimonio, ſicut in *l. vlt. ff. de pact.* Si per reum principalem,qui pactus eſt de non petenda pecunia,fideiuſſori eius ſit quæſita exceptio pacti,ea fideiuſſori à reo principali poſtea auferri non poteſt, ſi forte paciſcatur in contrarium de petenda pecunia, ſicut in *l.2. C. de pignor.* Si primo obligaui generaliter omnia mea bona: deinde ſecundo ſpecialiter prædium ex meis bonis, ſpecialis hypotheca non derogat generali,quia primo ex generali ius quæſitum eſt. Ius autem ſibi quæſitum mulier remittere poteſt, quod etiam remiſiſſe intelligitur redintegrato matrimonio,qua ratione etiam placet iudicium rerum amotarum ſolui redintegrato matrimonio, *l. vlt. ff. rer. amot.* Ex quo titulo etiam breuiter eſt explicanda lex 27.

Ad l.27. rerum amotarum.

Rerum amotarum actio ob adulterij crimen, quo mulier polluta eſt, non differtur.

Sententia hæc eſt, Propter adulterii crimen, quod dimiſſæ vxori intendit maritus (quia non dimiſſam non poteſt accuſare adulterii, ſed prius debet eam dimittere, deinde accuſare) non differri: iudicium rerum amotarū, quod contra eam ſemel inſtituit,aut parat inſtituere, iudicium ciuile, quia ea actio ciuilis rerum amotarum nihil præiudicat criminali. Puto hoc ſcripſiſſe Papin. de actione rerum amotarum πρὸς ἀντιδιαστολήν, ad differentiam actionis de dote, quia iudicium de dote ſane differtur propter crimen adulterii, quo poſt diuortium maritus poſtulauit vxorem, *l. adulterij, C. ad l. Iul. de adult.* quia ſcilicet actio dotis quæ ciuilis eſt præiudicat iudicio criminali. D Nam ſi iudicio dotis iudicabitur ſecundum mulierem, nempe vt dos ei reſtituatur, quaſi ſine culpa eius diuortio facto, vtique præiudicabitur, eam non eſſe adulteram, quia adultera dote mulctatur. Denique præiudicabitur iudicio criminali, quod non eſt ferendum, quia grauius eſt iudicium. Breuiter dicamus, actio de dote differtur propter crimen adulterii, non actio rerum amotarum.

Ad l.26. de teſtam. tut.

Iure noſtro tutela communium liberorum matri teſtamento patris,fruſtra mandatur, nec,ſi prouinciæ præſes imperitia lapſus patris voluntatem ſequendam decreuerit, ſucceſſor eius ſententiam, quam leges noſtræ non admittunt, recte ſequetur.

In hac lege tria ſunt reſpōſa, quæ ſola explicare liceat. Ad primum reſponſum notandum eſt: Tutelam eſſe virile, non muliebre officium, adeo vt nec matri teſtamēto patris filiorum communium tutela mandari, nec mandata decreto iudicis confirmari poſſit, nec ſi forte Præſes imperitia lapſus eam confirmauerit, decretum eius ſiue ſententia rata eſt, quia eſt cōtra leges iuraque ciuilia: nec recte fecerit ſucceſſor Præſidis, ſi eam ſententiā ſequatur

quæ ipso iure nulla est, male eam probet. Et hæc est sententia primi responsi. Ad quod notandum est: decreto tantum Principis matri postulanti tutelam filij impuberis posse mandari, idque constat ex *l. vlt. de tut. l. 2. §. quid si pater, ad Senatusconf. Tertull.* in illo loco: *Nec legitime tutelam mater administrat*, legitime, id est, ex decreto Principis, hoc sensu, vt quæ filio impuberi neque tutorem petit, neque ipsa legitime tutelam administrat, id est, ex decreto Principis, amittat ius succedendi filio impuberi. Idemque constat ex *l. 2. C. quando mul. tut. offic. fungi. poss.* Et olim quidem mater tutelam filij postulare & impetrare potuit à Principe, non nisi deficientibus testamentariis tantum tutoribus & legitimis, *d. l. 2. & l. 3. eod. tit.* hodie non nisi deficientibus testamentariis tutoribus, quia legitimis tutoribus, id est, agnatis mater præfertur, vt in hæreditatibus ex Senatusconsulto Tertulliano, sic & in tutelis, ex Nouel. 118. Verum ex supradictis ll. & aliis plerisque Nou. Iustiniani, debet prius mater, quæ affectat tutelam filiorum, renuntiare beneficio Senatusconsulti Velleiani de intercessionibus mulierum: nam auctoritas tutoris in negotiis pupilli intercessio est, *l. 15. C. de admin. tut. l. 6. C. de curat. fur.* quæ auctoritas interposita à matre inanis & inutilis esset, nisi renuntiasset Senatuscõsulto Velleiano. Debet quoque ea mater vidua permanere, alioquin tutela remouetur, idemque est in auia ex Nouella Iustin. Nulla tamen lege aut cõstitutione adhuc effectum est, vt contra hoc Papiniani responsum iure pater in testamento matri filiorum communium tutelam mandarit, vtue mandatam Prætor vel Præses iure confirmarit: sed contra nulla etiam lex vel constitutio vetat quin possit mater negotia filij gerere & attrectare, vt voluntarius procurator, vt negotiorum gestor, ex patris vltima voluntate, vt lib. 2. latius exposuimus ad *l. libert. § pen. de negot. gest.*

Ad §. honoris causa.

Honoris causa tutor datus non videtur, quem pater à cæteris tutoribus, quibus negotia gerenda mandauit, rationes accipere voluit.

HOnorarius tutor est is, qui honoris tantum, non oneris causa datus est, vt otiosus obseruaret gerentes tutelam, non gereret ipse κατὰ πημλῶ, vt ait *l. 15. §. ὁ τῆς πόλεως, de excus. tut.* Denique qui honestatur nomine tutoris, nõ munere: nam & tutelæ delatio honor est, hereditas, heredisue institutio honor est: sicut legatum honor est, eadem ratione dictus honorarius, qua in constitutionibus Codicis sæpe honorarij Prætores vel Consules, vel Quæstores, qui nudũ habent nomen honoris sine re, qui non versantur ἐν τοῖς πράγμασι, in administratione Reipubl. vnde vulgo aliam faciunt dignitatem, legitimam & ordinariã, id est, ἔμπρακτον, quæ in actione consistit, aliam honorariam, quæ nihil agit, *l. 2. C. Theod. ad l. Iul. repet.* Et honorarium vinũ quod honoris causa offertur, Cato de innocentia sua: *Cum essem in prouincia legatus quam plures ad Prætores & Consules vinum honorarium dabant, nunquam accepi ne priuatus quidem.* Honorarius autem tutor est is, quem pater à cæteris tutoribus, quibus negotia pupillaria gerenda mãdauit, rationes exigere & accipere iussit, quoniam hunc plane totum voluit versari in actione tutelæ, quem posuit supra rationes omnium, id est, totius tutelæ. Qui est honorarius tutor, debet quidem ab iis, qui negotia gerunt assidue, quod est sæpius rationes exigere, etiamsi hoc ei non iniunxerit pater, *l. 3. §. 1. de admin. tut.* Sed cum id nominatim iniunxit, vt non modo sæpius, sed in singulos actus singulorum administratorũ rationes excuteret, sane honorarius tutor non est, quæ est sentẽtia huius legis. Imo vero ex tutoribus nullus est minus otiosus, quam qui rationes exigit, tractat, dispungit, conficit, hoc est, tutelæ summum negotium, quod qui attingit, non potest non attingere & cætera omnia. Effectus autem huius legis est,

A quia honoraria tutela in numerum trium tutelarum, quæ numerus excusat à quarta tutela, non computatur, hoc est, honoraria tutela & otiosa nõn computatur in oneribus, licet quandoque ad honorarios administratorum periculum redundet, *d. §. ὁ τῆς πόλεως, & l. si quis tutor §. 1. de ritu nupt.* Item quia prius excutiendæ sunt facultates eius, qui gessit & administrauit tutelam, quam honorarij tutoris, *d. l. 3. §. 1.* Et ob id intererat scire, quis esset honorarius tutor.

Ad §. vltimum.

Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam, exheredato filio, cui tutorem pater dedit, eundem à Prætore confirmari oportet. euentus iudicatæ rei declarabit, vtrum ex testamento
B *patris, an ex decreto Prætoris auctoritatem acceperit.*

SCiendum est, patrem etiam exheredato filio, quem habet in potestate, testamento tutorem dare posse, *l. 4. hoc tit.* At finge, filium à patre immerito exheredatum, non habuisse patrem iustas causas irascendi filio, & remouendi eum hereditate sua, & filium per querelam inofficiosi testamenti patrem intestatum facere, testamentum rescindere velle. querela inofficiosi testamenti hoc iure quod obtinuit ante Nouell. Iustin. 115. rescindit omnia, quæ in testamento sunt scripta, & testatorem prorsus intestatum facit, id est, non tantum heredis institutionem rescindit, quæ solum & quasi fundamentum testamenti est, sed etiã tutelam, & legata, & fideicommissa, & libertates, & tabulas pupillares, quia re iudicata secundum filium exhere-
C datum, qui questus est de iudicio patris, totum testamentum præsumitur esse hominis male sanæ mentis, idcirco corruit totum, *l. Papin. §. sed nec impub. & §. si ex causa, & l. qui repudiantis, de inoffi. test.* At quæritur vtrum filius exheredatus, qui, cum sit pupillus solus, ex eo litigare non potest sine auctoritate tutoris, vtrum agat querela inofficiosi testamenti auctore tutore testamentario, an auctore tutore legitimo. Finge patruum filio extare legitimum tutorem futurum ab intestato: videtur testamentarius auctor esse non posse, quandiu testamentum in ea causa est, vt rescindi possit per querelam: videtur etiam legitimus auctor esse non posse, quandiu spes est, vt iudicetur secundum testamentum contra filium exheredatum. sed quia potest etiam testamentum non rescindi filio non obtinen-
D te in querela, & contra, potest etiam rescindi filio obtinente, sub incerto tutius est eundem tutorem, qui testamento datus est, non per se auctorem fieri ad eam litem, sed ex decreto Prætoris pupillo dari. *Dari* ait lex proxima quæ sequitur, hæc lex, *confirmari*: nam & qui cõfirmat, dat, *l. pen. § sed cum veteres, C. de necess. hered.* Dari igitur & confirmari à Prætore tutorem testamento datum ad ordinandam litem inofficiosi testamenti, vt, quemadmodum ait lex proxima, sine vllo præiudicio iustus tutor auctor pupillo ad eam litem fiat. Iustus autem tutor, antequam de iure testamenti iudicetur & de meritis filii exheredati, interim sane est testamentarius, cum aditam esse hereditatem defuncti ex eo appareat, quod agatur querela inofficiosi testamenti, quæ non nascitur ante aditam hereditatem, *l. Papinianus, § si conditionis, de inoffic. testam.* Et hoc
E distat à bonorum possessione contra tabulas, quæ datur filio præterito, non exheredato, & datur vt vulgo dicebant Iurisconf. *contra tab. contra testamentum*, contra lignum, etiam ante aditam hereditatem nullo ex tabulis testamẽti existente herede, *l. illud, & l. quod vulgo, de bon. possess. contra tab.* Euentus autem istius iudicii de inofficioso testamento, vt subiicit Papinianus, declarabit, is qui auctor ad eam litem pupillo fuit, vtrum ex testamento, quo scriptus est & institutus tutor, an ex decreto Prætoris, quo confirmatus est, auctoritatem acceperit. Si non vicerit filius exheredatus, ex testamento videbitur tutor auctoritatem accepisse: si vicerit, ex decreto Prætoris ad eam litem tantum. Nam testamento rescisso per querelam, pro-

euldubio ei ſuccedit legitimus tutor, vt in *l. ſi filiæ, hoc tit. l. ſi impuberi, de tut. & cur. datis.* Non eſt omittendum, hodie nullum eſſe locum quæſtioni propoſitæ in hoc §. quia ex ſupradicta Nouella Iuſtin. teſtamento reſciſſo per querelam, cætera firma manent, cætera omnia indiſtincte, hoc enim eſt verius, id eſt, tutela, legata, fideicommiſſa, libertates, ſecundæ tabulæ, ſola heredis inſtitutio reſcinditur. Itaque in quæſtione propoſita tutor teſtamentarius plane auctor eſſe poteſt filio exheredato agenti querela inofficioſi teſtamenti, nec indiget confirmatione Prætoris, aut Præſidis, quia etiam reſciſſo teſtamento, tutor manet, & hoc eſt quod dicitur vulgo: *Ex cauſa exheredationis ſiue præteritionis, quæ ſcilicet pro exheredatione habeatur,* vt ſi mater vel auus maternus ſilentio præterierit filium vel filiam, id eſt, ſi neque inſtituerit, neque exheredauerit nominatim, ſolam inſtitutionem vitiari: cætera quæ ſunt ſcripta in teſtamento, manere: nam ea Nouella pertinet tantum ad exheredationem vel præteritionem, quæ pro exheredatione eſt, non etiam ad veram præteritionem, vt ſi pater filium præterierit, quo caſu totum teſtamentum corruit, & reſcinditur per bonorum poſſeſſionem contra tab. exceptis legatis quibuſdam, quæ certis perſonis relicta ſunt, puta, liberis, aut parentibus, aut vxori vel nurui dotis cauſa, ex edicto de legatis præſtandis.

Ad l. 28. eod.

Qui tutelam teſtamento mandatam excuſationis iure ſuſcipere noluit, ab his quoque legatis ſummouendus erit, quæ filiis eius relicta ſunt: modo ſi legata filij non adfectione propria, ſed in honorem patris meruerunt.

IN *l. 28. de teſtamen. tutel.* ſunt tria reſponſa. Ex primo intelligimus: tutorem filio impuberi teſtamento datum, ſi, cum in arbitrio eius eſſet, vti vel non vti excuſatione, & immunitate ſua, quã forte habet, nec prohiberetur legibus omiſſa excuſatione vltro tutelam ſuſcipere, maluerit tamen ſe excuſare à tutela, indignum eſſe legato, quod ei eodem teſtamento relictum eſt, quia niſi aliud euidenter teſtator expreſſerit fidei remunerandæ cauſa, & quo libentius tutelam ſuſciperet, legatum ei vt tutori relictum videtur, *l. 33. inf. de excuſ. tut.* Quamobrem ſi repudiat onus tutelæ, indignus eſt emolumento legati, quo prouocatus eſt ad tutelam ſuſcipiendam: nec quidquam ad rem facit quod ſe excuſauit. Id vero legatum, quamuis ei veluti indigno auferatur, tamen non cadit in fiſcum, vt plerunque ſolent ab indignis legata hereditateſque transferri in fiſcum, ſed transfertur in pupillum, cuius vtilitatem tutor deſeruit repudiata tutela iure excuſationis, *l. 5. §. amittere, de iis quibus vt indig. l. pen. C. de leg.* quod ita accipi debet, ſi pupillus patri ſuo heres extiterit, alioquin pupillo exheredato, legatum non transfertur in pupillum, ſed in heredem patris etiam extraneum, *l. tutor petitus §. 1. de excuſ. tutor.* Hoc autem loco Papinian. oſtendit, tutorem, qui ſe excuſat tutela, non tantum repelli à legato, quod ei relictum eſt, ſed etiam ab eo, quod filiis eius relictum eſt, modo ſi relictum fuerit in honorem eius, & contemplationem & gratiam, non propria adfectione filiorum, quia & hoc quoque ei relictum videtur, quod eius contemplatione filiis eius relictum eſt, vt dos profectitia intelligitur, non tantum quæ data eſt à patre, ſed etiam, quæ data eſt ab extraneo contemplatione patris, *l. 5. §. 1. de iur. dot.* Seneca 5. de Benef. *Sed vt tanquam Iuriſconſultus reſpondeam, mens ſpectanda eſt dantis beneficium: Ei dedit, cui datum voluit, ſi in honorem patris dedit, pater accepiſſe videtur beneficium.* Iiſdem verbis Papin. hoc loco: *Modo ſi legata filij non adfectione propria, ſed in honorem patris meruerunt.* Ad hæc præter eos caſus, qui vulgo notantur, quibus tutor, quamuis tutela ſe excuſauerit, non repellitur à legato, ſibi vel ſuis, ſui contemplatione relicto, puta, ſi per eum culpamue eius non fiat, quo minus tutelam adminiſtret, vel ſi non ei vt tutori, ſed alia adfectione legatum relictum ſit, qui caſus & à me ſupra ſubnotati ſunt. Notandus eſt alius caſus, quem vulgo non animaduertunt, quo etiam tutor qui ſe excuſauit non repellitur à legato, videlicet, ſi antequam repelleretur pupillus deceſſerit. quod *l. amiciſſimos, inf. de excuſ. tut.* ſignificat his verbis ex contrario ſumptis: *Si adhuc viueret pupillus.* Et ratio eſt aperta, quia non ante legatum amittit, quam ei auferatur, & cauſa auferendi ſublata eſt morte pupilli. Eadem *l. amiciſſimos* oſtendit, non repelli eum tutorem à ſubſtitutione pupillari, ſi pupillo ſuo ſubſtitutus fuerit in hunc caſum, ſi impubes deceſſerit: quia *non eſt veriſimile* (vt ait:) *tunc demum eum teſtatorem ſubſtituere voluiſſe, ſi & tutelam ſuſcepiſſet,* cum ſubſtitutionem illam contuliſſet in caſum finitæ tutelæ, id eſt, in caſum mortis pupilli. Sed recte animaduertit primus Ludouic. Rom. in conſilio 207. hoc hodie poſt Nouell. Theod. de tutorib. cuius pars eſt in *l. ſciant, C. de legit. hered.* ita verum eſſe, vt non excidat ſubſtitutione pupillari, ſi ſubſtitutus, qui ſe excuſauit tutela, alium tutorem pupillo petierit, & dari curauerit intra annum viuo pupillo. Verum, inquam, eſt, vt non excidat ſubſtitutione pupillari, ſi tutorem pupillo petierit, alioquin excluditur ſubſtitutione pupillari, *d. l. ſciant.* Verum quod idem Romanus ait, repelli quoque eum à ſubſtitutione precaria, id eſt, à fideicommiſſaria hereditate, relicta in eundem caſum mortis pupilli, & repelli, non quod non petierit ei tutorem, ſed quod recuſauerit onus tutelæ. Quantum ad illam rationem, fateor eum non repelli ea ratione à ſubſtitutione precaria, ſiue fideicommiſſaria hereditate, *l. vlt. inf. qui pet. tut.* Nec enim ob non petitum tutorem amittit quis bona patris quæ deferuntur ſubſtitutione precaria, ſed bona pupilli tantũ ex conſtitutione Seueri, quæ certum eſt deferri ſubſtitutione directa, quam pupillarem appellamus. Quantum vero ad hãc rationem non ſuſceptæ tutelæ Romani nos ſcriptura fallit, quia hæc ratio repellit tutorem tantum à præſenti lucro, à præſenti legato, quo inuitatus eſt ad tutelam ſuſcipiendam, non à lucro futuro poſt tutelam finitam, id eſt, poſt mortem pupilli, quia non eſt veriſimile, id ei relinqui huius rei cauſa, quod etſi dicta *l. amiciſſimos,* ponat tantum in ſubſtitutione directa, tamen eadem ratio interuenit in precaria, de qua dixi ante, quia vtraque confertur, in tempus mortis pupilli. Præterea quod idem auctor ſcribit, hodie tutorem, qui ſe excuſat, etiam legatũ amittere, quod ei non vt tutori relictum eſt, quo magis tutelam obiret, ſed alia adfectione, contra quam traditum ſit in *l. tutor petitus §. 1. & l. Neſennius, & l. ſeq. inf. de excuſat. tut.* Quod, inquam, ait tutorem, qui ſe excuſat, omne legatum amittere quacunque affectione relictum, etiamſi relictum ſit vt cognato, non vt tutori, non fidei remunerandæ cauſa: id ait ſe dicere propter primam Nouellam Iuſtiniani, quæ non tantum heredis, ſed etiam legatarij & fideicommiſſarij non obtemperantis voluntati teſtatoris, contumaciam ita punit, & indeuotionem ita mulctat, vt indignum eum faciat hereditate, legato, fideicommiſſo. quod ita ſtatuit propter eam Nouellam, id vitioſum eſt, quia ea Nouella punit tantum eos, qui legata aut fideicommiſſa, aut libertates aliis relictas, poſt admonitionem iudicis intra annum ſoluere detrectant, non eos, qui onus ſibi iniunctum veluti tutelam ſuo priuilegio ſubnixi, refugiunt, quia hoc faciunt iure publico, vt ait *l. Iuriſperit. §. vlt. de excuſ. tut.* Legatorum vero, aut fideicommiſſorum, aut libertatum præſtationem nullo iure refugere poſſunt. Itaque horum ſeparata ratio eſt, in quibus tamen ille vult idem ius ſeruari. Et præterea Nouellæ conſtitutiones ſemper ſunt ſtrictius accipiendæ, certe nunquam porrigendæ ad caſus, quorum ratio ſit diuerſa, vt in propoſito iam ſatis oſtendi eſſe diuerſum: quia tutelam refugio meo iure, meo priuilegio, & iure publico fretus, legatorum aut ſimilium præſtationem nullo iure refugio. In hunc errorem, & illum, & Bartolum, & Doctores omnes primus induxit Iacobus Beluiſius ſummus aretalogus & commentator Nouellarum.

Ad §. verbis.

Verbis fideicommissi manumissus, non iure tutor testamento datur: post libertatem itaque redditam, ex voluntate testatoris ad tutelam vocatur.

AIt in hoc responso, seruum proprium vel alienum, cui relicta est libertas verbis fideicommissi pure, testamento tutorem datum filio impuberi, non iure datum. Cur? quia scilicet, cum tutor detur verbis directis veluti: *ille tutor esto, illum tutorem do, l. 1. titul. seq.* & Theophilo auctore in tit. *qui testament. tut. dar. poss.* & ab ipso testatore tutor protinus proficiscatur, vt ait lex 7. hoc tit. eo modo quem proposui, tutela seruo defertur, antequam ei libertas obtigerit, quod fieri non potest, quia seruus iustus tutor non est: ergo etiamsi postea ab herede præstetur fideicommissaria libertas, quæ relicta est, non iure datus tutor videbitur, quia vitium tutelæ dationis, quod fuit initio, non emendatur ex post facto obtingente libertate, sed nihilominus *ex voluntate testatoris ad tutelam vocabitur.* Quibus verbis vt in §. vlt. Papinian. significat, eum post acceptam libertatem ex causa fideicommissi confirmandum esse tutorem decreto Prætoris. Confirmatio sequitur voluntatem defuncti, & corroborat quod ab initio non valebat. Et sane ita est: *Omnem non iure datum tutorem indigere confirmatione.* Et ita est accipiendus hic §. non esse iure datum: ergo indigere confirmatione, hoc necessario consequitur. Et idem opinor esse, si seruus sine libertate tutor datus sit, quia etsi huic quoque tacite videatur relicta fideicommissaria libertas, *l. si hereditas §. vlt. hoc tit. l. etsi non adscripta, C. de fideicom. libert.* tamen non iure datus tutor videtur. At obseruandum est maxime hoc interesse, tutor datus sit sine libertate, an adscripta libertate fideicommissaria: quia ex tutelæ datione non præsumitur data vlla libertas, cum expressim data est fideicommissaria, quia vt vulgo dicitur, expressum facit cessare tacitum, in *l. cum ex filio §. filio, de vulg. subst.* Et merito reprehenditur Accursius, qui hoc loco: *Cui etiam nominatim data fideicommissaria libertate, seruo tutori dato*: in eodem adsumit directam libertatem ex tutelæ datione. Et in cæteris quoque omnibus Accursij glossa in hunc §. ineptissima est, ideoque deleatur tota. At si seruus tutor datus sit sine libertate, si sit proprius seruus testatoris, potest defendi ex tacita voluntate testatoris, directam libertatem ei competere, vt in §. 1. *Instit. qui testam. tut. dar. poss.* Quā si adserat sibi atque vindicet, iure tutor datus videbitur, sed si adserat sibi fideicommissariam libertatem proprius, non alienus seruus, non iure tutor datus videbitur, & confirmatione indiget: est in arbitrio serui proprij testatoris, vel hanc vel illam sibi libertatem adserere & defendere, vt fit in specie *l. si quis seruo, ff. de manu. testam.* Quod Thalæleus sentit in dicta *l. etsi non adscripta*, dum ait, *Eum qui abnuit fideicommissariam libertatem non continuo abnuere directam, & vtrius maluerit seruo proprio adsertionem esse.*

Ad §. vltimum.

Impuberi liberto patronus frustra tutorem dabit: sed voluntatem eius, si fides inquisitionis congruat, Prætor sequetur.

IN tertio responso ponitur alius casus, quo tutor non iure datus ex inquisitione confirmatur decreto Prætoris, habita inquisitione prius de moribus & facultatibus, vt si liberto impuberi patronus tutorem dederit, quod iure non facit, quia patri tantum habenti filium in potestate lex duodecim Tabul. permisit tutoris dationem. Et hoc est quod ait *l. impuberi, de adminis. tut.* Tutelam testamento mandari iure patriæ potestatis. Sed is tamen, quē patronus tutorem dederit liberto impuberi, si fides inquisitionis congruat, confirmabitur decreto Prætoris.

A Quod ita est accipiendum, si patronus libertum heredem instituerit, & quasi in rem magis, quam in personam tutorem dederit, vt *l. 4. tit. seq.* non si exheredauerit, quia nec à matre tutor datus. filio exheredato siue præterito confirmatur *l. 4. hoc tit.*

Ad l. vltim. ad legem Iuliam de adulteriis.

Defuncta quoque socru, gener incesti postulabitur, vt adulter post mortem mulieris.

SEntentia hæc est: Vt post mortem mulieris adulteræ, adulterij accusari potest à quocunque marito vel extraneo, siue mulier mortua sit in matrimonio, siue in diuortio, *l. similes, §. adulter. l. vim §. in matrimonio, hoc tit.* Ita B post mortem socrus gener, post mortem nurus vitricus, post mortem nouercæ priuignus, incesti accusari potest. Et quamuis in aliis multæ sint & magnæ differentiæ inter adulterium & incestum, puta quod incesti commune crimen aduersus duos simul intentari possit, non adulterij, *d. l. vim §. duos, & §. seq.* Quod in crimine adulterij serui torqueantur in caput domini, non in crimine incesti, *l. 4. & l. 17. de quæstion.* Quod crimen adulterij tollatur præscriptione quinquennij, incesti, non nisi præscriptione communi vicennij, *d. l. vim §. præscript.* Quod ignorantia iuris ciuilis excuset incestum, iuris naturalis adulterium nunquam, quia iure naturali probrum est, & ius naturale nemini licet ignorare, *l. adulterum, hoc tit.* Hac tamen in re qua de agitur in *l. vlt.* vt ex ea patet, hæc duo crimina C nihil inter se distant, quia generaliter proditum est, crimine, quod duorum est aut plurium commune, extincto in persona vnius (extinguitur autem morte) non extingui in persona alterius, *l. 1. C. si reus vel accus. mort. fuerit.* Ex locis autem ex quibus alij Iurisconsulti ex hoc libro Papiniani testimonia sumunt, restat vnus tantum in *l. Papinianus, ff. loc.*

Ad §. Papinianus. l. 15. locati.

P*apinianus libr.* 4. *responsorum ait, si vno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit vbertas; nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem, etiam eius anni quo remisit exigendam. Hoc idem* D *& in vectigalis damno respondit. Sed & si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum: quasi non sit donatio, sed transactio. Quid tamen si nouissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? Verius dicetur etsi superiores vberiores fuerunt, & scit locator, non debere eum ad computationem vocari.*

INitio ostendit aliquando propter sterilitatem agri, quā vocant ἀφορίαν, sterilitatem anni, colono pensionis dandam esse remissionem, quam nos appellamus *Rabais.* Est verbum iuris, Columella primo de re rustica, cap. 7. *Nam vbi sedulo cogitur ager, plerunque compendium, nunquam (nisi si cæli maior vis, aut prædonis incessit) detrimentum* E *affert, eoque remissionem colonus petere non audet.* Plin. 9. Epist. 37. *Nam priore lustro, quanquam post magnas remissiones, reliqua creuerunt.* Et 10. epist. 24. *Præterea continuæ sterilitates cogunt me de remissionibus cogitare.* Datam autem vno anno remissionem propter sterilitatem Papin. respondit, nihil nocere eam remissionem domino, si sequentibus annis contigerit vbertas, quæ superioris anni sterilitatem & damna compenset: sed hoc casu, domino esse integram petitionem totius pensionis superioris anni, vt in *l. licet, C. eod. tit.* Et subiicit Papin. idem esse in vectigalis damno, id est, si propter sterilitatem prædii emphyteutici dominus emphyteutæ vectigalis, id est, canonis emphyteutici remissionem dederit, Basilica loco illorum verborum, *Idemque est in vectigalis damno*, aiunt, τὸ τοιγὰρ κὴ ἐπὶ ἐμφυτευτικοῦ ἐστιν. Ad §. 9. leg. 19. loc. vide sup. ad *l. 4. de officio adsess.*



IACOBI CVIACII IVRIS CONSVLTI COMMENTARIA in Lib. V. Reſponſorum Æmilij Papiniani.

Ad l. 6. de confirm. tut. vel curat.

Si filio puberi pater tutorem, aut curatorem dederit: contra inquiſitionem prætor eos confirmare debebit.



HVius legis verba ſecundum Florentinam editionem, qua nulla eſt melior, hæc ſunt: *Si filio puberi pater tutorem, aut impuberi curatorem dederit*: Recte: verum plenior eſſet oratio, ſi dixiſſet, *aut impuberi, vel puberi curatorem*: denique hoc modo: *Si filio puberi pater tutorem, aut impuberi vel puberi curatorem dederit*: nam ita ſe res habet. Pater vel auus paternus filio puberi vel nepoti puberi, non iure dat tutorem in teſtamento, quia lex XII. tabul. à qua parentes virilis ſexus, & per virilem ſexum deſcendentes, qui liberos habent in poteſtate, acceperunt ius dandi tutoris, ea lex ſentit de tutore dando liberis impuberibus ætate paruis, qui per ætatem ſe defendere nequeunt, non de tutore dando puberibus: ergo puberibus iure non dantur tutores, quia tutoris datio iuris eſt, ſiue legis, nec quicquam licet vltra fines lege præſcriptos de dandis tutoribus. Non dant etiã parentes liberis impuberibus vel puberibus iure curatorem in teſtamento, *l. peto § . mater, de leg.* 2. Quia lex XII. tabul. de tutore teſtamento dando loquitur, non de curatore, de tutela, non de curatione, illo loco: *tutelaue ſua rei.* Proinde tutor quidem vel eſt teſtamentarius, vel legitimus, vel datiuus: curator autem vel legitimus, vel datiuus, nullus teſtamentarius. Et ſicut in *l. ventri, de tut. & cur. dat.* dicitur, ideo ventri magiſtratum curatorem dare poſſe, non tutorem, quod de curatore conſtituendo edicto prætoris comprehenſum ſit, videlicet in titulo de ventre in poſſeſſionem mittendo: Et vero in edicto prætoris non potuit comprehendi, de tutore dando, vel conſtituendo, quia neque directo heredem prætor, neque tutorem facere poteſt, vel confirmare per ſe ſolus, ſed vt bonorum poſſeſſorem pro herede habet, ſic curatorem pro tutore. Et ad eundem modum dicimus, ideo curatorem teſtamento neque impuberi, neque puberi iure parentem dare, quia lex XII. tabularum tutorem tantum dare permittit, *l.* 1. *&* 20. *ſup. tit. prox.* Summa hæc ſit: non iure dari teſtamento patris tutorem filio puberi, ſed impuberi tantum, quem habet in poteſtate: non iure item dari curatorem teſtamento puberi vel impuberi: verumtamen non iure datum tutorem vel curatorem confirmari poſſe decreto prætoris vel præſidis, id eſt, cauſa cognita: neque enim prætor ſemper ſequitur voluntatem patris, non ſemper confirmat tutorem vel curatorem non iure datum à patre, *l.* 8. 9. 10. *hoc tit.* ſed aliquando reiecto tutore, vel curatore à patre non iure dato, alium tutorẽ deficiente legitimo conſtituit, vt in *l.* 39. §. 1. *&* 2. *de admin. tut.* quæ eſt ſecunda lex huius libri. Denique non confirmat temere prætor tutorem, vel curatorem non iure datum à patre, non ſine decreto. At confirmat ſane eum ſine inquiſitione, *l.* 1. *hoc tit.* Eadem ratione & ſine ſatiſdatione rem pupilli ſaluam fore, eum ad tutelæ adminiſtrationem admittit, *l.* 3 *hoc tit.* Ratio hæc eſt, quæ traditur in Inſtitutionibus *tit. de ſatiſd. tut.* quia fides & diligentia eius ſatis ab ipſo parente approbata eſt, vt de ea nihil amplius inquiri oporteat, vel caueri ſatiſdato. & recte *l. amiciſſimos inf. de excuſat. tut.* ait, parentes, id eſt, patrem, auum, proauum, patronum amiciſſimos & fideliſſimos tutores liberis eligere ſolere. Longe alia eſt conditio matris & parentum, qui per matrem coniuncti ſunt, vt aui, proaui materni, quoniam ab iis liberis nunquam iure datur tutor vel curator, ſed neque datus confirmatur ſine inquiſitione, *l.* 2. *hoc tit. l.* 4. *ſup. tit. prox.* Cur ita? an propter reuerentiam debitam patri? minime. Primum enim reuerentia debetur matri, & æque præſtanda eſt omnibus parentibus cuiuſcunque ſexus & gradus, ſiue cognationis, non propter reuerentiam patri debitam (vt quidam inſanus ait.) Nam omnibus parentibus debetur reuerentia. Deinde hanc reuerentiam obſeruant liberi, non magiſtratus, ex quorum inquiſitione & arbitrio, non iure dati à parentibus tutores vel curatores confirmantur. An igitur, vt certatim volunt Gloſſæ & commentarij omnes, propter infirmitatem conſilij & iudicij mulieris, quaſi non valeat mater conſilio ſatis ad tutorem filiis eligendum? Et hanc quoque repudio rationem: nam & idem quod in matre, ius eſt in auo aut proauo materno, in parentibus lineæ maternæ: & conſilium quoque matris, hac in re non admodum improbari ex eo apparet, quod à tutore, quem illa dederit, ſi modo per inquiſitionem idoneus ſit pronuntiatus, ſatiſdatio non exigitur, *l.* 2 *hoc tit.* ſicut nec ab eo, quem pater dederit. Ratio differentiæ verior hæc eſt, quia maiores noſtri plus ſemper tribuerunt iudicio & decreto eorum, qui poteſtatem habuerunt in liberos, quaſi iure ſuo & imperio decernerẽt quidquid præceperint, voluerint, quidquid præceperint de pecunia & tutela ſuæ rei, vt nec fas eſſet magiſtratui temere ab eo recedere, quod ipſi decreuiſſent, non magis quã à legibus ipſis: huiuſque iuris veſtigium remanere aliquod etiam ſoluta poteſtate & agnitione per emancipationẽ, quia & filio emãcipato datus tutor à patre, qui iure non datur, cum non ſit in poteſtate dantis, confirmatur tamen ἁπλῶς, id eſt, ſine inquiſitione, §. *vlt. Inſt. de tut. l. Neſennius, de excuſ. tut.* Et quod maxime notandum, cum finita patris adoptiui poteſtate per emancipationem, dicatur ex priſtino iure nullum veſtigium retineri, *l. in omni, de adop.* hic è contrario demonſtrat, finita poteſtate patris naturalis, ex iure priſtino quædam veſtigia retineri. Et ſane iure prætorio ius ſucceſſionis retinetur, finita poteſtate patris naturalis, non adoptiui, §. *minus, Inſt. de hereditat. quæ ab inteſt.* Et non tantum per filiumfam. ſed etiam per filium emancipatum recte pater ſeruum ſuum manumittit. Et fingitur idem eſſe homo, quod ad manumiſſionem attinet, non tantum pater & filiusfamil. ſed etiam pater, & filius emancipatus, tametſi ſolutum ſit vinculum poteſtatis, *l.* 1. §. *vlt. C. comm. de ſucceſſ.* Et hoc quoque retinetur, quo de agimus, vt tutor à patre datus filio emancipato ſine inquiſitione confirmetur, perinde ac ſi filiofamil. non iure datus eſſet. Non omittam in hoc tractatu de confirmando tutore, maxime notandum eſſe, confirmatos tutores teſtamento datos etiamſi datiui potius eſſe cenſeantur, quam teſtamentarij (quia qui confirmat, dat, vt diximus in *l.* 26. §. *vlt. ſup tit. prox.*) tamen pro teſtamentariis haberi, & ideo legitimos tutores excludere, vt in *l.* 3. *hoc tit. & d. l.* 26. §. *vlt.*

Ad l. 3, de admin. & per. tut.

Tutores qui poſt finem tutelæ per errorem officij durantes rerum adminiſtrationem retinuerunt: nominum paternorum periculum, quæ poſt pubertatem adoleſcentis idonea fuerunt, præſtare cogendi non erunt: cum actionem inferre non potuerunt.

IN hac lege ſunt plurima reſponſa. Primi reſponſi ſpecies hæc eſt: Tutor extraneus poſt finem tutelæ, id eſt, poſt pubertatem adoleſcentis ſiue pupilli quondam, per errorem forte, dum putat officium ſuum protendi vltra pubertatem, in rerum adminiſtratione perſeuerauit. Quæritur an agnoſcat & præſtet periculum nominum pater-

norum, id eſt, quæ fecit & contraxit pater pupilli, cui A pupillus heres extitit, ſi ea nomina deteriora facta ſint, poſt finitam tutelam pubertate pupilli, facultatibus ſcilicet lapſis debitoribus patris poſt finitam tutelam, qui tempore finitæ tutelæ in facultatibus idonei & locupletes: & ſi quidē tutor non perſeueraſſet in adminiſtratione, proculdubio periculo eximeretur, poſt finem tutelę nominibus factis deterioribus, *l. cum poſt mortem in princ. inf. hoc tit.* At in propoſita ſpecie, quia in adminiſtratione perſeuerauit, quia rerum adminiſtrationem retinuit poſt pubertatem pupilli, hoc magnam dubitationem facit, & nihilominus Papin. eum, etiamſi poſt pubertatem perſeuerauit in adminiſtratione, eximit periculo nominum paternorum, ſi modo tempore finitæ tutelæ debitores paterni, idonei & locupletes fuerint. Et ratio Papiniani hæc eſt, quia non poteſt ei imputari, quod debitores paternos poſt finitam tutelam non exegerit, cum eos non potuerit exigere finito officio tutelæ, nec adſumpto alio officio nouo curatoris, vel procuratoris, actionem, inquit, non potuit inferre: nullam exigendi facultatem habet qui nullam actionem intendere poteſt, *l. 6. §. vlt. de neg. geſt.*

Poſui initio tutorem fuiſſe extraneum, non abs re: nam ſi fuit cognatus pupillo vel affinis, vel libertus, in eo ceſſat Papiniani ratio, quia etiamſi nullum ſit ei iniunctum officium, quod tribuat adminiſtrationem rerum pupilli vel adoleſcentis, tamen finita tutela, ſine mandato potuit agere aduerſus debitores pupilli præſtita cautione de rato, *l. ſed & hæ perſonæ, ff. de procur.* Et ideo imputatur ei, ſi non egerit aduerſus debitores pupilli, cuius ſua ſponte negotia adminiſtrabat poſt finitam tutelam, *l. 8. ſup. de neg. geſt.* Quod & Accurſius recte notauit hoc loco, ratio eſt euidens. Obſeruandum eſt etiam Papin. loqui de nominibus paternis, id eſt quæ pater pupilli fecit, *de ce qu'il luy eſtoit deu.* Nam ſi ea nomina fecerit tutor ipſe, quocunque tempore deteriora fiant, in poteſtate adoleſcentis eſt, ea non agnoſcere, vt periculum ad tutorem pertineat, qui ea contraxit, *l. cum quæretur, ſup. hoc tit.* Item obſeruandum eſt, Papin. loqui de nominibus paternis, quæ vt ait, *poſt pubertatem adoleſcentis idonea fuerunt*, id eſt, de debitoribus paternis, qui poſt pubertatem adoleſcentis idonei fuerunt, ſiue qui aliquandiu idonei fuerunt eo tempore, quo pupillus adoleuit, aut pubes factus eſt, id eſt finitæ tutelæ tempore, ſed poſtea deſierunt eſſe idonei. Nam ſi durante tutela idonei eſſe deſierunt, ceſſante tutore, dolo malo vel nimia negligentia, nec exigente debitores paternos, proculdubio periculum pertinet ad tutorem, *l. 2. C. arbit. tut. l periculum, de reb. cred. l. vlt. §. pen. de adminiſt. rerum ad ciuit. perti.*

Ad §. curator.

Curator à patre teſtamento datus impuberis negotiis ſe per errorem immiſcuit: poſtea à prætore tutoribus aliis datis, periculum futuri temporis ille, qui poſtea nihil geſſit, non præſtabit.

Repetamus memoria primum, quæ diximus in *l. 6. de confir. tut.* non iure dari curatorem impuberi teſtamento patris, imo nec puberi. At finge: datum curatorem impuberi teſtamento patris per errorem, dum ſe iure datum putat, ſecundum voluntatem patris ſe negotiis pupilli immiſcere, poſt non confirmari quidem eum à prætore, ſed alium tutorem pupillo dari: an ſi alio tutore pupillo dato, curator ille hoc cernens continuuo deſerat negotia pupilli, quibus ſe immiſcuerat per errorem, an futuri temporis periculo, quo nihil geſſit, adſtringitur? Et reſpondet Papin. non adſtringi, quia eum ab adminiſtratione Prætor excluſit ſubſtituto alio tutore ſiue adminiſtratore præteriti temporis, quo geſſit negotia impuberis, antequam alius tutor daretur: non eſt dubium periculum ad eum pertinere, ſi quid male geſſerit. quod ſi antequam alius tutor daretur, ſuum errorem ille curator cognouerit, & ideo errore comperto mox deſeruerit negotia pupilli, quæ cœperat attingere, in §. *ſeq.* oſtenditur.

Ad §. qui ſe negotiis.

Qui ſe negotiis impuberis non iure tutor datus, ſecundum patris voluntatem immiſcuit, errore comperto tutorem à prætore conſtitui conſultius petet, ne forte, ſi rem cœptam deſeruerit, fraudis vel culpæ cauſa condemnetur, non idem ſeruatur, ſi quis vltro negotium alienum geſſerit, cum ſatis abundeque ſufficiat, vel in vna ſpecie per amici laborem domino conſuli. B

In hoc §. oſtenditur: eum doli vel culpæ nomine teneri, ſi tutorem non petierit à prætore conſtitui in locum ſuum, ſi alio tutore non petito negotia deſeruerit, quæ cœperat. Et ea re eleganter Papinianus in §. *hoc* docet, differentiam eſſe inter eum, qui quaſi curator ex neceſſitate officij ad aliena negotia accedit, & amicum voluntarium, qui vltro ſucipit gerenda aliena negotia. Quoniam hic, id eſt, negotiorum geſtor, ea deſerere quandoque impune poteſt, etiam non ſubrogato alio in locum ſuum, *quia*, inquit, *ſatis abundeque ſufficit vel in vna ſpecie per amici laborem domino conſuli.* Quæ verba ipſi Imperatores vſurpant, vt aſſiduè Papin. verba vſurpant tanquam principis Iuriſconſultorum in *l. tutori, C. de neg. geſt.* Curator autem vel quaſi curator, non poteſt negotia, quæ cœpit, deſerere, non ſubrogato alio, nec intermittere: huic neceſſitas officij & muneris, vt ait *d. l. tutori*, finem adminiſtrationis facit. finis autem eſt legitima ætas: illi autem, id eſt negot. geſtori finem adminiſtrationis facit propria voluntas, videlicet vt Græci interpretantur, εἰ μὴ ἐθέλει, puta, ſi non omnia negotia amici abſentis ad curam ſuam reuocauerit, ſed quæ ſederent animo ſuo. Geſtori eſt liberum ſcindere adminiſtrationem rerum alienarum, non tutori vel curatori, vel procuratori ex mandato generali. C

Ad §. heres.

D *Heres inſtitutus qui non habuit ſubſtitutū priuſquam hereditatem adiret quam impuberi reſtituere debuit, vita deceſſit. Cum hereditas in Italia eſſet, ſcriptus autem heres in prouincia vita deceſſiſſet, tutores prouincialium rerum culpæ nomine condemnandos exiſtimauit: ſi cauſam teſtamenti non ignorantes vtilitatem impuberis deſeruerunt: nam hereditatis in prouincia fideicōmiſſo reſtituto, cauſam quidem iuris expediri potuiſſe, rerum autem adminiſtrationem ad eos recidere debuiſſe, qui tutelam in Italia ſuſcepiſſent.*

Species huius §. hæc eſt. Quidam L. Titium, qui domicilium habebat in prouincia Lugdunenſi, ex aſſe heredem inſtituit, atque ita ei coheredem non dedit, quia E inſtituit ex aſſe, nec ei etiam directo ſubſtituit quemquam, ſed ab eo petiit verbis precariis, verbis fideicommiſſi, vt reſtitueret hereditatem Mæuio, qui erat impubes, agebat ſed pluribus tutoribus, quoniam erat locupletiſſimus & ditiſſimus, aliis adminiſtrantibus res Italicas, aliis adminiſtrantibus res eius prouinciales, ſitas in eadem prouincia Lugdunenſi, in qua degebat, ſiue domicilium habebat heres ſcriptus: Finge, alios fuiſſe tutores datos rebus impuberis, quæ erant in Italia, alios rebus quæ erant in prouincia Lugdunenſi, vt in §. *rerum, inf. l. pupilli, ſup. de tut. & cur. dat.* Hereditatem autem illam fuiſſe in Italia, heredem vt dixi, domicilium habuiſſe in prouincia, ibique eum vita deceſſiſſe, priuſquam eam hereditatem adiret & impuberi reſtitueret, culpa tutorum, qui per iudicem eum heredem oneratum fideicommiſſo reſtituendo impuberi, non coege-

runt adire & reſtituere hereditatem, dum vixit, quoniam Papin. ponit pro certo in hac ſpecie, morte heredis intercidiſſe fideicommiſſum ſiue fideicommiſſariam hereditatem relictam impuberi, quod etiam confirmat, *l. ille quo, in fi. ff. ad SC. Trebell.* Et hoc poſito & conceſſo, quærit tantum Papinianus qui tutores culpæ nomine impuberi teneantur, quod heredem, dum vixit, non coegerunt adire & reſtituere hereditatem impuberi, vtrũ tutores rerum Italicarum, an tutores rerum prouincialium. Nobis tamen prius videndum eſt, & diligenter diſpiciendum, cur morte heredis fideicommiſſum interciderit, quoniam in eo ex interpretibus cæcutiunt multi: nam etſi neque coheredem neque ſubſtitutum habuerit heres in hac ſpecie, à quo ſuſtineatur teſtamentum poſt mortem heredis ſcripti, & à quo fideicommiſſum peti poſſit, tanquam ab eo tacite repetitum ex reſcripto Seueri & Antonini, de quo *l. licet, de leg. 1. & l. ſi Titio & Mæuio §. vlt. de leg. 2. & l. 4. ad SC. Trebell.* tamen plerisque videtur, licet non ſit coheres aut ſubſtitutus, à quo impuberi poſſit ſeruari fideicommiſſum hereditatis, id poſſe ſeruari ab herede heredis legitimo vel teſtamentario. Quod ego fieri poſſe nego, quia primus heres ex ea hereditate nihil iuris tranſmiſit in heredem ſuum, cum nec eam hereditatem adierit: hereditas non adita, non tranſmittitur. In caſu autem legis *pen. §. vlt. C. ad SC. Trebellian.* §. quo §. Accurſius vtitur in contrariam ſententiam in *l. eam quam, C. de fideicommiſſ.* ad quam nos hoc loco reiicit, in ea, inquam, l. heres primus adierat eam hereditatem, ſed antequam eam reſtitueret fideicommiſſario, vita deceſſerat, quo caſu ſi nullum heredem reliquerit, ipſo iure vtiles actiones in fideicommiſſarium tranſeunt, perinde atque ſi heres reſtituiſſet hereditatem, ex beneficio dictæ leg. pen. quia vtique non interciderat fideicommiſſum, quandoquidem heres adierat. Si vero heredem reliquerit, eadem ratione is heres heredis fideicommiſſario tenebitur, *l. quamuis §. 1. l. ſi eius §. ſi quis, ad SC. Treb.* quia in heredem heredis tranſmiſſa eſt hereditas ſubiecta fideicommiſſo, tranſmiſſa, inquam, per aditionem primi heredis, quam interueniſſe ponimus. Male etiam idem Accurſ in *d. l. ille à quo §. 1.* ait, heredem heredis teneri adire & reſtituere fideicommiſſario hereditatem, ſi vel primum heredem prætor iuſſerit vel præſes adire hereditatem, quamuis priuſquam adiret, & antequam obtemperarit iuſſui prætoris, decreto prætoris, vita deceſſerit, quem errorem haurit ex *l. 4. C. ad Treb.* In qua tamen aperte proponitur heredem coactum adiiſſe, nec dicitur fideicommiſſario teneri heredem heredi, qui coactus adiit, ſed dicit fideicommiſſario teneri coheredem. Et hæc eſt ſpecies *d. l. 4.* quam apponi neceſſe eſt, quoniam male poſita fallit multos. Species hæc eſt: Quidam auiam ſuam & fratrem ex partibus heredes ſcripſit, & auiam rogauit, vt portionem ſuam cuidam extraneo reſtitueret, auia repudiauit hereditatem calliditate & fraude, vt ait *l. 4.* id eſt, in fraudem fideicommiſſarij, vt nepoti ſuo, eidemq; coheredi, à quo extraneo nominatim fideicommiſſum relictũ non erat, potius accreſceret portio inſtitutionis ſuæ repudiata hereditate quàm adita hereditate ad extraneum perueniret ex cauſa fideicõmiſſi, in gratiam nepotis eiuſdemq; coheredis ſui: quid inde factum eſt poſt repudiationem auiæ? Vt D. Pius fieri poſſe reſcripſit contra reg. iur. *l. nam quod §. 1. ad Treb. l. 2. §. vlt. de ſuis & leg. hered.* Poſtulante extraneo, prætor auiam coegit adire, quod eſt contra regul. iuris, vt qui repudiauit, poſtea adeat, ſed hoc prætor facit & inducit propter fideicommiſſarium, ne decipiatur. Poſtulante igitur extraneo prætor vt licet ex D. Pij reſcripto, auiam coegit adire, & adiuit igitur reipſa. ſed priuſquam ſe pro herede gereret defuncta eſt, ex eo colligit non adiiſſe eam, dum ſcilicet. putat idem eſſe adire, & pro herede gerere. Qua in re fallitur. Nam licet pro herede geſtio per ſe conſiſtat, & pro herede geſtione adquiratur etiam hereditas: tamen, omnem aditionem ſequitur pro herede geſtio. Si igitur auia coacta adierit hereditatem, & priuſquam pro herede gereret, id eſt, priuſquam attingeret res hereditarias & hereditatem reſtitueret fideicõmiſſario ex SC. Treb. vita defuncta ſit: quæritur an interciderit fideicõmiſſum? quod videbatur dicendum prima fronte, quia neque id coheres, à quo nominatim legatum aut fideicommiſſum relictum non eſt, neque heres heredis, quia ad illum portio illa hereditatis non peruenit, quoniam ſtatim à repudiatione accreuit coheredi, & nemo fideicommiſſo oneratur in id, quod ad eum non peruenit, ſed quatenus peruenit tantum. Verum recte placet in ea lege coheredi portionem illam hereditatis accreuiſſe cum onere fideicommiſſi: quoniam poſt reſcriptum Seueri & Antonini, de quo dixi ab initio, quo ab inſtituto, ſi heres non exiſtat, ad ſubſtitutum hereditas tranſit cum onere fideicommiſſi, quaſi tacite repetito fideicommiſſo à ſubſtituto, & ſimiliter coheredi exemplo ſubſtituti repudiata coheredis portio accreſcit cum onere fideicommiſſi, vt in *d. l. ſi Titio & Mæuio §. vlt.* Et quidem cum onere integri fideicommiſſi in ſpecie propoſita, ſine deductione Falcidiæ, quia auia, cuius portio ei adcreuit, coacta adiit, & placet coactum adire, atque adeo adeuntem periculo fideicommiſſarij amittere Falcidiam ex SC. *l. 4. & l. qui totam, ad SC. Treb.* Verum aliter quam ponatur ſpecies in ea *l. 4. C. ad Treb.* Si antequam auia cogeretur adire, vita deceſſerit, ex eodem reſcripto dicemus coheredi adcreſcere portionem hereditatis cum onere fideicommiſſi, ſalua Falcidia tamen, & à repudiatione coheredi protinus non adcreſcere portionem repudiatam, quoniam ea repudiatio conuelli poteſt & infirmari auia coacta adire poſt repudiationem, & ita eſt explicanda *d. l. 4.* Ex iis omnibus concludamus in ſpecie huius §. herede mortuo ante aditam hereditatem fideicommiſſum intercidere, quia neque coheredem, neque ſubſtitutum habuit, qui debere poſſit fideicommiſſum tanquam à ſe repetitum, neque heres heredis, ad quem ea hereditas non peruenit, fideicõmiſſario tenetur, puta, nec ſi ius deliberandi de adeunda vel non adeunda hereditate, primus heres in eum tranſmiſerit, ſecundum conſtitutionem *l. cum in antiquiorib. C. de iure delib.* Qui eſt alius error Accurſij, quia ius illud deliberandi eſt res hereditaria, non eſt ex ea hereditate quæ ſubiecta eſt fideicommiſſo, ſed ea lege datur heredi heredis. Beneficium eſt legis quod datur heredi heredis morientis intra annum ante aditam vel repudiatam hereditatem, vt ſcilicet mortuo primo herede intra annum, dum deliberat & conſultat de adeunda vel repudiãda hereditate ſibi delata, aut dum deliberare præſumitur ea de re, mortuo, inquam, eo intra annum, eadem deliberatio permittitur heredi eius, ſed inuitum non obligat ad aditionem aut præſtationem fideicommiſſi. Beneficium eſt legis, non commodum quod manet ex ea hereditate. Denique concludamus in ſpecie huius §. fideicommiſſum non poſſe ſeruari à coherede vel ſubſtituto, qui nullus eſt, nullo modo etiam poſſe ſeruari ab herede heredis, qui obiit antequam adiiſſet hereditatem. Nunc dicere quis poſſet aut tentare alia ratione, quia ſuperiores excluſæ & ſubmotæ ſunt: Fideicommiſſum non intercidere, quia herede ſcripto non adeunte, atque ita ab inteſtato vocato herede legitimo, deſerto & deſtituto teſtamento, id fideicommiſſum heres legitimus præſtare debet, quod tentari poteſt inſcite ex *l. 2. §. vlt. de ſuis & leg. hered.* quem locum Bartolus appellat ſcabioſum, propterea quod aperte ille locus oſtendit, herede ſcripto, qui rogatus eſt reſtituere hereditatem, repudiante eam, tranſire ad legitimum heredem cum onere fideicommiſſi, quod eſt mirum, quia heres legitimus non eſt rogatus, quia fideicommiſſum relictum in teſtamento ab herede ſcripto, non videtur repetitum ab herede legitimo, niſi ſit nominatim repetitum, vel niſi ſit relictum ſimpliciter, id eſt, generaliter, vt in *l. eam quam, C.*

de fideic. Puta hoc modo, bona mea post mortem heredis instituti ad illum pertinere volo, quæ verba comprehendunt omnem heredem & testamentarium & legitimum, vel etiam, nisi in testamento sit adiecta clausula codicillaris, quæ est in *l. vlt. C. eod.* Quid ergo dicemus, aut quomodo interpretabimur dictam legem 2. §. *vlt. de suis & legit. her.* Dico aliam esse speciem illius legis & aliam huius §. In specie huius §. non ponitur heredem scriptum repudiasse hereditatem, sed antequam adiret vel repudiaret vita decessisse. In illa specie *d. l.* 2. §. *vlt.* ponitur heredem scriptum repudiasse hereditatem, quod fit semper in fraudem fideicommissarii, vt in *l.* 4. *C. ad Treb.* Et in gratiam legitimi heredis, vel coheredis: ideoque hoc casu ad legitimum heredem hereditas transit cum onere, cui hoc struxit callide heres scriptus: sicut eadem ratione in *d. l.* 4. transit ad coheredem cum onere. & similiter igitur ad legitimum heredem cum onere. cui fraus structa est in necem fideicommissarii, aut cuius in rem legitimi heredis repudiatio facta est, cui profuit, cui bono fuit, & quidem sine deductione Falcidiæ, si post repudiationem heres scriptus coactus adierit, vt in *d. l.* 4. vel salua Falcidia, si post repudiationem non fuerit coactus adire, vt in *d. l.* 2. §. *vlt.* In qua dicitur potuisse cogi adire, non fuisse coactum. Et vt intelligatur species quam apponi necesse est *d. l.* 2. §. *vlt.* Præmittendum est, quod in §. *penult.* proditum est, repudiante herede scripto ex asse ab intestato, proximum agnatum testatoris vocari ad legitimam hereditatem, non qui fuit proximus vtique semper tempore mortis testatoris, sed qui fuit proximus, cum certum esse cœpit, testatorem intestatum decessisse: quod in §. *vlt.* declarat posita specie huiusmodi: heres scriptus rogatus alii restituere hereditatem, eam repudiauit, an statim ab intestato vocatur, qui proximior est defuncto tempore repudiationis? Minime, quia nondum certum est intestatum decessisse testatorem, propterea quod fideicommissarius ex rescripto D. Pij etiam post repudiationem potest cogere heredem vt adeat, & interim fieri potest, vt moriatur, qui erat proximior tempore repudiationis. Quod si ita eueniat, ad posteriorem, id est, ad vlteriorem agnatum legitimum hereditatem deferimus, cum onere tamen fideicommissi, quia in fraudem alterius & eius gratiam heres testamentarius repudiauit, qui fideicommisso oneratus erat. Denique ex iis apparet, non posse sustineri in specie huius legis fideicommissum, quasi debeatur ab herede legitimo, quia heres testamentarius non repudiauit, sed antequam repudiaret, vel adiret, decessit, quo casu hereditas transit ad legitimum sine onere fideicommissi. Quod autem ad quæstionem propositam attinet, nullus est labor. Recte Papin. respondit, tutores rerum prouincialium culpæ nomine pupillo teneri, quod heredem eum, dum vixit, non coegerunt adire hereditatem. Nam etsi ea hereditas fuerit in Italia, non in prouincia, tamen heredem potuerunt cogere. Et vero ij soli debuerunt heredem cogere ad aditionem & restitutionem ex Senat. Trebel. quia ea restitutio iuris est, non facti, id est, non est restitutio corporum hereditariorum, quæ etiam non erant in prouincia, sed in Italia, sed est restitutio iurium siue iuris vniuersi, quod defunctus habuit: & vno verbo restitutio transfert omnia iura in fideicommissarium, etiamsi res hereditariæ præsentes non sint, *l. restituta, & l. postulante* §. *sed & in huiusm. ad SC. Trebell.* Et hoc est, quod ait Papin. hoc loco, *causam iuris restituto fideicommisso expediri potuisse in prouincia, auctoribus tutorib. prouincialib.* in prouincia, inquam, in qua heres oneratus fideicommisso domicilium habuit: nam fideicommissariæ hereditatis restitutio petitur, vbi heres domicilium habuit, *l. fideic.* §. *pen. de iud.* Et restitutio fit verbo tenus ipsi pupillo tutore auctore, vel fit tutori, si pupillus absit vel fari non possit, vt in *l. pen. C. ad Trebell.* quia & in restitutione exigitur vox fideicommissarij, vt desideret suo periculo adire hereditatem, & hoc si fecissent tutores prouinciales, si causam iuris expediissent, deinde causa facti, id est, administratio rerum hereditariarum recidisset ad tutores Italicos, quoniam bona erant in Italia. Denique cum causa iuris expediri debuerit per prouinciales, quoniam heres in prouincia domicilium habuit, non per Italicos, soli prouinciales in culpa sunt, non Italici.

Ad §. aduersus.

Aduersus tutorem, qui pupillum hereditate patris abstinuit, actionem denegari non oportet creditori, qui cum ipso tutore contraxit: quamuis tutor pecuniam in rem impuberis conuerterit.

HVius §. species hæc est: Pupillus patri heres extitit, tutor expediendorum negotiorum hereditariorum gratia in rem pupilli nomine pupilli mutuam pecuniam creditorem rogauit: creditor cum tutore contraxit, & ei mutuam pecuniam dedit, quam mox vertit in eam rem, in quam sumpserat. Post pupillus se abstinuit hereditate patris, quod potuit auctore tutore, etiamsi se iam immiscuisset hereditati, *l. necessariis, de acquir. heredit.* Certum est post abstentionem, pupillum creditori non teneri, quia in rem eius versum esse desiit, postquam se abstinuit omni re paterna, & versum non videtur, quod non durat versum, *l.* 10. §. *versum, de in rem verso,* tamen pupillus, si se non abstinuisset, teneretur creditori vtili actione creditæ pecuniæ, *l.* 3. *C. quando ex facto tut. pupil. ten. l.* 2. *C. de curat. fur.* quia pecunia credita est nomine pupilli, & processit in rem vtilitatemque pupilli: at per abstentionem liberatur, quia desinit res eius esse, in quam versa pecunia est: vnde quæritur, an saltem creditori tutor teneatur? & Papinianus respondet: creditori tutorem teneri hac ratione, quia creditor cum tutore principaliter contraxit, personam eius fidemque secutus non pupilli. Et licet non ignoraret in rem & vtilitatem pupilli rem geri, tamen tutorem solum sibi obligari voluit, quem non est cur dicamus liberari abstentione pupilli: denique abstentionem pupillum liberare vtili actione, tutorem non liberare directa & principali actione creditæ pecuniæ, quamuis tutor sumpserit eam pecuniam & insumpserit in rem pupilli, & res ea pupilli esse desierit per abstentionem, quia in contrahenda mutui obligatione non inspicimus, in cuius rem vel nomen pecunia accipiatur & vertatur, sed quis accipiat & cuius contemplatione ea detur & numeretur, *l. eum qui* §. *vlt. si cert. pet.* Et hic creditor solum tutorem contemplatus est. Quod Papinianus scripsit his verbis *cum tutore contraxit,* proinde tutorem sibi principaliter obligare voluit, non pupillum, & ideo liberato pupillo per abstentionem, quod res eius esse desierit, non liberatur tutor, qui principaliter contraxit. Et hæc est sententia huius §. cui nihil omnino obstat lex 2. *hoc tit.* quæ post condemnationem tutoris conuenti à creditore hereditario, si pupillus se abstineat hereditate, ait, *nec in tutorem nec in pupillum dandam esse actionem iudicati.* Quia scilicet in ea specie tutor conuentus est & condemnatus ex causa hereditaria ex contractu patris, cui pupillus heres extiterat, quo casu abstentio pupilli liberat vtrumque, pupillum & tutorem, & tutorem etiam si pupilli nomine pro pupillo satisdederit creditori hereditario, quia ea obligatio pendet ex causa hereditaria. At in specie huius §. tutor tenetur ex suo proprio contractu, & origo obligationis non venit ex causa hereditaria, sed à tutore ipso primo, qui cum pecunia indigeret ad expedienda negotia pupilli pecuniam mutuam sumpsit, & cum eo solo creditor negotium contrahere voluit. Quæres quid dicendum si creditor pecuniam numerauerit tutori contemplatione pupilli, quid si creditor animo obligandi pupillum tutore auctore & contemplatione eius declarauit, se pecuniam credere tutori in rem pupilli? Sane hoc casu solus pupillus tenetur actione negotiorum gestorum, *l. si pupillus* §. 1. *de neg. gest.* Indistincte siue versa sit pecunia in rem pupilli, siue non, vt fusius explicui *lib.* 2. *ad l. liberto, in pr. ff. de negor. gest.*

gest. nec abstentione hereditatis paternæ pupillus liberabitur, quia ea obligatio non est hereditaria, quam creditor non cum patre, sed cum ipso pupillo contraxit.

Ad §. curatores.

Curatores adolescentis, mutui periculi gratia, cautionem inuicem sibi præbuerunt, & in eam rem pignora dederunt cum officio deposito soluendo fuissent, irritam cautionem esse factam vt pignoris vinculum solutum apparuit.

PLures sunt curatores adolescentis, quorum cum sit commune & indiuiduum officium, commune etiam mutuumque periculum administrationis est, *l. 3. C. de diuid. tut.* Sicut est receptum in omnibus iis qui sunt collegæ in eodem officio, *l. 2. eod. l. 11. ad munic.* Fac curatores sibi inuicem datis pignoribus cauisse mutui periculi gratia: si quid alter pro altero quandoque adolescenti præstaret, deposito officio certum est mutuum periculum finiri, si tempore depositi officij omnes curatores soluendo sint, *l. Æmilius, inf. hoc tit. l. 1. C. de diuid. tut.* Ergo & de mutuo periculo, quia interposita mutua cautio est inter curatores, consequens est eam finiri & interire, pignoraque dissolui, & pigneratitiæ actioni locum esse discusso mutuo periculo. Et hæc est sententia huius responsi.

Ad §. tutor datus.

Tutor datus aduersus ipsam creationem prouocauit, heres eius postea victus, præteriti temporis periculum præstabit. Quia non videtur leuis culpa contra iuris auctoritatem, mandatum tutelæ officium detrectare.

POnit initio huius §. Papinianus, tutorem à creatione appellasse protinus. Creatio, nominatio, datio, ordinatio, idem est. An igitur protinus tutor à creatione appellare potest, antequam se excusauerit, & excusatio repulsa & reprobata fuerit, siquidem Accursio aliud iudicium est hoc loco scribenti, à creatione sola non appellari, contra manifestam sententiam *l. 20. hoc tit. & huius §. l. pen. de tut. & curat. dat. l. cum in vna §. tutor, de appell.* Quibus omnibus locis ostenditur recte, datum tutorem statim appellasse, necesse quidem non habet statim appellare, atque datus & creatus est: *necesse non habet.* sic loquitur *l. tutores, C. de excus. tut. & l. 13. in princ. inf. de excus. tut.* Neque creati, inquit, à magistratibus, neque dati testamento necesse habent appellare. Et necesse non habent, post ordinem videlicet, quem hac in re constituit constitutio Diui Marci separans tutelam à cæteris muneribus ciuilibus, puta, vt ad cætera munera ciuilia vocatus statim appellare necesse habeat: ad tutelam vocatus, necesse non habeat statim appellare, sed possit intra constituta tempora allegare excusationem & immunitatem suam, & tum demum appellare, cum non fuit recepta causa excusationis suæ, idque patet ex *d. l. 13.* Post igitur eum ordinem, tutor non habet necesse statim appellare, sed neque prohibetur tamen, si velit eo iure, quod obtinuit ante ordinem D. Marci, statim à creatione appellare prolata causa excusationis suæ. Et quod ait *l. 1. §. si quis tutor. ff. quando appell. sit.* qua nititur Accursius, frustra tutorem appellare ante repulsam excusationẽ; hoc est, superuacuam & non necessariam esse appellationem, vt de suo herede dicitur scripto in testamento, aut vocato ab intestato, in eo esse superuacuam, & non necessariam aditionem, *l. 7. sup. de inoffic. testam. l. in suis, ff. de suis & legit. hered.* cum tamen possit adire, si velit tanquam extraneus, *l. si duo, de adquir. hered. l. si filius, de collat. bon. l. 4. C. de inst. & subst. l. vlt. C. de rep. heredit.* Et similiter eidem suo heredi præterito, non esse necesse petere bonorum possessionem contra tabulas, quam tamen petit sæpe, nec perperam, *l. is, qui in potestate 1. de leg. præst.* Finge igitur in specie huius §. tutorem à creatione appellasse, & pendente appellationis

A causa mortem obiisse, post victum eius heredem fuisse, qua ex causa ait, præteriti temporis, quo cessauit administratio tutelæ, periculum præstare heredem tutoris, si quid mali per moram appellationis pupillo acciderit. Quod confirmat etiam *l. si quis tutor §. vlt. ff. de ritu nupt. l. 20. hoc tit. l. 2. ff. si tut. vel curat. appell.* Et morte tutoris ideo finitur lis, siue causa appellationis, vt sciatur, medij temporis periculum heres præstare debeat, necne. Durat igitur lis propter periculum medij temporis, sicut alias dicitur, morte hominis petiti non finiri litem, propter periculum euictionis, vt sciatur, an sit commissa stipulatio euictionis nomine, *l. vtique, ff. de rei vindic.* Iniquum auté est, vt periculum medij temporis non redundet ad heredem tutoris, quia, vt pereleganter Papinianus ait, *Non videtur leuis culpa, contra iuris auctoritatem mandatum tutelæ officium detrectare.* Ad quam rationem male hoc loco

B Albericus notat, ideo Papinianum dicere: *quia non videtur leuis culpa.* quia, inquit, ex leui culpa tutoris heres non tenetur, quod est manifesto falsum, quia cum hoc tantum proditum sit de culpa heredis propria, culpa leui, id est, vt ei non imputetur, *l. 4. inf. de fideiuss. tut. l. 4. inf. de magistr. conuen.* quæ agit de culpa heredis, non de culpa tutoris. Hoc ex contrario argumentum præstat, heredi tantum imputari culpam tutoris: idemque est in herede magistratus. Et abundat negatio in *l. 2. C. de magistr. conuen.* sicut & in *l. 1. C. de hered. tut.* eam abundare Basilica patefaciunt, & Obseruatio 13. Non tenetur quidem heres ex quolibet dolo vel culpa lata tutoris, si nihil ad eum ex eo peruenerit, & ita est accipiendus §. *aliquando, Instit. de perp. & temp. act.* vt licet actio, quæ in heredem datur, ex con-

C tractu descendat, tamen in eum non veniat dolus defuncti, si nihil ex eo ad eundem peruenerit, quia ex delicto defuncti heres non tenetur, ad quem nihil peruenit: & in actione ex contractu delictum vertitur cum doli mali nomine agitur. Et ideo non est æquum heredem teneri commodati, depositi, mandati, tutelæ, negotiorum gestorum, id est, ex contractu, siue versetur dolus malus defuncti: neque enim ex quolibet dolo malo, aut lata culpa defuncti tenetur heres, sed ex eo tantum, quo cum detrimento pupilli tutor captauit lucrum sibi, vel alij, & auxit rem suam vel alienam, vt in *d. l. 1 C. de hered. tut.* De quo solo dolo, quo scilicet minuitur res pupilli vel dilapidatur, est accipiendum quod legimus, sæpe ex contractu heredem teneri in solidum, vel pro parte hereditaria ob dolum

D malum defuncti, etiamsi nihil ad eum peruenerit, *l. ex deposito, l. ex contractu, ff. de obligat. & action. l. si hominem §. datus ff. depos. l. ad ea § vlt. de reg. iur.* Neque enim heres ex contractu venienti actione tenetur ob quemlibet dolum defuncti, quia dolus delictum est, *d. l. ex contractu*, nisi quid ad eum peruenerit ex eo, vel nisi eo nomine lis fuerit contestata cum defuncto, vt in hoc §. *& d. l. 1.* At ex leui culpa tutoris proculdubio heres tenetur, quia ibi nullum delictum versatur. Alioquin ex contractu non tenetur, nisi hoc admittatur ex conuentione. Et præterea hoc loco non leuis culpa est, non quælibet, ἡ τυχοῦσα, nec enim puto Papinianum respexisse ad culparum gradus, latam, leuem, leuissimam, sed tantum hoc voluisse, non quamlibet esse culpam, *n'estre pas peu de cas*, detrectare mandatum officium tutelæ, cunctari & trahere moras, atque

E ideo eo nomine merito teneri tutorem, vel, si interim decesserit pendente lite, heredem eius.

Ad §. rerum.

Rerum prouincialium tutores, in vrbe causas appellationis impuberum agentes, rerum Italicarum curatores vt impuberibus constituantur, ad officium suum reuocare debent: alioquin, si prius in prouinciam redierint, dolum aut culpam eorum in ea quoque parte iudex conueniet.

SPecies hæc est: Tutores pupillo dati sunt in prouincia rerum prouincialium tantum, qui & in Italia patri-

monium habuit. In prouincia tantum tutores rerum pro- A uincialium accepit, quia nec à Præside prouinciæ potuerint dari tutores rerum Italicarum. Officio tamen horum tutorum incumbit, vt si quando in vrbem venerint forte agendæ causæ appellationis pupilli, vt dum in vrbe agunt rem pupilli, & dum ipsis commissum est, procurent, antequam redeant in prouinciam, pupillo curatores dari rerum Italiarum: curatores, quia tutorem habenti vix tutor datur & ita in *l.3.C.in quib.caus. tut.* Tutore rerum prouincialium desiderante sibi curatores adiungi, qui administrent res Italicas, sed non male ex hac causa etiam propter diffusum patrimonium pupilli desiderabit ei tutores dari rerum Italicarum, *l.propter, de excus.tut.* Nam quod dicitur, habenti tutorem non dari tutorem, id ita procedit, vt non detur earumdem rerum, sed aliarum. Hoc ve- B ro, si prætermiserit tutor, cum in vrbe agit causam appellationis pupilli nomine, merito à iudice condemnandus est doli vel culpæ nomine.

Ad §. patruus.

Patruus testamento fratris filio tutor datus cum in Italia domicilium haberet, tam Italicarum rerum quam prouincialium administrationem suscepit: atque ita pecuniam ex venditionibus Romæ refectam, in prouinciam traiecit, & in calendarium pupilli conuertit: tutor in locum eius Romæ substitutus administrationem pecuniæ, quæ non pertinet ad tutelam suam, suscipere non cogitur.

HÆc proponitur species: Qui in Italia domicilium C habet tutor, testamento simpliciter siue generaliter datus est impuberi opulentissimo, qui bona habebat tam in prouincia quam in Italia, & vt datus tutor esse intelligitur ad vniuersum patrimonium, *l.propter §.vlt.de excusat.tut.* ita vniuersi patrimonij administrationem suscepit, id est, tam prouincialium quam Italicarum rerum. Post, auctionem fecit Romæ quarundam rerum pupilli, quas habuit in Italia, & pecuniam ex ea venditione redactam vexit in prouinciam, & in calendarium pupilli conuertit, id est, fœnori pupilli nomine occupauit. Transtulit scilicet pretia quarundam rerum Italicarum in prouinciam, migrauit ipse quoque transtulitque domicilium in prouinciam, quod necesse est ponamus eum fecisse secundum quod ius patitur, puta, ex rescripto & indulgentia D Principis, non ignorantis, eum eius pupilli tutelam suscepisse, quæ mutatio domicilij non fiebat arbitrio cuiusque, vt hodie, sed ex permissu Principis tantum, causa Principi probata, cur vellet mutare domicilium, vel etiam ex iussu illius, veluti deducta colonia, *l.12.§.vlt.ff. de excus.tut.l.4.C.de iure fisci.* Tutor ergo testamento datus relicta Italia, in qua domicilium habuit, migrauit in prouinciam, & in eam quoque transtulit pecuniam redactam ex venditione quarundam rerum Italicarum facta Romæ. Qua de causa Romæ in locum eius tutor substitutus est, quod is abiisset Italia, nec sufficeret vtrique patrimonio administrando, vt in *d.l.propter §.vlt.* Notandum, rerum Italicarum tutorem Romæ dari, vt in *§.rerum, sup.* Inde vero quæritur, an eius pecuniæ, quæ tra- E iecta est in prouinciam periculum pertineat ad tutorem postea constitutum rebus Italicis? Causa quærendi & dubitandi hæc est: quia ea pecunia prodiit ex rebus Italicis. & respondet Papinianus, eum tutorem qui substitutus est rebus Italicis, eius pecuniæ, quæ traiecta est in prouinciam, quamuis confecta sit ex rebus Italicis, periculo & administrationis necessitate non teneri, quia traiectione desiit in Italia domicilium habere, traiectione desiit ad tutelam rerum Italicarum pertinere, sicut tutor testamento datus migratione, desiit in Italia domicilium habere. Et hæc sunt quæ pertinent ad hunc §.

Ad §. curatores.

Curatores testamento, vel tutores inutiliter dati, neque decreto Prætoris confirmati, negotia gesserunt. Vice mutua periculum præstare coguntur: cum officium sponte citra iuris adminiculum, inierint: & qui fuit idoneus, decretum Prætoris curatores vel tutores constituentis implorare debuerit.

MVtuum periculum, quod dixit sustinere curatores in §. *curatores, sup.* idem etiam sustinere ostendit in hoc §. Curatores non iure datos vt puta testamento, nec confirmatos decreto Prætoris vel Præsidis, si se sua sponte secundum testatoris voluntatem negotiis immiscuerint, vt in §.1.& 2.*sup.* Et idem esse in tutoribus non iure testamento datis nec confirmatis, vt si sint dati puberi, vel ab eo, eave, qui quæue impuberem in potestate non habet, vel si non sint dati verbis directis: ergo & tutores, vel curatores non iure dati, nec confirmati, mutuum periculum agnoscunt non seruati detrimenti rebus minoris. Et ratio mutui periculi, id est, ratio non seruatæ rei minoris periculo in locum non idonei idoneum substituendi, hæc est, quia sua sponte citra iuris adminiculum, id est, cum iure non cogerentur, officium tutelæ vel curæ inierunt, & vltro se negotiis minorum implicauerunt, & quia de se queri debent, & sibi imputare, qui ex eis idonei sunt & locupletes, si sustineant onera aliorum, qui idonei non sunt, cum decretum prætoris vel præsidis implorare debuerint curatores vel tutores constituentis decreto: Prætor minus idoneos reiecisset, & soli idoneo permisisset administrationem, & res minoris salua foret. hæc est elegans sententia huius §. Et præterea nota eum, qui confirmat tutores vel curatores testamento, non iure datos, constituere curatores vel tutores, dum ait constituentis: dare tutores vel curatores diximus in *l.26. §.vlt.de testam.tut.* Confirmati igitur datiui sunt tutores, sed pro testamentariis habentur, vt præferantur legitimis, *d.l.26. §.vlt.l.3.sup.de confirm.tut.* Alioquin legitimi eis anteponerentur, quoniam post legitimos datiui veniunt, nisi vt dixi habeantur pro testamentariis.

Ad §. tutoribus.

Tutoribus idoneis diem functis, vice mutua periculum ad heredes eorum non redundat: quod non habuit locum officio tutelæ manente.

IAm supra intelleximus ex §. *curatores*, primo, mutuum periculum finiri, si tempore depositi officij, puta, finita tutela vel cura impuberis pubertate, vel puberis legitima ætate, omnes tutores & curatores idonei fuerint, & locupletes, vltra pubertatem, & legitimam ætatem periculo mutuo tutores vel curatores non obstringi, etiamsi ex eis quidam forte post pubertatem, post finem tutelæ vel curæ, in administratione perseuerarit, *l.Diui. sup. hoc tit. l.2. C. in quibus caus. tut. hab. tut. vel cur. detur.* Mutuum quoque periculum finiri in hoc §. nunc ostendit, si morte tutorum finita tutela fuerit, & omnes tempore mortis fuerint idonei, id est, pares soluendo, pares damno præstando. Nec enim mutuum periculum, quod locum non habuit manente tutela, id est, quod tutores non tenuit, in heredes eorum transit, ita vt si heredum aliquis fiat inops eius inopia oneret coheredes, quia heredes tutorum, tutores nõ sunt, *l.1.de fideiuss.tut.* Mutuum ergo periculum tenet tutores ipsos tantum, heredes eorum non tenet, nisi quod cœpit ab ipsis tutoribus durante tutela. Quinimo vno ex tutoribus mortuo relictis contutoribus idoneis, heredem eius, postea contutoribus redactis ad inopiam, peri-

culum non tenet, quod defunctum non tenuit, recte dicam atque ostendam ex *l.* 1. C. *quo quisque ord. conuen.* Et idem dicendum est, hoc est, mutuum periculum finiri, si morte pupilli, vel alio modo finita tutela, tempore finitæ tutelæ omnes idonei fuerint: finis tutelæ est finis mutui periculi, quod modo ante non habuerit locum, nec ceperit originem & initium, & ita liquido explicabitur hic §. Male Accurs. comminiscitur, tutores mortuos post depositum officium, atque ita tutelam finitam ante mortem tutorum, quoniam hoc lex non ponit, nec vero poni potest vllo modo, cum spectet auctor noster Papinianus tempus mortis tutorum, quod vtique non spectaret, si in vita officium deposuisset, sed spectaret tempus depositi officij. Itaque facessat Accursij Glossa.

Ad §. in eum.

In eum qui tutelam gerere noluit, post cæteros qui gesserunt, actionem vtilem tutelæ dari placuit. Quod tamen ex tutela non peruenit ad eos, qui se negotiis miscuerunt, sed communi negligentia periit: citra substitutionis ordinem, æqualiter omnium periculum spectat.

EX hoc §. intelligimus, tutorem vnum ex pluribus, qui nihil gessit, arbitrio, siue actione tutelæ teneri, vtili scilicet, non directa. Directa tenetur is, qui gessit & administrauit tutelam, & is quoque heres ve eius prius conueniendus est, quam alter, qui nihil gessit. Prius excutiendæ sunt facultates eius, qui gessit, quam excutiatur alter, qui nihil gessit, *l.* 3. §. 1. *hoc tit. l.* 6. *C. arbit. tut. l.* 3. *C. de diuid. tut. l.* 1. *C. si tutor vel curat. reipub. causa abfuerit.* Vtili autem actione tutelæ, cum directa est inanis, propter inopiam eius, qui gessit, is tenetur, qui non gessit tutelam, cessationis & culpæ nomine, vt in *l.* 2. *C. de hered. tut. l.* 4. §. 1. *rem pup. salu. fore.* Hoc tamen ita procedit, si is, qui non gessit, non ignorauerit, se tutorem datum. Nam si hoc ignorauerit, nec si is, qui gessit, soluendo non sit, vlla actione tenetur. *l.* 8. C. *de adm. tut.* Idemque est, si non malitia, aut contumacia, sed errore, quod se iure excusatum crederet, ab administratione cessauerit. Quod Accursius hoc loco notat recte ex *l. qui testamento, de excus. tut.* Et hæc, cum ex tutoribus quidam administrauit, quidam non administrauit: nam si omnes cessauerunt ab administratione in totum, vel in partem aliquam, in ea re vel parte, in qua cessauerunt ab administratione, quæ negligentia eorum periit, æqualis est omnium culpa *l.* 2. C. *si tut. non gess.* Et ideo omnes tenentur vtili actione tutelæ citra substitutionis ordinem, vt ait Papinianus hoc loco, id est, non seruato ordine conueniendi prius vnum quam alterum, & nullo alteri quasi damni vicario substituto, sed omnibus principaliter obligatis vtili arbitrio tutelæ. Nec enim, quum par est omnium culpa, vllus conuentionis ordo seruatur, sed in potestate est adolescentis eligere, quem ex iis prius conueniat in solidum. Cum culpa est dispar, tum seruatur ordo conuentionis, id est, prius conuenitur is, qui male gessit, & rem pupilli perdidit, cuius culpa est maior, quam is, qui nihil gessit, cuius culpa minor est. Plus peccat qui facit, quam qui non facit. Quod maxime notandum est.

Ad §. tutores.

Tutores pubere pupillo constituto, litem appellationis inchoatam, iussu consulum ob notitiam rei perfecerunt, cum iudicatum persequi non potuerunt, periculo culpæ non subijciuntur.

SEntentia hæc est & species huius §. Tutor Romæ inchoauit causam appellationis pupilli. Finge, eum à iudice, quem Consules dederant, appellasse ad ipsos consules, vt in *l.* 1. §. *denique. ff. de appell.* Et præterea finge, pen-

A dente causa appellationis, pupillum adoleuisse, atque ita finitam tutelam fuisse pubertate, & tamen iussu consulum tutorem, quod optime nosset rem, siue causam, de qua agebatur, litem perfecisse. Denique fac, post finem tutelæ coactum tutorem iussu consulum ob notitiam litis, litem perficere & reum condemnasse. sic ait, *Perficere litem*, vt perficere crimen, *l. qui cum natu, in fin. de bon. libert.* id est, peragere reum, perficere accusationem. Quæritur vero in hoc §. An post rem iudicatam à consulibus instante tutore, si reus, qui condemnatus est, fiat non soluendo, hoc imputari tutori possit, quod cum eo non egerit iudicati actione? Et respondet rectissime Papin. non imputari, nec ob id tutorem subiici culpæ periculo: aperta ratione, quia finito officio tutelæ, nullam

B actionem pupilli nomine inferre possit sine mandato. Eadem est ratio huius responsi, quæ fuit primi responsi. Itaque ea duo responsa coniungi velim, quod eandem rationem habeant.

Ad §. ab eo qui.

Ab eo, qui restitutionis auxilio non iuuatur, quæstio culpæ tutorum conuentione remitti potest, nec donatum, sed transactum videtur negligentia tutorum.

HÆc verba alicui prima fronte obscurissima videbuntur: *Ab eo*, inquit, id est, ab adolescente, non à maiore XXV. annis. Ab eo igitur adolescente, qui restitutionis auxilio non iuuatur, qui impetrauit veniam æta-

C tis à Principe, quod beneficium in idiotismo vocamus: *Bail de gouuernement, quand on est declaré maieur auant xxv. ans.* Veniam ætatis minori dat solus Princeps, vt in *l.* 3. *in princ. ff. de minorib. l.* 1. *C. de iis, qui ven. ætat. impetr.* Ei cui datur venia ætatis, permittitur rerum suarum administratio, & curatione liberatur. hæc est vis veniæ ætatis, hic effectus, vt minorem liberet curatoribus, vt curatoribus auferat administrationem, & transferat in minorem. denique venia ætatis permittit minori administrationem rerum suarum, non etiam donationem, quia deminutio siue donatio non pertinet ad administrationem rerum suarum, sed ad amissionem. Ergo venia ætatis non permittit donationem minori. Venditio olim ei, qui meruisset veniam ætatis, erat permissa,

D etiam rerum immobilium & pigneratio. Postea à Constantino Imperatore etiam ei venditio interdicta est sine decreto, *l.* 2. *C. de iis, qui ven. ætat. &c.* Et deinde etiam pigneratio ei interdicta est rerum immobilium sine decreto à Iustiniano, *l.* 3. *C. eod. tit.* Donatio autem nunquam fuit permissa minori, siue obtinuisset veniam ætatis, siue non, nec cum decreto quidem, quod aperte ostendit *l. vlt. C. si maior fact. rat. al. hab.* quæ lex est communis omnibus minoribus, siue impetrauerint veniam ætatis, siue non. Sic igitur statuamus: ei, qui impetrauit veniam ætatis, quod efficit, vt restitutionis auxilio non iuuetur, in iis, quæ gesserit post veniam ætatis, pro maiore habetur, ei, inquam, permitti administrationem

E rerum suarum, non donationem, donationem nunquam fuisse permissam, nec cum decreto Prætoris. Porro ad administrationem rerum pertinent conuentiones, quæ fiunt transigendi & decidendi causa, non deminuendi. Ideoque ab eo, qui impetrauit veniam ætatis conuentione remitti potest quæstio culpæ tutoris. Finge, inter eum & tutores esse controuersiam de iis, quæ culpa tutorum in tutelæ administratione dicuntur admissa. quæstionem eam & controuersiam esse incertam & dubiam, vt plerumque est omnis quæstio culpæ. Difficilis est culpæ disquisitio, definitio, & probatio. Ideoque recte is, qui impetrauit veniam ætatis conuentione remittit tutoribus quæstionem culpæ, quia cum incerta sit ea quæstio & dubia, transegisse cum tutoribus, non donasse videtur. si donasset, nihil

ageret. Remiſſio illa tranſactio eſt, non donatio: ſi eſſet A donatio non valeret, vt eadem ratione, ſi is qui impetrauit veniam ætatis colono remittat penſionem ob ſterilitatem, ea remiſſio tranſactio eſt, non donatio, vt ait *l.15.§. Papinianus, loc.* Ergo valet. Denique vtraque remiſſio rata eſt, ſi fiat ab eo, qui meruit veniam ætatis, quia reſtitutionis beneficio reſcindi non poteſt: venia ætatis eſt amiſſio beneficij reſtitutionis in his, quæ poſt veniam ætatis geſſerit, & permiſſio adminiſtrationis rerum ſuarum.

Ad §. negligentiæ tutorum.

Negligentia tutorum periculo nominum, quæ pater vſuris maioribus fecit, adſcripto, pupilla quidem actionem calendarij præſtare cogitur: exactas autem vſuras tutelæ tempore, citra B *vllam compenſationem retinet.*

NEque Accurſium, neque eos, qui ab Accurſio profecti ſunt, hunc §. intellexiſſe ex eo apparet, quod non explicant quid ſignificetur his verbis: *Citra vllam compenſationem retinet*, quæ verba ſane obſcura ſunt, nec cur Papinianus ponat, patrem nomina feciſſe ſub vſuris maioribus, quod ſane fruſtra non ponit, imo vt memini in *l.49.§.vlt.de ſol.* dubitationis cauſam pendere ex his verbis, *Sub vſuris maioribus*, ita proculdubio in hoc §. omnis dubitatio ex eo pendet, quod Papinianus ponit, *Patrem pupillæ nomina contraxiſſe vſuris maioribus*, & vſuras maiores dicit ex aduerſo pupillarium vſurarum, quæ exceptis caſibus certis, quibus ſunt centeſimæ, leuiores eſſe ſolent, vt puta, quincunces, aut trientes, aut ſi quæ aliæ leuiores C in prouincia frequentantur, *l.7.§.ex cæteris, ff. hoc tit.* Et ita ex aduerſo pupillarium vſurarum dicuntur maiores vſuræ apertiſſime in *l.9.§.ſi tutor ſub vſuris, hoc tit. Sub vſuris*, inquit, *grauioribus quæ vſuræ pupillares ſunt.* Et ſpecies ſiue ſententia huius §. hæc eſt. Pater, qui calendarium excercere ſolebat pecuniis fœnerandis, nomina fecit ſub vſuris maioribus, quam ſoleant eſſe vſuræ pupillares, deinde moriens, filiam impuberem heredem reliquit datis ei tutoribus. Poſt mortem patris, nominibus paternis deperditis, puta, debitoribus factis non ſoluendo, & foro cedere coactis, pupilla agente ſub tutoribus, ſi tutelæ iudicio eorum nominum periculum tutoribus adſcriptum ſit, quod negligentes fuerint in eis exigendis, cum erant idonei, certum eſt, pupillam tutoribus cedere debere actiones calendarij, vel nominum cautionem fœnerati- D tiam, vt fit quotieſcunque oneratur quis propter alium, *l.1.§.non tantum, l.cum pupillus, inf.de tut.& rat. diſtrah.l. ſi minoris, ſup.hoc tit.l.6.C.arb.tut.* Neque vero tutoribus inanis ea actio erit aut inutilis, ſi quando debitoribus facultates ad ſoluendum acceſſerint, in quam vtique venient vſuræ poſt finem tutelæ inſecuti temporis: Quid vero fiet de præteriti temporis vſuris, quas tempore tutelæ tutor exegit, & rationibus pupillæ accepto tulit, vtrum eas pupilla ſibi retinebit, an hoc deſiderante tutore contenta erit vſuris pupillaribus, quæ leuiores ſunt. Hæc eſt quæſtio huius §. Et reſpondet Papinianus, pupillam vſuras exactas tempore tutelæ retinere citra vllam compenſationem, id eſt, integras retinere, ſine vlla deminutione, nequaquam facta compenſatione, vſque ad eam ſum- E mam duntaxat, quæ concurrit cum vſuris pupillaribus, vt ſcilicet id, quod plus eſt in vſuris, quas exegit tempore tutelæ, quam in vſuris pupillaribus, id tutoris lucro cedat, hoc non ita fiet, ſed pupilla retinebit integras maiores vſuras, quæ exactæ ſunt tempore tutelæ. Compenſationem igitur hoc loco Papinianus accipit, non pro contributione & compenſatione duarum ſummarum debitarum vltro citroque, vt in *titulo de compenſationibus*, ſed ſimpliciter pro computatione quacunque & collatione duarum ſummarum, duarum vſurarum maiorum & leuiorum, vt in *l.Titia §.qui in vita, ff.de legat.2.* Ergo fruſtra computabimus & conferemus vſuras maiores, quas exegit, cum pupillaribus, quæ ſunt leuiores; vt id, quo pupillares exactæ vſuræ ſuperant, ſibi habeat tutor, quoniam nihil ex his tutor ſibi habere poteſt, ſed integræ retinentur à pupilla. Et addendum, idem omnino ſeruari, ſi non ſint paterna nomina, ſed ab ipſo tutore contracta: Præſtabit enim tutor exactas vſuras, ſi grauiores ſint, nedum pupillaribus ſatisfaciet, *l.7.§. ſi tutor, hoc tit.*

Ad §. adoleſcens.

Adoleſcens tutoribus conuentis, à quibus totum ſeruari non potuit, aduerſus curatores qui tutelam ad ſe, negligentia non transtulerunt, integram actionem retinet: neque enim tutelæ iudicio conſumptum videtur, quod alterius officij querelam habuit.

SEntentia huius §. hæc eſt. Poſt pubertatem finemque tutelæ adoleſcenti dati ſunt curatores, quorum negligentia factum eſt, dum à tutoribus tutelæ rationem non exigunt, & interim tutores labuntur facultatibus, qui erant idonei tempore finitæ tutelæ, quorum, inquam, negligentia factum eſt, vt actione tutelæ à tutoribus adoleſcens totum non ſeruaret, quod ſibi debebant ex tutelæ adminiſtratione: ait Papinianus eo nomine, nempe negligentiæ eſſe adoleſcenti in curatores ſaluam & integram vtilem actionem negotiorum geſtorum, in id quod intereſt, quia ſuo periculo ceſſauerunt repoſcere tutelam, & eam in ſe tranſferre à tutoribus rationibus acceptis, *l. Æmylius, inf.hoc tit.l.2.C.de ſuſp.tut.* Ergo vtili actione negotiorum geſtorum aget adoleſcens in curatores, vt ſcilicet, quod à tutoribus ſeruare non potuit, id à curatoribus conſequatur, periculo inopiæ tutorum adſcripto negligentiæ curatorum. Electio actionis tutelæ, qua prius egit adoleſcens, non conſumit vtilem actionem negotiorum geſtorum, qui eſt finis huius §. Quia non idem hæc actio, quod illa continet. Illa continet querelam officij tutelæ, hæc continet officij curationis querelam male adminiſtratæ, alioquin ſi vtraque actio idem contineret, alia aliam conſumeret, *l.habebat, ſup.de inſt.act.* Quod autem Accurſius notat, curatores non conueniri ex hac cauſa manente adminiſtratione, *per l.actus, ſupra hoc tit.* cui addi poteſt *l.2.& l.12.C.de admin. tut.* Verum quidem ita eſt ſi generaliter cum curatoribus agatur de ratione adminiſtrationis, quia abſurdum eſt, adminiſtrationis rationem repoſcere ante perfectam adminiſtrationem & peractam: at ſpecialiter, vt quæque res adoleſcenti ſalua eſſe deſinit, cum curatoribus agi poſſe conſtat manente adminiſtratione, *l. cum curatore, hoc tit.l.16.§.vlt.ff.de tut. & rat.diſtr.l.1.§.ſed ſi pro tutore, infra de contr.act. tut.* Ergo & in hac ſpecie recte conuenientur curatores manente adminiſtratione ſpecialiter, quod tardius in ſe tranſlatis tutelæ rationib. rem ſuam à tutoribus adoleſcens ſeruare in ſolidum non potuerit.

Ad §. tutor qui tutoris.

Tutor qui tutoris idoneum heredem conuenire pupilli nomine noluit, damni vicarius ſubſtituitur, vt is, qui non idoneum tutela tempore ſuſpectum facere ſuperſedit.

EX duobus tutoribus vno defuncto, relicto herede idoneo, ſi is heres poſtea tutoris ſuperſtitis negligentia, id eſt, dum heredem tutoris non exigit in tempore & mature, dum eſt ſoluendo, ſi poſtea fiat non ſoluendo, ad tutorem ſuperſtitem, qui negligens fuit in herede contutoris exigendo, dum erat idoneus, damnum vicarium redundat, ſicut cum tempore tutelæ non idoneum contutorem, contutor ſuſpectum non facit, aut tarde, aut luſorie facit, vicarium damnum ad eum redundat.

l.14.h.t. l.2. C. de vsur. pupill. quæ est sententia huius §. Et est ei locus etiam in tutore honorario, eoue qui nihil gerit. Nam & ad eum pertinet periculum contutoris, si suspectum eum non fecerit cum sensim laberetur facultatibus, aut perperam rem pupilli administraret, *l.3.§.1. hoc tit. l.1. C. si tutor non gess.* Idemque seruatur in contutore aliarum rerum, non earundem diuisa tutela, *l.2. de diuid. tut. Damni vicarium substitui*, hoc loco est quod in *l.3. C. quo quis. ord. con. damno vicario obstringi*, & sic in §. *in eum sup.* substitutio est damni vicarij substitutio; substitui est in vicem eius poni à quo damnum seruari non potuit.

Ad §. tutelæ.

Tutelæ iudicium ita differri non oportet, quod fratris & coheredis impuberis idem tutelam sustineat.

TVtor datus est duobus fratrib. consortibus impuberibus, qui pro indiuiso possidebant communem hereditatem; vnus ex fratribus citius adoleuit, & liberatus est tutela. Quæritur an ex persona eius statim tutor tutelæ conueniri possit, non expectata pubertate alterius fratris consortis siue coheredis? & respondet posse conueniri. Ratio dubitandi, quam non percipiunt nostri interpretes, erat, quia communis inter eos erat res, quam idem tutor administrauit, communis hereditas, & ideo videbatur adolescens, qui citius pubuit, posse repelli hac exceptione, quod agat, non adiuncta persona consortis, quam exceptionem inuenio etiam aliquando probasse Constantinum *l.1. C. Theod. de dominio rei quæ poss.* sed ante Constantinum, ei exceptioni locus non fuit, & hodie non seruatur ea l. Constantini, sed vtimur iure antiquo, vt recte agat consors pro sua parte non expectato consorte, *l.1. C. de consort. eiusd. lit. l. si petitor, de iud.* Et hæc est vis & potestas huius. §. qui proprie & conuenienter adnotabitur ad illum titulum *de consortibus eiusdem litis.*

Ad §. vltimum.

Quod peculio serui actoris, quem adolescens postquam res suas administrare cœpit, manumisit, & retinuit, aut retinere potuit: in ratione reddenda, curatori per iudicem accepto feretur.

SEntentia hæc est. adolescens, postquam res suas administrare cœpit, id est, qui maior factus est, vel qui impetrauit veniam ætatis, is, inquam, seruum actorem bonorum suorum siue dispensatorem, quod interpretes nostri non intelligunt, siue Columellam, vt veteres recte vocant, iure manumisit non adempto, siue non retento peculio, aut retenta peculij parte tãtum, deinde agit cum curatore vtili actione negotiorum gestorum, vt rationem reddat administrationis. Papinianus ait, in ratione reddenda, seruum manumissum cum peculio, quod adolescens ei concessit, vel quod sibi retinuit, iudicem curatori accepto ferre: *Il l'en quittera*, quia non per eum adolescenti abest, sed per adolescentem ipsum, cui hoc patet, si meruerit veniam ætatis, non esse interdictam manumissionem seruorum, quia nec alienatio prædiorum ei interdicta erat ante l. 22 *C. de iis qui ven. ætat. impetrau.* In qua Constantinus exigit decretum prætoris vel præsidis vt valeat donatio omnis extra causam libertatis, etiam adhibito decreto, interdicta erat, vt diximus *in §. ab eo sup.* hodie quoque tentari potest post Constantinum, id est, post leg. 2. interdictam esse manumissionem seruorum rusticorum sine decreto, quia sunt pars prædiorũ rusticorum, *l.3 sup. de diuers. & temp. præsc. & Nouel. 7.* Et hæc de adolescente, qui liberatus curatoribus, rerum suarum administrationem suscepit. Alioquin adolescens seruum manumittere non potest sine curatoris auctoritate, & quam manumissionem, si fecerit curatore auctore, aduersus eam in integrum restitui non potest, nisi ex magna causa à Principe solo, si forte actorem manumiserit, vt in *l. 10. sup. de minorib.* quoniã actoris serui amissio plerunque est causa euersionis totius familiæ, quoniã res omnes familiares nouit, *l. vlt. sup. de offic. præsid.* Et quot sunt domini viri illustres, quibus plane res suæ incognitæ? sunt cognitæ solis actoribus, qui actum eorum gerunt, qui actum earum rerum gerunt quorum amissio ideo pertinet ad amissionem & euersionem totius rei familiaris.

Ad l. 5. quando ex facto tut.

Post mortem furiosi non dabitur in curatorem qui negotia gessit, iudicati actio: non magis quam in tutores, si modo nullam ex consensu, post depositum officium, nouationem factam & in tutorem vel curatorem obligationem esse translatam constabit.

INitio legis 5. hæc proponitur species: Furioso curator datus est, qui furiosi nomine iudicium accepit, & condemnatus est, deinde morte furiosi, antequam iudicati ageretur, finitum est officium curatoris. Quæritur, an in curatorem detur actio iudicati? & respondet Papinianus, post mortem furiosi in curatorem, quamuis condemnatus sit, & iudicatus, non dari actionem iudicati, dari igitur in heredem furiosi; denique non in iudicatum, sed in non iudicatum, hoc casu dari iudicati actionem. Idemque esse addit Papin. hoc loco, in tutore condemnato pupilli nomine. Nam & in eum post depositum officium, veluti post mortem aut pubertatem pupilli, vel quem alium tutelæ finem, non datur actio iudicati, sed datur vtilis in pupillum, heredemve eius aut curatoris, vt aperte definit *l. vlt. ff. si quis caut.* itemq; *l. argentarium §. 1. sup. de iudic.* quæ tutorem condemnatum pupillæ nomine finita tutela, & in curatorem translata, ostendit non teneri actione iudicati, quamuis condemnatus sit, sed in curatorem transferri actionem iudicati, qui tutori successit absente puella, scilicet quæ erat in prouincia: curator autem forte fortuna inuentus fuit Romæ, vbi mater puellæ contraxerat, cui puella heres exstitit, ex qua causa tutor puellæ nomine in prouincia condemnatus fuerat, quæ est propria & vera species d. §. 1. Verum est etiam, in curatorem adolescentis condemnatum nomine adolescentis post legitimam ætatem, atque ita post depositum officium, non dari actionem iudicati, sed vtilem dari in adolescentem ipsum, *l. 1. C. quando ex fact. tut.* Quod obtinet non tantum in actione iudicati, sed etiam in actione ex stipulatu, vel de constituta pecunia, vel de certa pecunia credita, vel qua alia actione & obligatione, quam tutor vel curator pupilli, vel adolescentis, vel furiosi, vel prodigi, vel etiam Reip. citra nouationem contraxit, nomine eius, cuius negotia gessit, vt patet ex hac lege in §. *tutor & l. vlt. §. vlt. vt leg. nom. cau. l. 28. in princ. sup. de adm. tut. l. cum quidam, C. eod. tit. l. 3. §. in eum, de adm. rer. ad ciuit.* vt scilicet ij omnes post depositum officium omnium earum obligationum onera recte recusent. Duo tantum sunt casus, quibus post depositum officium tutor vel curator conueniri potest, ex causa obligationis pro eo, cuius tutelam, vel curam contraxit, vel tutelam vel curam gessit, contractæ tempore administrationis: vnus casus hic est, si creditor eius, cuius tutelam vel curam gerit, pecuniam debitam cauerit nouatione facta, nouationem fecerit: nam ex ea causa etiam post depositum officium actio in eum datur, ne scilicet in damno versetur creditor, qui eius fide & expromissione contentus per nouationem reum principalem liberauit. Et ita de curatore Reip. nominatim proditum est in *d. l. 3. §. in eum*, vt & de tutore in h. *l.* si eius verba translata, & transiecta non essent: nam vt verba sunt collocata in hac

lege ponit nouationem fecisse tutorem post depositum officium, cum ponere debeat, fecisse ante depositum officium: neque enim hic quæritur, qui post depositum officium nouatione facta in se transfudit omnem obligationem, vice eius, cuius pridem tutelam gessit, an teneatur, quod erat extra omnem dubitationem, sed quod maxime dubitabatur, an, vt post depositum officium tutor cæteris obligationibus releuatur, quas suscepit tempore tutelæ pro pupillo, releuetur etiam obligatione pupillari, quam tutelæ tempore in se transfudit nouatione facta. Et vt palam initio h.l. agitur de curatore furiosi, qui eo viuo, scilicet furioso, manente administratione se obligauit, suscipiendo iudicium pro eo, an post depositum officium, veluti post mortem furiosi, iudicati teneatur. Itaque consequens est & consentaneum, mox in hac ipsa lege agi de tutore, qui tempore tutelæ pro pupillo iudicati obligationem suscepit, an post depositum officium iudicati actione teneatur, quod & statim, quod sequitur in hac lege, exigit omnino, dum subiicit: tutorem, qui non facta nouatione se soluturum cauit, pecuniã quam pater, cui pupillus heres exstitit, condemnatus fuit, id est, qui constituit se soluturum pro pupillo, vt similiter de curatore Reip. dicitur in *d.l.* §. *in eum*, post finitam tutelam, hoc est, post depositum officium, recte recusare actionem constitutæ pecuniæ, quia scilicet constituto, quod contraxit tempore tutelæ, non fuit nouata principalis obligatio, *l. si filiusf. sup. de in rem verso l. item illa* §. *vlt. l. vbi quis, ff. de const. pecun.* Et ideo creditori adhuc salua & integra est actio in debitorem principalem, vnde luce clarius existit, sic esse restituenda suo loco verba huius legis: *post mortem furiosi non dabitur in curatorem, qui negotia gessit, iudicati actio, non magis quam in tutorem post depositum officium, si modo nullam ex consensu nouationem factam, & in curatorem vel tutorem obligationem esse translatam constabit.* Et ait, *ex consensu nouationem factam*, ad differentiam nouationis necessariæ, quæ fit iudicio accepto, qua tutor, vt ante dixi, post depositum officium, absoluitur. *Voluntaria*, id est, facta ex consensu, non absoluitur. Alius autem casus, quo tutor alij ex administratione tutelæ tenetur, etiam post depositum officium, ponitur in extrema parte h.l. Si tutor suo nomine pecuniam mutuam acceperit & verterit in rem pupilli, si inde pecuniam, in quam pater pupilli condemnatus est, cui pupillus heres extitit, exoluit, atque ita pro pupillo iure hereditario obligato iudicati nomine, iudicatum fecerit: nam & ex hac causa post depositum officium in tutorem est actio creditæ pecuniæ, quia perinde atque facta nouatione voluntaria ex ea causa ipse solus tutor obligatur, vt in *l. tutorem* §. *aduersus, sup. de admin. tut.* nisi, vt eleganter subiicit, si creditor pupilli contemplatione credidit, vt pecunia verteretur in causam iudicati, si pupillum sibi obligari voluit, non tutorem, cui numerabat pecuniam, quo casu solus pupillus creditori tenetur, argum. *l. si pupilli* §. 1. *de negot. gest.* Non tutor tenetur post depositum officium: durante officio tutelæ non est dubium, eum pupilli nomine conueniri posse, *l.* 1. §. *sufficit, ff. de administ. tut.* Et hæc est sincera interpretatio huius legis.

At circa eam multa quæri possunt: ac primum quidem initio ait, post mortem furiosi, in curatorem nomine furiosi non dari iudicati actionem. Quæri potest, an viuo furioso, in curatorem, qui condemnatus est nomine furiosi, detur actio iudicati? Et lex ipsa ex contrario significat dari: ac sane ita est hoc velle Papinianum, vt quo casu in curatorem viuo furioso datur actio, in curatorem inquã, condemnatum datur actio iudicati manente officio curationis, non detur etiam post mortem furiosi, quo casu veluti curatore condemnato, vel patre furiosi, vel ipso furioso, antequam furore corriperetur, quia cum furioso nulla actione agi potest, *l.* 2. *sup. de condict. furti. l.* 4. *ff de in ius voc.* Necesse igitur est iudicati agi in curatorem: actio autem iudicati exercetur in bona, captis pignoribus, *l.* 1. *C. eod. tit.* an ergo pignora curatoris capi possunt? Sic sane: si

A scilicet agat contumaciter & iudicatum facere detrectet: sed quod præstiterit consequetur à furioso cum resipuerit, vel ab herede eius contraria actione negotiorum gestorum. Item quæri potest, an tempore tutelæ condemnatus tutor nomine pupilli teneatur actione iudicati? & in tutore ita distinguendum est: aut se liti obtulit, aut non. Si se liti obtulit, id est, si cum posset pupillo auctor fieri ad iudicium accipiendum, ipse maluerit accipere, proculdubio ipse tenetur iudicati actione, *l.* 2. *sup. de admi. tutor.* Ergo ex causa iudicati, in causam iudicati pignora capi ex eius bonis possunt. Si se liti non obtulit, sed ex necessitate officij pro infante, vel absente pupillo, qui iudicio accipiendo idoneus non est, iudicium accepit, & condemnatus fuerit, ei succurritur, vt non detur in eum actio iudicati, *d.l.* 2. *& l. pen. hoc tit.* sed detur in pupillum, cum in-B fantiam excesserit, vel abesse desierit, quo tempore idoneus est iudicio accipiendo, pupillus idoneus est litigator tutore auctore, ergo & eius bona pignori capi possunt in causam iudicati, vt *l.* 1. *C. de præd. min.* Hoc, inquam, casu in pupillum datur actio & executio iudicati, excepto vno casu, si causa ex qua tutor condemnatus est, descendat ex contractu patris, cui pupillus heres exstitit. & post condemnationem tutoris pupillus tutore auctore se bonis paternis abstinuerit: tunc enim nec in pupillum, nec in tutorem iudicati actio competit, *d.l.* 2. *de administr. tut. l. vlt. ff. si quis caut.* Sed dabitur actio iudicati in substitutum pupilli, vel coheredem, vel alium successorem patris, qui successerit ex successorio edicto, *l. ex contractu, inf. de re iudic.* Sane in tutorem eo casu non competit actio iudicati, quia nec, si pupillus se non abstinuerit, quum tutor iu-C dicium accepit nomine infantis pupilli vel absentis, in eum eiusve bona non exercetur actio iudicati, imo nec in fideiussores eius, si iudicatum solui satis dederit tutor, *d.l.* 2. §. *vlt. de administr. tut.* Quæ est accipienda de satisdatione iudicatum solui, quæ scilicet, vt satisdato de rato, ex edicto prætoris ante Iustinianum, etiam à tutore & curatore præstabatur, § *tutores, Inst. de satisdat.* hodie non præstatur ab eis ex Const. Iust. *l. vlt.* §. *defensionem, C. de administ. tut. l.* 1. §. *sufficit, sup. de administr. tut.* Cuius §. stylus aperte prodit, totum esse compositum à Triboniano secundum Constitutionem Iustiniani. Eadem vero distinctio, quam feci in tutore, seruatur in curatore adolescentis, vt si pro absente coactus iudicium acceperit, ipse iudicati non teneatur, si pro præsente liti se obtulerit, ipse iudicati teneatur: Nam etiam eadem distinctio admittitur in procuratore, *l.* 4. *inf. de re iud. l. Plautius, sup. de procur.* nempe, vt in procuratorem voluntarium, id est, nego-D tiorum gestorem detur actio iudicati, non in mandatarium siue procuratorem ex mandato.

Et postremo quæri potest: an quod diximus tutorem vel curatorem ex sua administratione & negotio, quod cum alio contraxit vel quasi contraxit pupilli nomine, vel adolescentis, vel furiosi, vel prodigi, vel etiam Reipubl. non teneri post depositum officium, exceptis duobus casibus supra relatis, an id etiam locum habeat in procuratore? Et sane diximus lib. 1. procuratorem, qua actione teneri cœperit tempore administrationis per causam administrationis, eadem quoque eum teneri post finitum mandatum, vel post depositum officium, nec rele-E uari auxilio prætoris, *l.* 67. *de procur.* Et in hac re esse differentiam inter munera publica, veluti tutelam & curationem, quam inuiti suscipiunt, quæ ratio efficit, vt releuentur post depositum officium, & munera priuata, veluti procurationem, quæ non nisi volenti defertur, quam differentiam memini me exponere lib. 1. ad supra dictam *l.* 3. § *in eum, de admi. rer. ad ciuit. pert.* coniunctam cum *d.l.* 67.

Ad l. 11. de suspect. tutorib.

Post finitam tutelam cognitio suspecti tutoris, quamuis pri

pridem recepta soluitur.

CErtum est in tutorem vel curatorem, qui male aut fraudulenter in tutela vel cura versatur, esse ex XII. tabulis quasi publicam suspecti accusationem, qua id agitur, vt remoueatur vel tutela abeat, vt postquam abierit tutela, eum eo agi possit tutelæ iudicio, vt rationem reddat, vel rationibus distrahendis, actione rationum distrahendarum, vt in duplum reddat, quod per fraudem eius pupillo abest vel adolescenti, vel furioso, vel prodigo. Nunc finge, receptam semel fuisse accusationem cognitionemque suspecti tutoris lite cum eo contestata, receptumque tutorem inter reos, & pendente ac suspensa cognitione, suspenso crimine, non quidem morte tutoris (constat enim morte rei solui omne iudicium criminale, *l. in Senatusc.* §. *si propter, ad Senatusc. Turp.*) sed alio modo, veluti pubertate, aut adrogatione, aut deportatione, aut seruitute, aut captiuitate pupilli, finitam tutelam fuisse: finge, inquam, pendente iudicio suspecti tutelam finitam fuisse non morte rei, id est, tutoris, sed alio quocunque modo: Quæritur, *an soluatur perimaturque iudiciũ & cognitio suspecti tutoris pridem recepta?* Et respondet Papin. solui atque perimi. Ratio dubitandi hæc erat, quia semel recepta cognitio criminalis viuo reo ex Senatusconsulto Turp. non temere soluitur sine abolitione, sed crimen suspecti tutoris facile soluitur, cum & ab eo accusator impune desistat sine abolitione, *l.* 1. §. *suspecti, ff. ad SC. Tertull.* Et ratio decidendi hæc est, quia finita tutela agi potest tutelæ iudicio, vel rationibus distrahendis, quibus vt agi possit, in hoc solum instituitur suspecti tutoris crimen: neque enim his actionibus, tutelæ scilicet & rationibus distrahendis agi potest, quamdiu tutor manet, sed tum demum, cum tutor esse desiit, deposito officio finitaque tutela, & cuius criminis, si iam finita esset tutela, cognitio non reciperetur, *l.* 3. §. *quæri, hoc tit.* eius quoque criminis, cum post receptam cognitionem tutela finitur, cognitionem durare non oportet, vt quæ alias non instituitur, nec duret finita tutela, *argum. l.* 6. *ff. vt in possess. legat. l. Granius* §. *& puto, de fideiussor.* Et ita est explicanda hæc lex *pen.* Ex ea vero, mihi temperare non possum, quin aperiam quam mihi sit suspecta scriptura §. *si quis autem, Insti. de suspect. tut.* vbi primo loco ait, ei, qui suspectus postulatus, nondum damnatus vel remotus est; *quoad cognitio finiatur interdici administratione rerum pupilli, vt,* inquit, *Papiniano visum est.* Quæ quidem sententia Papiniani nullo loco exstat, verissimum tamen est interdici administratione, interim postulato suspecto, vel nominatim à prætore vel præside, *l.* 7. *C. eod. tit.* vel tacite interdictam videri, maxime curatore, qui interim administrat, dato in locum eius, *l. quod si forte* §. 1. *de solut.* Deinde subiicit eodem loco, semel susceptam suspecti cognitionem exstingui, si postea tutor vel curator, qui suspectus postulatus est decesserit. quo nihil erat certius: quis enim nescit, morte rei omnem cognitionem criminalem exstingui? At non erat æque certum, an etiam exstingueretur semel recepta suspecti cognitio, si interim alio modo quam tutoris morte tutela finiretur. Vnde apparet in eo §. exprimi, quod erat certum, omitti quod æque non erat certum. Et prudentius Papinianus hoc loco omittit casum mortis tutoris: nec enim dicit; post mortem tutoris, sed generaliter, post finitam tutelam, vt intelligeremus & alio quocunque modo finita tutela exstingui suspecti cognitionem pridem receptam. Qua de causa in *d.* §. *si quis autem*, suspicor insidere mendum vetustissimum, quod scilicet insederit & inoleuerit, & ab ipsa scriptura iuris auctoris, vt fit sæpe, vnde profluxit ille §. *si quis autem.* Nam Institutiones ductæ sunt ex Iurisconsultorum libris, excepta parte ea, in qua refertur ius nouissimum, quod Iustinianus introduxit. Denique existimo penitus insedisse hoc mendum, & pro *decesserit* scripsisse aut voluisse iuris auctorem scribere, *esse desierit.* At cum perperam legeretur, *decesserit*, in re tam manifesta & clara, hæc fuit, vt opinor, causa non necessaria auctoritatem Papiniani transferendi in superiorem sententiam, de interdicenda administratione suspecto postulato, quæ subiici debuit posteriori sententiæ, de cognitione soluenda, nimirum restitutæ hoc modo: *Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, postea que tutor vel curator esse desierit, exstinguitur suspecti cognitio, vt Papiniano visum est.* & Papiniano nimirum visum est in hac *l. pen.* In eod. tit. Institutionum memini, me alias monere etiam alium errorem grauissimum insidere in §. *seq.* dum ait, tutorem, qui data pecunia ministerium tutelæ adquisierit vel redemerit, non tantum remoueri à prætore vt suspectum, sed etiam remitti puniendum à prætore ad præfectum vrbi. vbi manifestum est, ex *l.* 3. §. *tutor, hoc t.* esse legendum, *qui data pecunia ministeriis tutelam redemerit*, ministeriis, id est, officialibus prætoris per quos fit inquisitio. Nam & illo loco veteres libri non habent, *adquisierit.* Et ostendam etiam alium errorem tertium in eod. tit. §. *suspectus autem*, vbi duobus locis pro *Iulianus scripsit*, scribendum est, *Iulianus rescripsit*, id est, *respondit*, vt in *l. ex contractu, inf. de re iud.* Quamobrem & eo loco id Theophilus vocat Iuliani ἀπόκρισιν, id est, responsum siue rescriptionem. Et hæc est sententia huius legis.

Ad l. 28. de excus. tut.

Tutor petitus, ante decreti diem si aliquod priuilegium quærit, recte petitionem institutam excludere non poterit.

INitio huius legis ostenditur, tutore nominato & petito veluti à matre vel agnatis, aut liberto, ad excusationem id priuilegium eamue immunitatem tantum ei prodesse, quam habuit petitionis tempore, non quam post petitionem acquisiuit ante decreti diem, id est, antequam à prætore, vel præside causa cognita tutor decerneretur, vt in *l.* 2. §. *pen. h. t. & l. pen.* §. *hoc circa, de iure immu. & l.* 2. §. *qui ad munera, inf. de vacat. mun.* Ius liberorum vel ius corporis, aut collegij, aliudue priuilegium ostenditur excusare à tutelis & aliis muneribus ciuilibus, quod quis habuit, antequam vocaretur ad munera ciuilia, non quod postea quæsiuit. & ita postquam vocatus quis est in ius, priuilegium fori, quod deinde adquisiuit, nihil ei prodest, quia id non habuit, quo tempore in ius vocatus est, *l.* 7. *sup. de iud. l. pen. sup. de iurisdict.* Huic sententiæ & responso multa obiicit Accursius hoc loco, *l. qui autem, sup. si quis caut. l.* 15. §. 1. *h. t. l. non tantum* §. *vacare, h. tit. l. ab his onerib.* §. *auctis, & l. prætor* §. *si post, de vacat. mun.* nec respondet quicquam. Primum *l. qui autem, si quis caut.* ad quam etiam ei conuenienter non apponit speciem, ait, *si quis eum, qui in ius vocatus est, iudicio sisti promiserit quem vtique sistere debet, in eadem causa non videri eum sistere*, in eadem causa, si nouo priuilegio vtatur, quod quæsiuit post vocationem in ius; ergo licet vti priuilegio quæsito post vocationem in ius, & quodammodo cœptam litem. Sed non de quocunque priuilegio, non de priuilegio fori, non de priuilegio excusationis siue immunitatis loquitur, quo vti non licet, si quæsitum sit post vocationem in ius, vel post vocationem ad ciuile munus aut nominationem & creationem. Verum conueniens exemplum apponi oportet, quo non subuertantur aliæ auctoritates iuris, quæ cohærent, nec dissentiunt inuicem & obiter dissoluamus. Igitur *l. qui autem*, de alio priuilegio est, vt puta, si in capitali causa, qui reum sisti promisit, eum postea decurionem factum sistat, vtentem priuilegio curiæ in pœnis euitandis & tormentis. Nam hoc habent priuilegium decuriones, ne subiiciantur tormentis in causis capitalibus, ne subiiciantur pœnæ plebeiorum, quod est notissimum, *l. moris* §. *pen. de pœn.* Hunc igitur, qui sisti promisit, si postea decurionem factum sistat, non videtur sistere in eadẽ causa, quia priuilegio decurionatus vti potest, etiamsi id adquisierit post vocationem in ius demum, vel cautionem iudicio sisti. Denique qui post hanc cautionem factus est

decurio, vti potest priuilegio decurionatus in pœnis euitandis, sicut seruus sisti promissus in causa capitali, si sistatur liber factus, iure liberi hominis vti potest, ne subiiciatur seruilibus pœnis, *l.pen.ff.si ex nox.cau.ag.* Nam in capitalibus causis, vt aliter de seruo, aliter de libero homine vindicta sumitur; ita aliter de plebeio, aliter de decurione. Quamobrem qui seruum sisti promisit, non videtur eum sistere in eadem causa, si liberum sistat, vel qui plebeium sisti promisit, non videtur eum sistere in eadem causa, si decurionem sistat, maxime in iudiciis criminalibus. Priuilegium fori vel excusationis statim vires suas exerit & exercet ab initio, eo tempore, quo quis vocatur in iudicium, vel ad munus ciuile. At priuilegium in pœna euitanda vires suas exercet tempore accepti iudicij, vt probat *d. l. pen.* non tempore delicti, nisi congruat cum tempore iudicij accepti, siue litis contestatæ, non tempore vocationis in ius, non tempore etiam rei iudicatæ, vt in *l.1.inf.de pœn.* quæ hoc modo in concordiam facile adducetur cum *d.l.pen.* vt si quæratur, cuius conditionis fuerit is, qui deliquit, dicamus, si conferatur tempus delicti cum tempore rei iudicatæ, spectari tempus delicti, quod modo congruat cum tempore iudicij accepti: quod si non congruat & conferatur tempus delicti cum tempore iudicii accepti, spectari potius tempus iudicij accepti, siue litis contestatæ. Nihil enim obstat huic responso *l. 15. §.1.h.t.* ex qua tutor susceptam tutelam impuberis plebeij ignobilis & inhonorati, deponit, si postea fiat Senator, & excusatur, si fiat Senator populi Rom. quoniam, vt respondet, hoc est speciale in Senatoribus, vt superueniens senatoria dignitas, quam non habuit eo tempore, quo tutor petitus est & datus, liberet tutela plebeiorum; sicut & idē in aliis quibusdam receptum est, qui & accepta tutela excusantur in perpetuum, vel ad tempus incidente iusta causa, de quibus agitur in *l.11.& 12.l.30.in pr. & 40.h.t. l.verum §.ex facto, sup. de minorib.* ad quod etiam respicit *l.prætor §.si post, de vacat. mun.* quam hoc loco etiam obiecit Accursius. Itaque eodem modo est respondendum *d. l. Prætor, & d.l.15.h.t.* Idem quoque Accurs. obiicit *l. non tantum §.vacare, h.tit.* quæ omnino congruit cum hoc responso. Ait n. accepta tutela non excusari tutorem, si postea immunitatem consequatur. Postremo male etiam obiicit Accurs. *l. ab his oner. §. auctis, de vac.mun.* quæ dicit, pauperem imparem oneri tutelæ ferendo, non excusari à muneribus ciuilibus, si pendente iudicio quod hac de re agitatur, auctus sit facultatibus, quod est longe diuersum ab eo, quod proponitur hoc loco. Hic enim agitur de causa excusationis superueniente post nominationem & petitionem tutoris: ibi agitur de causa excusationis præueniente. Et tamen in vtraque idem iuris est, vt neque superueniens prosit ad excusationem, neque præueniens, veluti si pauper ante sententiam finitam sit auctus facultatibus, & ita facile liberabimur ab his omnibus, quæ nobis obiicit Accursius.

Ad §. quæ tutoribus.

Quæ tutoribus remunerandæ fidei causa, testamento parentis relinquuntur, post excusationem, ab heredibus extrariis quoque retineri placuit, quod non habebit locum in persona filij, quem pater impuberi fratri coheredem, & tutorem dedit: cum iudicium patris vt filius, non vt tutor promeruit. Tutorem ad tempus exulare iussum excusare non oportet, sed per tempus exilij curator in locum ipsius debet dari.

IAm ostendi lib.4.ad *l.24.de test.tut.* tutorem, qui se excusat à tutela, cum iure non prohiberetur tutelam suscipere, id quod sibi testamento patris relictum est, vt tutori fidei & laboris remunerādi gratia, amittere. Quod verum est, etiamsi se in partem excusauerit, puta, pro parte rerum prouincialium, pro parte Italicarum susceperit tutelam. Nam & hoc casu totum amittit, quod sibi testamento patris relictum est fidei remunerandæ causa, *l.* A *etiam, de leg.1.* Et ait hoc loco *fidei remunerandæ gratia*, quæ verba Græci inepte accipiunt de fideicommisso relicto tutori, cum palam sit, ea esse de fide tutoris, vt loquitur *l.tutorem, de his quib.vt indign.* quam scilicet in gerenda tutela exhibet pupillo: & recte ait, *fidei remunerandæ gratia*, quia si filio impuberi, alium filium maiorem 25. annis tutorem dederit, & coheredem etiam adiecerit, & si sese excusauerit tutela iusta ex causa, quæ recepta fuerit, non amittit portionem hereditatis, quia non fidei remunerandæ gratia coheres adiectus videtur. Id enim promeruit, inquit, vt filius, non vt tutor, & tutor, qui se excusat, id tantum amittit, quod promeruit vt tutor, id est, fidei remunerandæ gratia. Id autem quod amittit tutor ex ea causa, Papinianus ostendit hoc loco remanere B apud heredem patris, nec transire in fiscum, quamuis id amittat tanquam indignus, & remanere apud heredem patris, etiam extraneum. quam in rem hic locus est singularis, alioquin videretur remanere apud pupillum, cuius vtilitatem tutor deseruit repudiata tutela ex *l.5.§.amittere, de ijs quib.vt indign. l.pen. C. de leg.* sed non aliter remanere apud pupillum, quam si heres patri exstiterit, ex hoc loco intelligitur. Male enim Doctores remanere apud heredem, sed mox restitui pupillo exheredato. Et postremo notandum est, ex *§.vlt.* in locum tutoris ad tempus exulare iussi ob crimen aliquod alium tutorem non dari, sed curatorem, quia datus in exilium temporale tutor esse non desinit, *l.siue heredem §. vlt. sup. de adminis. tut.* Et regula iuris vetat tutorem habenti alium tutorem C dari. Idcirco dabitur curator, non tutor: at in locum damnati tutoris exilio perpetuo, alius tutor datur, quia tutor esse desiit, vt in *l.seq.l.3.C.qui tut.pet.poss. l. 3. C. in quib. caus.tut. hab.* & si tutor dari potest, multo magis curator, vt in *l.quod si forte §.quid ergo, de solut.* Exilium dicitur de deportatione proprie, quæ est capitis deminutio media *l.2.inf.de pub.iud.* Hoc loco posset quis dicere, exilium dici de relegatione, quoniam distinguit inter exulare iussum ad tempus, & exulare iussum in perpetuum: ergo de relegato loquitur, non de deportato, quoniam deportatio non fit ad tempus, nulla capitis deminutio fit ad tempus. Relegatio non est capitis deminutio, deportatio est capitis deminutio, & ideo non est ad tempus, *l.7.§.hæc est differentia, & l.8.inf.de int. & releg.* At verius est, exilij nomine significari hoc loco, & deportationem & relegatio- D nem. Nam & per errorem iudicis quandoque deportatio, sicut damnatio in metallum, quæ est capitis deminutio eiusdem gradus, fit ad tempus, quo casu non habetur, pro capitis deminutione, *l capitalium §.Diuus, de pœn.* Itaque deportatus ad tempus non desinit esse tutor, ac proinde in locum eius dandus est curator, non tutor.

Ad l.30.de excus.tut.

Iurisperitos qui tutelam gerere cœperunt, in consilium Principum adsumptos, optimi maximique Principes nostri constituerunt excusandos, quoniam circa latus eorum agerēt, & honor delatus finem certi temporis, ac loci non haberet.

E REgulariter superueniens priuilegium, vel dignitas post petitionem ac dationem tutoris cœptamve tutelæ administrationem, nullam præbet excusationem, sed vt diximus initio *l. 28. hoc tit.* excipiuntur tutores, qui post cœptam administrationem tutelæ cooptantur in amplissimum ordinem, vt in *l. 15. hoc tit.* Excipiuntur etiam initio h. l. 30. Iurisconsulti, qui in consilium Principis adsumuntur, qui non tantum ne accipiant, sed etiam accepta tutela excusantur, vt *l. verum §. ex facto, de minor.* Et quidem in perpetuum, sicut Senatores, quia & is honor est perpetuus, id est, vt hoc loco Papinianus ait, certi temporis, vel loci finem non habet. Hoc Græci interpretes accipiunt de Quæstoribus sacri palatii, quos hodie Cancellarios appellamus: sed lex generaliter loquitur

quitur de quibuſcunque conſiliariis intimi, ſanctioris & arcani conſeſſus Principis. Et hoc priuilegio vſum Arrium Mænandrum Iuriſconſultum, qui libros ſcripſit de re militari, ſuſceptam tutelam depoſuiſſe refert Vlpianus in *d.* §. *ex facto.* ex conſtitutione ſcilicet Seueri & Antonini, hos intelligit Papinianus hoc loco, cum nominat optimos maximos Principes ſuos, vt in *l. 8. in princ. &* §. *vlt. ff. de vacat. muner.* quorum & ipſe Papinianus conſiliarius fuit.

Ad §. cum oriundus ex prouincia.

Cum oriundus ex prouincia, Romæ domicilium haberet, eiuſdem curator decreto Præſidis ac Prætoris conſtitutus, rerum adminiſtrationem vtrubique ſuſcepit. Placuit eum duas curationes adminiſtrare non videri, quod videlicet vnius duo patrimonia non videntur.

Certum eſt tria onera tutelarum vel curationum à quarta præbere excuſationem, *l. 1. C. qui num. tut.* Vnde ſi quis vnius adoleſcentis curationem ſuſceperit, qui bona poſſideat in Italia, vbi domicilium habet, & in prouincia quoque vnde originem traxit, & omnium bonorum adminiſtrationem ſuſceperit, cum eſſet idem tam à prætore datus bonis Italicis, quam à præſide prouincialibus, vt in *l. pupillo, de tut. & cur. datis.* Quæritur, an hanc curationem pro ratione diuerſorum bonorum tutor ſcindere poſſit, ita vt eam computet pro duabus, quandoquidem, ſi partis bonorum adminiſtratione ſe excuſaſſet, puta, prouincialium, vt potuit *l. 10. §. 2. & 3. & l. 19. hoc tit. l. 2. C. eod. l. etiam, de leg. 1.* eo caſu adoleſcenti dati duo curatores fuiſſent, vnus Italicarum, alter prouincialium rerum. Hic igitur, qui vniuerſi patrimonij adminiſtrationem ſuſcepit, omniumque bonorum, ſuſtinet onus duorum. Videtur ergo hæc curatio haberi poſſe pro duabus. Et tamen aliud Papiniani iudicium eſt, qui reſpondet hoc loco, eam curationem pro vno tantum onere haberi, non pro duobus; optima ratione, quia vnius hominis non intelliguntur eſſe duo patrimonia, ergo nec duæ curationes, quia curationes patrimoniis dantur, vnius, inquam, hominis viui, ſicut nec mortui duæ hereditates eſſe intelliguntur, niſi militis, in quo ſpecialiter conſtitutiones quaſi duorum hominum duas hereditates faciunt, caſtrenſem & paganam: teſtamentariam, & legitimam, ſi pro parte tantum teſtatus ſit, *l. ſi certarum, ff. de milit. teſtam.* Sicut in impubere adrogato, ſi moriatur, cui præmortuus adrogator ſubſtituerit in ſecundum caſum, intelligitur habere duas hereditates, teſtamentariam, id eſt, ſubſtitutionem pupillarem in quarta Antoniana, quæ ei debetur ex bonis adrogatoris: legitimam, in cæteris bonis, prout Accurſius ponit ſpeciem in *l. ſi adrogator, de adopt.* nec male, cum in *l. ſed ſi plures §. ad ſubſtitutos, ff. de vulg. ſubſtit.* miles comparetur impuberi adrogato.

Sequitur in hac lege: *Qui priuilegio ſubnixus eſt fratris curationem ſuſcipere non cogitur.* Sententia huius verſus hæc eſt: Immunitate & priuilegio, quod quis habet, vti eum poſſe, etiam aduerſus fratrem impuberem, cui tutor datus eſt, quod & ſupra indicauit in *l. 28. §. 1.* Et Gloſſa ait, hoc loco, ſic etiam in patre: Ego, ſic non eſſe in patre, quia contra naturales ſtimulos facit, vt ait *l. 36. in fin. h. t.* παρὰ τὴν στοργὴν φυσικήν. Impie igitur, qui ſe tentat excuſare curatione vel tutela filij emancipati, veluti iure trium liberorum. In eo numero computato etiam ipſo filio emancipato, cui tutor vel curator petitur, vt in ſpecie *d. l. 36.* Nam, vt eleganter ibidem Græci notant, abſurdum eſt, filium aduerſus ſeipſum prodeſſe patri. ἄτοπον ἐστι τὸν υἱὸν, &c. Et rectiſſime ſic eam l. Græci accipiunt, vt præmium, quod patri datur propter numerum liberorum, ei non denegetur, cum extero curator petitur: denegetur autem plane atque diſtricte, cum filio curator petitur.

Ad §. vltimum.

Patronus impuberi liberto quoſdam ex libertis tutores aut curatores teſtamento dedit: quamuis eos idoneos eſſe conſtet, nihilominus iure publico poterunt excuſari, ne decreto confirmentur.

Senſus hic eſt: Si patronus libertum idoneum moribus & facultatibus colliberto heredi inſtituto, vt exigit *l. 4. ſup. de confir. tut.* tutorem dederit teſtamento vel curatorem, qui licet iure datus non ſit, cum datus ſit ei, quem in poteſtate non habet, tamen decreto confirmari poteſt, *l. 28. §. vlt. ſup. de teſtam. tut.* Ne tamen decreto confirmetur, non prohiberi eum, ſe iure publico excuſare à tutela colliberti, cui tutor à patrono datus eſt, veluti iure trium liberorum, aut iure trium tutelarum, quia ei ſoli liberto non licet vti vllo iuſto titulo excuſationis, qui tutor vel curator datus eſt liberis patroni ex oratione Diui Marci, *l. 14. hoc tit. l. 5. C. eod.* non qui datur collibertis. Et addit Papinianus, *ne decreto confirmentur*, quia poſſunt allegare excuſationem, antequam confirmentur. Exequi autem eam non poſſunt, niſi poſt confirmationem: executio eſſet præpoſtera, *l. Caius, l. Neſennius, hoc tit.* ſequitur ex eod. lib. *l. 14. de cur. fur.*

Ad l. 14. de curat. furioſ.

Virum vxori mente captæ curatorem dari non oportet.

Sententia vero legis 14. hæc eſt, Ne maritus vxori mente captæ curator detur, nihil præterea. Cuius ſententiæ ratio hæc eſt, Ne cohibeatur ratio reddendæ curationis ſanitate vxori reddita. Hæc ſententia ex oratione Marci & Commodi ac Senatuſconſulto de inhibendis nuptiis deſumpta eſt. Qua ratione etiam maritus non datur curator vxori minori viginti quinque annis, aut datus, niſi ſe excuſauerit, remouetur, *l. 1. hoc tit. l. 4. C. eod. l. 2. C. qui dare tutor. poſſ.* Eademque ratione nec ſocer nurui curator datur, *l. licet, C. eod. tit.* vnde videmur hoc loco iungere poſſe, quod ex eodem Papiniani libro refertur in *l. ſi quis tutor §. quid ergo, ff. de ritu nupt.* Nam eadem oratione & Senatuſconſulto, de quo illo loco agitur, & ratione eadem, tutor prohibetur ſibi vel filio ſuo coniungere eam, quæ pupilla ſua fuit, ne cohibeatur ratio reddendæ tutelæ, *l. pen. §. ſed videamus, eod. tit.* Sed videamus, an ad prohibitionem nuptiarum cum pupilla contrahendarum pertineat tutor, qui cum ſe excuſare vellet iuſta ex cauſa, quærendarum probationum cauſa diſtulit negotium, traxitque cauſam excuſationis ſi interim pupilla adoleuit. Cuius quæſtionis definiendæ cauſa ante omnia videndum eſt, an poſt pubertatem finitamque tutelam excuſatio eius recipi poſſit. Nam ſi poſſit recipi & recipiatur, impune ducet pupillam vxorem, cui nullo modo eſt obligatus: ſi non poſſit recipi, non impune, non licite eam ducet vxorem, quia præteriti temporis periculum ad eum ſpectat & rationibus reddendis pupillæ obnoxius eſt ratione exacti temporis, quo ceſſauit & moram traxit. Et ita hoc ipſo lib. Papinianum reſpondiſſe Vlpianus refert in *d. l. ſi quis tutor.* Sed eius reſponſum improbat. Si negotium excuſationis, non dolo malo, ſed ex neceſſitate delatum fuerit, cum in promptu probationes non eſſent, iniquum eſt, propter hanc dilationem iuſtam non excuſari eum poſt pubertatem pupillæ, vel nuptias impediri excuſatione recepta.

Huic loco iungamus etiam alios, quibus Papiniani auctoritas in testimonium vocatur ex eod. libro, qui omnes sunt de tutelis: deinde à tutelis transeamus ad hereditates, ac primum iungamus *l. 5. §. Papinianus ff. de administr. tut.*

Ad §. Papinianus l. 5. de administr. tutor.

Papinianus libro 5. Responsorum ita scribit: pater tutelam filiorum consilio matris geri mandauit, & eo nomine tutores liberauit: non idcirco minus officium tutorum integrum erit, sed viris bonis conueniet, salubre consilium matris admittere: tametsi neque liberatio tutoris, neque voluntas patris aut intercessio matris, tutoris officium infringat.

IN hoc §. proponitur: patrem mandasse in testamento filiorum suorum tutelam geri consilio matris, & si quid ex consilio matris tutor fecisset, eo nomine eum liberari, nec obligari voluisse. Tale mandatum patris recte Papin. censuit non infringere aut deintegrare officium tutoris, quo minus gnaue & diligenter tutelam gerat, etiam sine consilio matris, aut non sequuto consilio matris, si videatur non esse ex re pupilli. Nam & in aliis plerisque §§. eadem lex docet, patris voluntatem non esse sequendam, vt si tutores datos iusserit esse ἀνεκλογίστους, id est, non obnoxios reddendis rationibus: vel si prohibuerit vendi res tempore perituras, bono tamen viro conuenire salubre consilium matris admittere. Et alia est ratio *l. Titium in princip. eod. tit.* in qua non consilio fratris tantum, qui contutor erat, sed etiam opera, pater rem pupilli administrari voluit. Ideoque alteri sine altero alter recte nō soluit, quia non vni mandata est administratio ex sententia tantum & consilio alterius, sed vtrique, ita vt in ea patrui consilium praepolleret, qui & ipse tutor est. Est & alius elegantissimus locus in *l. pen. §. quanquam, infra de reb. eor. qui sub tut.*

Ad §. 1. l. 13. de rebus eor. qui sub tut.

Quanquam autem neque distrahere, neque obligare tutor pupillare praedium possit: attamen Papinianus libro quinto responsorum ait, tutorem pupilli sine decreto Praetoris, non iure distrahere. si tamen, inquit, errore lapsus vendiderit, & pretium acceptum creditoribus paternis pueri soluerit: quandoque domino praedium cum fructib. vindicanti, doli non inutiliter opponitur exceptio, pretium ac medij temporis vsuras, quae creditoribus debentur, non offerenti, si ex caeteris eius facultatibus aes alienum solui non poterit. Ego autem notaui: Et si solui potuerit, si tamen illae res saluae erunt, ex quarum pretio aeri alieno satisfieri potuit, dicendum est, adhuc doli exceptionem obstare, si lucrum captet pupillus ex damno alieno.

CErtum est tutorem illicite vendere praedium pupillare sine decreto praetoris vel praesidis: Et si vendiderit, venditionem ipso iure nullam esse, & quandoque pupillo competere vindicationem praedij non iure distracti & fructuum exstantium, & condictionem consumptorum, si quis mala fide emerit, *l. 2. C. si quis ign. rem min. l. si praedium, C. de praed. min.* At finge, errore iuris lapsum tutorem, praedium pupillare vendidisse sine decreto, & pretio liberasse creditores paternos pupilli, quibus pecuniae debebantur cum vsuris: hoc casu respondet Papinianus, quandoque praedium cum fructibus pupillo vindicanti obstare exceptionem doli mali, nisi pretium offerat, & vsuras medij temporis, quae creditoribus deberentur, nisi pecunia eius dimissi & liberati fuissent, maxime, si ex aliis pupilli bonis creditores liberari non potuerint, sed ex eo praedio tantum; atque ita remedio siue aequitate exceptionis conseruatur venditio, quae erat A ipso iure nulla, aut sane rescinditur in integrum restitutis omnibus. Aequissimum responsum Papiniani, & ab Imperatoribus etiam nominatim comprobatum in *l. vtere, C. de praed. min.* imo & ampliatum à Paulo in *d. §. quanquam*, vt ei locus sit, etiamsi ex aliis pupilli bonis creditores liberari potuerint, ne pupillus lucrum captet ex damno emptoris: quod plerunque faceret, si praedium vindicaret non reddito pretio, quod in rem eius versum est, nec reddito interusurio. Adde, etiam sumptus meliorati praedij ab emptore, emptori esse offerendos ex *l. si praedium, C. de praed. min.* offerendas esse meliorationes, quas Graeci ἐμφυτεύσεις vocant, non ἐμπονήματα, quo verbo labor significatur, non melioratio: nam in *l. 3. C. de iure emphyt.* Iustinianus meliorationes vocat detorta voce B Latina quasi imbonationes, vt in *l. vlt. C. de nouat.* ἀνοβατεύτως, vel vt alij ἀνεατεύτως, quod est non facta nouatione. vel dixit ἐμπονήματα, quia pronuntiatur π vt β, ἐμβονήματα.

Ad l. 17. de iniust. rupt.

Filio praeterito qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt: neque legata praestantur: si praeteritus à fratrib. partem hereditatis auocabit. Quod si bonis se patris abstinuit, licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono & aequo tuebitur.

ESt singulare hoc responsum, meo tamen iudicio, in C id, cum vim eius & potestatem non bene percipiunt interpretes, inani sermone imprudentia vtuntur. sunt verbosi & prolixi more suo, vt solent in re facili esse multi, in difficili muti, in angusta diffusi. Cuius rei ego sum optimus testis. In hoc autem responso non insumam, vt Ioannes Imola plusquam xxx. columnas, quas vocant maiores. Species legis haec est: Pater, qui habebat tres filios in potestate, testamento duos heredes instituit, tertium silentio praeteriuit. Nullum est testamentum ipso iure, quia summum vitium testamenti est praeteritio filiifamil. *l. inter caetera, sup. tit. prox.* Et nullum quidem est totum testamentum, vt neque institutio heredum valeat, neque libertates competant, neque legata praestentur, quod hoc loco sic ait Papin. vt in *l. qui fundum, §. si tu ex parte, infra ad l. Falcid.* in alia specie libertates compete- D re & legata praestari. & in *l. cum mater, sup. de inoffic. testam.* illo loco, *vt libertates & legata praestentur*, subintelligitur verbum, *competant*; vt libertates competant: nec enim directae libertates praestantur ab herede, sed dantur à testatore, *l. pen. inf. de fideicom. lib.* Legata autem quamuis & ipsa relinquantur verbis directis, & sint omnia directa, ab herede praestantur. Et ratio haec est, quia ab herede praestanda sunt propter rationem Falcidiae, quae interuenire potest in legatis, quae causa est dandi heredi interdicti quod legatorum aduersus legatarium, qui legatum non ex voluntate heredis occupauit. In libertatibus autem non potest interuenire Falcidia, *l. Papin. §. quarta, de inoff. testam.* Sed ad rem. Filio praeterito, qui fuit in potestate patris, nihil ex iis, quae testamento scripta sunt, va- E let: nec exceptis quibusdam personis legata praestantur, *l. is qui in potestate est, inf. de leg. praest.* Ait, *qui fuit in patris potestate*: Nam filio emancipato praeterito iure ciuili testamentum valet, sed rescinditur iure praetorio per bonorum possessionem contra tabulas, non tamen, vt & omnia, quae in eo testamento scripta sunt, infirmentur: nam & exceptis personis in *ti. de lega. praest.* puta, liberis, parentibus, vxori, nurui legata praestantur. Itemque portiones hereditatis, & substitutio pupillaris in eo testamento scripta valet, & legata à substituto relicta, non exceptis tantum personis, sed omnibus praestantur, *l. ex duobus §. vlt. ff. de vulg. substit.* Et ratio differentiae haec est: Quia ius ciuile, quo subnixus est filiusfamil.

præteritus, durum eſt & aſperum, quia nihil omninò conſeruat eorum, quæ in teſtamento ſcripta ſunt: ius prætorium, quo ſolo nititur filius emancipatus præteritus, benignius eſt, & ideo nec euertit omnia, ſed conſeruat, quæ conſeruari bonum & æquum eſt. In iure prætorio æquitas dominatur: in iure ciuili, ſummum ius. Quod autem diximus quodque proponit Papinian. initio huius legis, filiofamil. præterito totum patris teſtamentnm nullum eſſe; ſane prorſus ita eſt, ſi filius præteritus ſuo iure vtatur, ſi, vt ait in propoſita ſpecie, partem hereditatis tanquam ab inteſtato à fratribus heredibus inſtitutis auocet. Quod vtique faciet agendo petitione hereditatis pro ſua parte, ſi fratres ei faciant controuerſiam hereditatis, in quo iudicio iudex ei partem hereditatis pro indiuiſo reſtitui iubet, *l. 7. ſup. ſi pars heredit. pet.* vel ſi fratres ei non faciant controuerſiam hereditatis, agendo familiæ erciſcundæ, quo iudicio partem pro diuiſo conſequetur, *l. 1. §. etſi poſſeſſor, eod.* Denique petitione hereditatis præteritus filiusfamil. auocat partem pro indiuiſo, actione familiæ erciſcundæ partem pro diuiſo, quod noſtri non tradiderunt, nec perceperunt. Ponit Papinian. duos fratres fuiſſe heredes inſtitutos: nam ſi extranei inſtituti fuiſſent, eis filius præteritus auocaret aſſem, id eſt, totam hereditatem, quaſi ipſo iure teſtamento nullo. Si fratribus inſtitutis, & multo magis extraneis inſtitutis. Quod ſi fratribus inſtitutis heredib. filius præteritus ſuo iure non vtatur, id eſt, ſi abſtineat ſe bonis patris, etiam ipſo iure nullum eſt teſtamentum ſecundum regulam Catonianam, ſed, vt ſubiicit, ex æquo & bono tuebitur. In cuius verbi etiam vſu mirum eſt quam laborent. Ex bono & æquo tuebitur voluntas patris, *la volonté du pere sera gardée.* Recte, voluntas patris, non teſtamentum: nam ex æquo & bono ſuſtinetur voluntas patris, non tanquam teſtamentum iuſtum & ſolemne, & quidem ex æquo & bono ſuſtinebitur voluntas patris iure ciuili. Quidni? nam, quod notandum, iure prætorio non eſt dubium, heredibus ſcriptis, etiamſi teſtamento filius præteritus ſit, modo teſtamẽtum ſit obſignatum ſeptem teſtium ſignis, quæ ſigna veniunt ex iure prætorio, dari bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, quæ bonorum poſſeſſio erit cum re & cum effectu, vt Vlpianus ſcribit *lib. regul. tit. 23. & 28.* Erit, inquam, cum re, ſi non ſit alius, qui iure ciuili heredibus ſcriptis hereditatem euincat, puta, ſi filius præteritus taceat. at iure ciuili, ex æquo & bono non tuebitur voluntas defuncti, ſi taceat filius præteritus tantum, ſed ſi, vt eſt in hac lege, palam profiteatur bonis ſe patris abſtinere. Et ratio eſt differentiæ, quia vt ante dixi, ius ciuile aſperius eſt iure prætorio. & ita ex irritis vel nullis codicillis libertas ſeruis non debetur, aut competit, ſi heres ſimpliciter eos morari ſinat in libertate, ſed ita demum, ſi nominatim codicillos ratos habeat, vel actu aliquo vt in *l. 5. ff. rem ratam hab.* demonſtret ſe codicillos ratos habere, puta, aliquid præſtando ex eis, *l. cum quaſi §. vlt. ff. de fideicom. lib.* At hic quæritur, an etiam extraneis heredibus inſtitutis, ſi filius præteritus bonis ſe abſtineat, ex æquo & bono tuenda ſit voluntas teſtatoris? Equidem puto non abs re, imo conſulta opera poſuiſſe Papinian. ſpeciem in fratribus, non in extraneis heredibus inſtitutis. inter fratres tuitionem voluntatis paternæ benigne admiſiſſe, vt in *l. nonnunquam, ff. de collat. bonor.* Quũ de bonis paternis diſputatur inter fratres, dicitur benigniorem ſententiam eſſe ſequendam; extraneis igitur heredibus inſtitutis, non admittemus eandem benignitatem, & ſummo iure ciuili cum eis agemus, quo ipſo iure nullum eſt teſtamentum, etiam filio præterito ſe abſtinente bonis, & veluti ab inteſtato inferioris gradus cognato dabimus beneficium edicti ſucceſſorij, repulſis heredibus ſcriptis, etiamſi bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas acceperint, quia eam inferioris gradus cognatus conſtituet ſine re.

Item quæritur, quod lex ait, de filio præterito, vt ſi ſe

A abſtineat voluntatem patris tueamur, an locum etiam habeat in poſtumo præterito? Et dico locum habere multò magis, quia poſtumo præterito ab initio teſtamentum valet, *l. 3. §. ex iis, hoc tit.* Facilius ergo conualeſcet, ſi deinde ruptum ſit agnatione poſtumi, videlicet poſtumo abſtinente ſe.

Item quæritur, an hæc lex ſit abrogata, quatenus dicit, filio præterito nec libertates competere, nec legata præſtari, quaſi ex Nouella. 115. cuius ſententiam Irnerius appinxit in extremo tit. *C. de lib. præt.* quaſi ſcilicet ex ea Nouella ſola inſtitutio ſit nulla filio præterito à patre, cætera omnia valeant. Et non pœnitet me in ea opinione permanere, in qua fui ſemper, & fuit Petrus & Azo, & Alciatus, & Accurſius etiam ipſe, non hoc quidem loco, ſed in ſuprad. Nou. 115. vt exiſtimem eam Nouellam tantum B pertinere ad cauſam exheredationis, & ad præteritionẽ, quæ pro exheredatione habetur, non ad eam præteritionem, de qua agitur in hac lege, quæ pro exheredatione non habetur. Et rurſus eam Nouell. pertinere ad querelã inofficioſi teſtamenti tantum, quæ exheredatis competit, vel præteritis, qui pro exheredatis habentur, non ad querelam iniuſti teſtamenti, quæ competit filiofamil. præterito, non ad querelam rupti teſtamenti agnatione poſtumi, non ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quæ filio emancipato præterito competit. Semper enim Nouellæ conſtitutiones reſtrictius accipiendæ ſunt, nec iuriſprudenti cõuenit ex vno verbo præteritionis, non per ſe poſito, ſed adiuncto exheredationi, vt in *d. Nouel. 115.* tanquam ex vno fragmine fortuiti ligni ſtatim arietem C vel teſtudinem ædificare velle, qua oppugnetur vel expugnetur maxima pars Digeſtorum, nõ vno verbo, vt ait *l. ſi quando, C. de inoffic. teſtam.* totum ius teſtamentorum ciuile & prætorium, multis vigiliis excogitatũ & inuentum, temere ſublatum eſſe credere. Parentum alij ſunt virilis ſexus, per virilem ſexum deſcendentes. ij ſilentio liberos exheredare non poſſunt, ſed debent eos nominatim exheredare. Itaque ſilentium eorum, id eſt, præteritio pro exheredatione non habetur, ac proinde, quaſi nõ ſit liberis ſatisfactum, qui vel inſtituendi ſunt, vel exheredandi, totum teſtamentum nullum eſt etiam hodie. Alij ſunt parentes fœminini ſexus, vel per fœmineum ſexum deſcendentes, & ij liberos ſilentio exheredare poſſunt, id eſt, horum præteritio pro exheredatione habetur, *§. vlt. Inſtit. de exhered. lib.* Nec iniuſtum aut nullum teſtamen- D tum ea præteritio facit, cum pro exheredatione ſit: ſed in eorum arbitrio eſt, ſi velint inſtituere querelam inofficioſi teſtamenti, *l. non putamus, in pr. de bonor. poſſeſſ. cont. tab.* videlicet, ſi ea exheredatione tacita, omiſſa fuerit cauſa ſilentij, ſiue exheredationis, quod dicitur elogium, vel ſi, quæ expreſſa eſt, probata ab herede non fuerit, vel ſi adſcripta ea non fuerit cauſa ex numero earum, quem certum conſtituit ſuprad. Nouel. Denique ex ea Nouellã per querelam inofficioſi teſtamenti ſolam inſtitutionem reſcindi, cætera confirmari & conſeruari, legata, fideicommiſſa omnia, libertates, tutelas, adſignationes libertorum. An etiam conſiſtit ſubſtitutio pupillaris, quæ plerunque non conſiſtit, ſi non conſiſtat inſtitutio? An igitur etiam ſubſtitutio pupillaris conſeruatur? ſic vide- E tur, ad exemplum eius æquitatis, quam ſequitur Prætor, data bonorum poſſeſſione contra tabulas emancipato præterito, & ad exemplum eius, quod definitur in *l. 2. §. quiſquis, de vulg. ſubſtit.* videlicet, vt etiam reſciſſa inſtitutione pupillaris ſubſtitutio ſeruetur. Nouellæ cõſtitutionis ius eſt generale in querela inofficioſi teſtamẽti, cui olim tantũ fuit locus ex Adriani decreto quodã, non admodũ probato à Iuriſcõſultis vno ſpeciali caſu, quum mater per errorem de morte filij ex caſtris accepto falſò nũtio filiũ præteriiſſet, *l. cum mater. ff. de inoff. teſtam.* Aliis omnib. caſibus ante Nou. querela inofficioſi teſtamenti tanquam maxime ciuilis totum teſtamentum infirmauit. Extra rem autem eſt, quod quærunt iidem homi-

nec,an mortuo filio vel postumo pręterito,viuo vel mortuo patre,patris voluntas tuenda sit? quoniam hæc quæstio non est eius loci, sed *l.7.& 8.sup.tit.prox. & l. postumus,hoc tit.* Nec cum quæstione huius loci vllo modo, nisi velis stultus videri, tibi permiscenda: quoniam non vtriusque quæstionis eadem definitio est, vt nec liceat, quod in vna definitum est, ex eo argumentari ad aliam, quod tamen hic perpetrauit Accursius; & non est dubium, quin etiam cæteri. Illud quoque quærunt extra rem, an testamentum manifesti fœneratoris quod ex *cap. 2. de vsuris, in 6.* ipso iure nullum sit, si exactum fœnus non reddiderit, an conualescat, si post factum testamentum reddiderit: ad quam tamen quæstionem Iurisconsulti respondere debent ex regula Catoniana, non conualescere, nulla lege aut æquitatis ratione scripta, ab ea nos regula deterrente; & tamen Ioanni Andreæ aliud iudicium est.

Ad l. 22. de leg. præst.

Bonorum possessione contra tabulas testamenti præterito emancipato filio data, scriptus heres alter filius, qui possessionem accipit, vel iure ciuili contentus non accepit, legata præcipua non habebit.

LEgis 22. species hæc est. Pater, qui habebat duos filios, vnum in potestate, alterum emancipatum, eum quem habuit in potestate, ex parte heredem scripsit, eidemque filio prædia quædam prælegauit, emancipatum vero præteriit; Papin. ait in arbitrio esse filij heredis instituti ex parte, emancipato petente bonorum possessionem contra tabulas; vtrum velit quasi commisso & aperto edicto per fratrem emancipatum, simul cum eo eandem possessionem contra tab. accipere, perinde ac si institutus non esset, hac via ei patefacta per fratrem emancipatum, an vero omissa bonorum possessione contra tabulas, iure ciuili, veluti ab intestato se bonis immiscere paternis, & quæ erat quæstio, ait, siue hanc, siue illam, viam elegerit filius heres institutus, eum non habiturum prælegata præcipua. Et ratio hæc est: quia tametsi ex edicto in hoc titulo proposito filio emancipato præterito data bonorum possessione contra tabulas, legata filiis conseruentur, non tamen conseruantur iis filiis, eive filio, qui commisso edicto de bonorum possessione contra tabul. simul cum fratre emancipato præterito bonorum possessionem contra tabulas accepit, vt *l. 5. § omnibus, hoc tit.* quia omisit causam testamenti, in quo prælegata sunt relicta, & impugnauit testamentum simul cum fratre petita bonorum possessione contra tab. Eademque ratione, si filius heres institutus non acceperit bonor. possessionem contra tab. sed contentus fuerit iure ciuili, quo, rescisso testamento per bonorum possessionem contra tab. datam fratri emancipato præterito, pro suo iure, pro sua parte patri heres extitit, & hoc quoque casu prælegata præcipua non habet, quia & hic omisit causam testamenti, in quo sunt relicta, & elegit causam intestati. Et ita omnino hæc l. accipienda est, nec ei quicquam obstabit *l. virilis § si quis ex liberis, hoc tit* in quo ait, *Aliquo ex liberis vel parentib. herede instituto ex parte, & prælegato ei relicto: filio autem emancipato præterito, illi filio vel parenti, cui portio hereditatis & prælegatum relictum est, conseruari tam portionem hereditatis, quam prælegatum.* Ad finem scilicet modumque virilis portionis, ne plus ferat quam filius emãcipatus præteritus, quoniam, vt respondemus, in eo §. agitur de eo, qui venit ex causa testamenti, qui ex iudicio testatoris amplectitur portionem hereditatis & prælegati. In hac autem lege agitur de eo, qui omissa causa testamenti vel ab intestato venit iure ciuili, id est, iure legitimo, vel iure prætorio, accepta bonorum possessione contra tab. Ideoque nihil omnino iure testamenti, quod repudiauit, præcipuum habere potest: nec enim est supplendum cum Accursio, eum legata præcipua non habere vltra virilem portionem, quia ne minimum quidem ex iure præcipere potest, quod omisit: ne minimum quidem ei præcipere licet, quia omittit causam testamenti, & sequitur causam intestati.

Ad l. 9. de collat. bonorum.

Filius emancipatus intestati patris bonorum possessionem accepit: nepos ex eodem in familia retentus, semissem hereditatis cum emolumento collationis habebit. Idem nepos si postea possessione intestati patris accipiat, fratri post emancipationem patris quæsito, & in familia retento bona sua conferre cogetur.

QVidam habebat filium emancipatum, & nepotem ex eo in potestate sua, in familia sua. mortuus est intestatus. morte eius nepos factus est sui iuris, quia non potest recidere in potestatem emancipati, *§. 1. Instit. quib. mod. ius pat. pot. sol.* Certum autem est mortuo auo intestato, vt posuimus, in successione eius, neque præferri filium emancipatum nepoti, qui auo suus heres est, neque nepotem, quamuis sit auo suus heres, præferri filio emancipato, id est, patri suo, sed vtrique simul dari bonorum possessionem, vnde liberi, ex edicto nouo *de coniung. cum emancip. lib. l. si quis ex iis, ff. si tab. testam. nulla extab.* Cuius quidem edicti auctor fuit Iulianus Iurisconsultus. *l. qui duos, inf. de coniung. cum emanc. lib.* Namque Iulianus auctoritate Adriani & Senatus, prætoris edictum perpetuum redegit in ordinem atque composuit, *l. pen. C. de cond. ind. l. 2. § si quid igitur, C. de vet. iur. enucl.* quod præter Eutropium etiam Aurelius Victor scripsit, is scilicet, qui nondum editus est longe diuersus ab edito, & sunt eius verba hæc: *Iulianus*, inquit, *iuris vrbani præstans scientia, quippe primus edictum, quod varie inconditeque à prætoribus proferebatur, in ordinem composuit.* In eo autem componendo adiecit, quæ voluit ex auctoritate Principis eiusdem & Senatus, vt Digestis Tribonianus aspersit, quæ voluit ex auctoritate Iustiniani, & inter cætera Iulianus adiecit edictum illud nouum de coniungendis cum emancipato liberis. Igitur in specie proposita per bonorum possessionem vnde liberi, pater & filius bona communis parentis inter se partiuntur ex æquo, & non tantum communis parentis bona, sed etiam patris emancipati bona propria, quæ habuit pater moriente parente communi, neque enim aliter filius emancipatus cum nepote ex eo retento in potestate aui, cui soli iure ciuili debetur tota hereditas aui, sed iure prætorio filius emancipatus non aliter cum nepote filio suo, qui auo suus heres est, succedit, quam si bona propria in commune redigat atque conferat, *il faut qu'il rapporte.* denique nepos ex eo semissem hereditatis auitæ habebit cum commodo collationis bonorum paternorum: hoc est, semissem bonorum aui defuncti, & semissem bonorum viuentis patris. Nunc finge, ex eodem filio emancipato non tantum illum nepotem esse, quem auus retinuit in familia, sed etiam aliũ nepotem, quem filius quæsiuit post emancipationem, & in sua familia habuit, & filium hunc mori intestatum, vtrumque vero nepotem eius tanquam patris sui accipere bonorum possessionem vnde liberi, quæritur an is, qui fuit in potestate aui, & nunquam fuit in potestate patris sui, debeat alteri qui fuit in potestate patris sui bona propria conferre? & respondet, debere, quia hoc est consequens & necessarium, vt frater, qui sui iuris est, etiamsi non emancipatione, sed morte aui sui iuris effectus sit, nec vnquam fuerit in potestate patris sui, bona tamen propria conferat fratri retento in patris potestate, si cum eo velit concurrere in successione patris. Consequens esse ait *l. 1. in pr.* necessarium, *l. 2. in pr. h. t.*

A

Ad l. 5. de collat. dotis.

Filius emancipatus qui possessionem contra tabulas accipere potuit, intestati patris possessionem accepit, atque ita filia, quæ mansit in potestate, cum eiusdem familiæ fratre heres instituta, possessionem intestati patris errorem fratris emancipati secuta, accepit: dotem scripto fratri conferre non cogetur: cum ea possessio frustra petita sit, & filia fratris voluntatem fini virilis partis retineat: id est: vt omnes trientes habeant, & bonorum possessio vnde liberi fingatur pro contra tabulas esse petita.

SCiendum est: filiam soluto matrimonio dotem profectitiam conferre fratribus emancipatis vel suis, cum quib. accipit patris bonorum possessionem contra tab. vel vnde liberi, *l. 4. C. de collat.* Quod est verum indistincte, siue sit sua heres patri, siue emancipata & extranea heres. semper debet filia fratribus suis dotem profectitiam conferre, si cum eis velit venire ad bona patris per bonorum possessionem vnde liberi, vel per bonorum possessionem contra tab. Excipitur tantum vnus casus, si heres instituta sit, & commisso edicto beneficio præteriti fratris acceperit cum eo, vt potuit, bon. poss. contra tab. & minus aut certe non plus tulerit ex bonorum poss. contra tab. quam habebat ex testamento patris; hoc casu non confert dotem fratri, quia cum ex iudicio, vel ex testamento patris plusquam virilem portionem non habeat, nullo incommodo, nulla iniuria fratrem adficit, & causa postulandæ collationis est iniuria & incommodum, quo quis afficit fratrem, *l. 1. §. pater, & §. seq. l. si filius, sup. de collat. bonor. l. 3. hoc tit.* Hoc cognito finge: qui habebat duos filios, vnum emancipatum, alterum in potestate, & vnam filiam æque in potestate, pro filia dotem dedit, deinde testamento filiam & filium retentum in potestate, heredes instituit ex æquis partibus, alterum filium emancipatum præteriit; Hic errore lapsus, cum putaret patrem intestatum decessisse, veluti ab intestato accepit bonorum possessionem vnde liberi, cum debuisset accipere quasi testamento præteritus bonorum possessionem contra tabulas. Alter quoque frater & filia, qui testamento heres instituti erant, acceperunt bonorum possessionem vnde liberi, errorem secuti fratris emancipati, vt alij ab aliis sæpe impellimur in eundem errorem; inde quæritur in hac lege, an filia fratribus dotem conferre debeat? Quod videtur, quia simul cum eis accepit bonorum possessionem vnde liberi ab intestato, nec venit ex testamento patris. Verum ne error ei noceat & petitio agnitioque bonorum possessionis vnde liberi, quæ etiam inutilis est, Papin. ait, eam perinde haberi, atque si commisso edicto per fratrem emancipatum præteritum, cum eo accepisset bonorum possessionem contra tabulas. Ergo dotem non conferre debet, quia heres instituta est, *l. 3. hoc tit.* & non plus, imo minus ex bonorum possessione contra tabulas, quam ex institutione consequitur. Nam ex institutione habet semissem, ex possessione bonorum, trientem tantum, id est, virilem portionem, quia cum sint tres fratres, bonorum paternorum faciendi sunt tres trientes, vt singuli habeant trientem. Et hoc est quod ait, *filiam voluntatem patris*, vt legendum est, *non fratris, habentem, retinere fini virilis partis*, id est, ad finem trientis, non ad finem semissis, ex quo heres instituta erat. In consuetudine Papiniano est sic loqui, fini virilis partis, vt fini peculij, *l. debitor, de compensat.* fini legitimæ vsuræ, *l. 1. §. pacto, de pign.* fini quadrantis, *l. 15 §. cum fideicommissum, ad leg. Falcid.* vt M. Cato de re rustica, cum agit de oleis, oleribus, & reliquis seminibus ferendis; *Operito terra radicum fini.*

Ad §. filia.

Filia quæ soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit. Viri boni arbitratu cogetur vsuras quoque dotis conferre, cum emancipatus frater etiam fructus conferat, & filia partis suæ fructus percipiat.

IN fine huius legis ostenditur, filiam, quæ post solutum matrimonium moram facit in dote conferenda fratribus, quibuscum succedit patri, petita bonorum possessione contra tabulas, vel vnde liberi, ex tempore moræ vsuras quoque dotis debere conferre viri boni arbitratu, qui locus est singularis. Et ait Papinianus, eam ex tempore moræ vsuras dotis conferre viri boni arbi-

B

tratu, respiciens ad edictum, quo prætori iubet collationem fieri viri boni arbitratu, *l. 2. §. de illis, l. si quis filium §. vlt. sup. tit. prox.* Æquissimum autem est & congruentissimum viri boni arbitrio, eam conferre vsuras dotis ex mora, cum & partis suæ, in quam succedit patri, fructus percipiat. Eademque ratione filius emancipatus bona propria confert cum fructibus ex tempore moræ, quia & partis suæ fructum percipit. fructum percipiendorum ratio exigit, vt & vicissim præstentur vsuræ, vel fructus rerum, quæ conferendæ erant, vt in *l. curabit, C. de act. emp. l. Iulianus §. ex vendito, sup. eod. tit.*

Ad l. 41. de oper. libert.

C

Liberatus qui operarum obligatione dimissus est, atque ita liberam testamenti factionem adsequutus est, nihilominus obsequi verecundiæ tenetur. Alimentorum diuersa causa est: cum inopia patroni per inuidiam libertum conuenit.

LIbertus qui libertatis causa operas patrono iurauit, vel promisit, operarum obligatione dimittitur, soluitur, liberatur, si eas redemerit à patrono stipulante quotannis promisso pretio, vel mercede certa pro operis, ex qua stipulatione proculdubio patrono pretij siue mercedis operarum petitio competit. Verum ob eam rem quod pecuniam officio cariorem habuerit, ex l.

D

Ælia Sentia patronus amittit ius patronatus, quod habuit in bonis liberti ex 12. tabul. vel ex leg. Iulia & Papia, vel ex edicto prætoris, & libertus nanciscitur liberam testamenti factionem, *l. 4. & 6. C. eod. tit. l. vlt. ff. qui & à quib. man. lib non fit. l. Iulianus, tit, seq.* & in Constitutione Græca Iustiniani *de iure patron.* quæ est *l. 4. C. de bon. libert.* Ideoq; libertus in testamento patronū impune præterire potest, etiam extraneis heredibus scriptis, quia nactus est liberam testamenti factionem. Patronus ius patronatus amittit vitio suo, quod pretium operarum prætulerit officio, id est, officialibus operis, non tamen amittit patronus ex hac causa etiam obse-

E

quia pietatis, honoris, reuerentiæ, quæ ei libertus debet iure naturali, sed nihilominus, vt eleganter ait Papin. hoc loco, debet libertus obsequi verecundiæ, id est, verecundiæ patronali, vt est in *l. si patronus, inf. de donat.* Ab obsequiis autem Papinianus hoc loco separat alimentorum præstationem, vt in *l. si quis à liberis §. vtrum, ff. de lib agnos.* Quoniam subiicit Papin. aliam esse causam alimentorum: neque enim patronus, si lapsus facultatibus se alere non possit, alendus est à liberto, quem obligatum habet in pretium vel mercedem annuam operarum, *d. l. si quis à libertis §. si quis à libertis*, vbi eleganter hunc libertum, qui redimit operas à patrono, & se eo nomine patrono obligauit ait, Marcellum exæquare ei, qui suis pecuniis, suis nummis redemptus est. vtrumque habere liberam testamenti factionem, & non audiri patronum, siue ab hoc, siue ab illo se ali desideret. Et hoc est quod ait Papinianus hoc loco, *Diuersam esse causam alimentorum*, diuersam scil. ab obsequiis: nam

obsequia is libertus debet, non alimenta patrono, *quum*, A inquit, *inopia patroni per inuidiam libertum conuenit*, id est, cum liberto inops patronus, dum queritur se ab eo non ali, apud omnes inuidiam cumulat & facit; neque enim ideo magis inuitus ei is libertus alimenta præstabit. Nam sufficere videtur patrono ad alimenta pretium, siue merces operarum, cui præstandæ libertus patrono obligatus est. Et hæc est perspicua & vera interpretatio huius legis, cui nihil refragari inde apparet, imo omnino cum ea consentire *d. §. si quis à liberti*: cui item nihil refragari *l. 1. C. eod. tit.* ad eam adhibita congrua interpretatio & sana monstrabit aperte. ait *d. l. 1.* Solere conueniri inter libertum & patronum, vt pro operis aliquid præstetur. Pro operis præteritis scilicet, vt Azo recte, & iam debitis. Et *aliquid*, veluti rem aliquam aut æsti- B mationem: nam aliud pro alio volenti creditori solui- tur recte, *l. si quis aliam, ff. de solut.* Pretium autem operarum debitarum siue præteritarum, quas indixit patronus, necdum præstitit libertus, pretium, inquam, earum operarum de quo non conuenit, ait eadem l. quasi ex venditione ab inuito liberto parato præstare operas, quas debet, peti non posse; quia debitor aliud pro alio non soluit inuitus, nisi scilicet vno casu extra ordinem ad alendum patronum, si pecunia indigeat qua tueatur se toleretque vitam suam: non loquitur ea lex de pretio omnium operarum etiam præteritarum & futurarum, de quo conuenit inter patronum & libertum venditis operis, quod constat peti posse, *l. 4. C. eod. tit.* Cæterum ob eam rem patronum amittere ius patronatus, & ius petendorum alimentorum, defectis aut euersis suis facultatibus. Præterea obseruandum est in hac C lege Papinianum loqui de eo liberto, qui operarum obligatione dimissus est: maluit dicere *dimissus* quam *liberatus*, maluit vti speciali quam generali nomine. Nam & stulta est glossa, quæ *dimissus* interpretatur *manumissus*, & in reliquis etiam omnibus suis similis, præterquam in eo, quod timide vno loco adserit, & ante probaui Papinianum ab obsequiis separare præstationem alimentorum. dimittitur libertus obligatione operarum à patrono, in vicem operarum stipulante pretium vel mercedem annuam pro operis; liberatur eadem obligatione aliis plerisque modis, nec tamen, vt cum dimissus est ab ipso patrono, adsequitur liberam testamenti factionem, vt si libertæ nuptiis consenserit patronus, liberta operarum obligatione liberatur, non iure patronatus, *l. sicut hoc tit. l. 11. C. eod. tit.* Idemque est si libertus beneficio liberorum liberetur operarum obligatio- D ne. Nam ex *l. Iulia* libertus, qui duos filios in potestate habuit, *natos, natasve*, sic lego in ipsa *l. Iulia in l. qui libertinus, h. tit.* de qua in *l. 6. C. eod. tit.* à se natos, natasve, quia adoptiui liberi non prosunt ad absolutionem operarum; vel etiam eadem obligatione ex eadem lege Iulia liberetur libertus, qui vnicum filium quinquennem habet; nec tamen vsquam dicitur liberis sublatis habere liberam testamenti factionem, quos postea forte amiserit, cum tamen etiam amissi ex lege Iulia ei prosint ad soluendam obligationem operarum. Et in liberto, qui quinquennio maiorem filium habet, id etiam esse singulare Titus Liuius scribit libro 45. ne in E quatuor tribus vrbanas censeatur & describatur, sed in rusticas, quæ honoratiores erant, propter ius suffragiorum & honorum & stipendiorum, & quod in eas essent descripti nobiles & ingenui homines. verba Liuij hæc sunt: *In quatuor vrbanas tribus libertini erant descripti, præter eos quibus filius quinquennio maior esset.*

Item operarum obligatione liberatur liberta, si ad eam dignitatem perueniat, vt inconueniens sit & indecens eam patrono præstare operas, vt puta, si Augusta eam adsciuerit propter ingenij elegantiam aut texendi peritiam, vel aliam industriam, vel egregiam formam, *l. interdum, hoc tit.* quo argumento Frederico Duce Sueuorum, qui feudi nomine fidem alij domino debuit, facto Imperatore, cum quæreretur, an ea fide per dignitatem Imperij Fridericus solutus esset, quod videretur indignum, fidem eum exhibere alij domino, cui exhibent omnes, qua de re agitur in fragmentis feudorum ab Azone collectis & seruatis; posset dici, ipso iure per dignitatem & culmen Imperij eam feudi fidem intercidisse: at eadem aut simili ratione libertam solutam operarum obligatione nemo diceret, & patronum eius ius patronatus amisisse, eamque nactam liberam testamenti factionem. Non ergo omnis, qui quæve operarum obligatione liberatur, & liberam consequitur testamenti factionem, sed is tantum, qui ea liberatur pretio vel mercede à patrono redemptis operis, quæ est sententia huius legis.

Ad l. 25. qui & à quib. man.

In fraudem creditorum testamento datæ libertates, prioribus creditoribus dimissis propter nouos creditores irritæ sunt.

CErtum est irritas esse libertates directas, quæ à debitore in testamento dantur in fraudem creditorum. At quid si debitor creditores, quos fraudare voluit, dimiserit & absoluerit, ac deinde alios creditores nouos, quos fraudare noluit, quum in testamento libertates dedit, habere cœperit, & eodem testamento manente decesserit; an propter nouos creditores libertates irritæ sunt? Videntur non esse irritæ, quia non horum posteriorum creditorum fraudandorum debitorum debitor consilium iniit, sed priorum, qui erant tempore testamenti, qui cum iam sint dimissi & adimpleti, nec iam fraudati sint, fraus omnis expuncta est, & abolita solutione, & in directis libertatibus testamento datis, non tantum euentus damni, sed etiam consilium fraudis exigitur, *l. 1. C. qui man. non poss.* Noui autem creditores, licet euentu fraudati sint, quum hereditas soluendo non est, tamen ex consilio & destinatione debitoris fraudati non sunt, itaque libertates ratæ sunt, & ita omnino est proditum in *l. 15. quæ in fraud. cred.* Aliud tamen sensisse Papin. videtur in hac l. Quamobrem notam huic sententiæ Papiniani apposuit Paulus, non esse eam veram, si simpliciter accipiatur, nec esse veram, nisi priores creditores, qui fraudati erant pecunia posteriorum dimissi sint, quo casu posteriores succedunt in locum priorum, qui initio & consilio & euentu fraudati erant: & si succedunt in locum illorum, eodem ergo iure vtuntur quo illi fuissent vsi, si dimissi non fuissent. Et extat hæc Pauli nota in *l. 16. inf. quæ in fraud. cred.* Et secundum eam notam ad hunc casum hæc lex coangustanda est, nec generaliter accipienda, eamque vero simile est fuisse Papiniani mentem, maxime cum & idem placuerit optimis maximis Imperatoribus suis, *l. ait prætor §. ita demum, inf. quæ in fraud. credit.*

Ad l. 15. de muner. & honor.

Etsi filium pater decurionem esse voluit, tamen defuncto, honores, qui filio decurioni congruentes post mortem patris obtigerunt ad onus coheredis filij non pertinent, cum ei decurioni sufficientes facultates pater reliquerit.

CErtum est, patrem, cuius voluntate filius decurio factus est quasi fideiussorem pro filio Reip. obligari, si quid filius in Republica male gesserit, delato sibi honore aut munere aliquo publico, *l. 2. l. 17. §. filium, sup. ad municip.* Et non tantum patrem Reipub. obligari, sed etiam heredes eius, *l. 1. C. de decurionib. lib. 10.* Quod vtique verum est, si iam obligatio cœperit à defuncto, vt si viuo patre honores, aut munera quædam publica congruentia decurioni, filio delata sint, in quib.

male verſatus ſit. Nam ſi quos honores poſt mortem patris, vel munera ſuſceperit, quia eorum nomine nunquam fuit obligatus pater quoad vixit, nec eius heres, *l. Lucius* §. *idem reſpondit heres*, *ſup. ad munic.* Et multo magis in ſpecie *h.l.* 15. ſi pater moriatur relicto eodem filio herede, & ei extraneo coherede adiecto, atque ita relicto filio idoneo patrimonio idoneis facultatibus; deinde poſt mortem patris filio honores obtigerint, in quibus gerendis male verſatus ſit, eo quidem nomine ex ſua perſona ipſe tenetur, coheres eius non tenetur, quia non eſt hereditaria obligatio.

Ad §. item qui Reip. Inſt. de excuſ. tut.

TRes erant loci & omnes de tutelis in quibus auctores alij ex hoc libro ſumpſerunt auctoritates, ſed ij iam à me ſupra explicati ſunt. Addi tamen volo, quod eſt etiam de tutelis in §. *item qui Reip. Inſt. de excuſat. tut.* eum, qui cœpta tutela abeſſe cœpit Reipub. cauſa, excuſari ab adminiſtratione, quamdiu abeſt: tutorem tamen eſſe non deſinere, ideoque nec tutorem, ſed curatorem qui adminiſtret interim in locum eius dari, vt in locum ad tempus exſulare iuſſi, *l. tutor petitus* 28. §. *vlt. ſup. de excuſ. tut.* Reuerſum autem tutelæ adminiſtrationem ſtatim recipere, neque ab ea anni vacationem habere, quoniam, vt refertur eo loco Inſtit. Papinianus in hoc libr. 5. Reſponſ. ait, annum vacationis, qui datur abſentibus Reip. cauſa, poſtquam reuerſi ſunt, pertinere ad nouas tutelas, nouaue munera ciuilia, non ad eas tutelas, quas pridem cœperant, antequam peregre proficiscerentur Reip. cauſa, *l.* 10. *& pen. ſup. de excuſ. tut.* pertinere annum, vt ait *l.* 10. πρὸς μελλούσας χειρίας.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIA in Lib. VI. Reſponſorum Aemilij Papiniani.

Ad l. vlt. ff. de iur. & fac. ignor.

Verba legis hæc ſunt: Impuberes ſine tutore agentes nihil poſſe ſcire intelliguntur.

NIHIL *poſſe ſcire* Papinianus diſſolute dempta coniunctione, reſpiciens ad ſolemnia verba cretionis, *heres eſto, cernitoue in diebus centum proximis quibus ſcieris poterisque*; apud Vlpianum lib. reg. tit. 22. & Marc. Tull. 1. de oratore, vel etiam reſpiciens ad edictum ſucceſſorium, ex quo dies admittendæ bonorum poſſeſſionis ij tantum computantur quibus is cui delata eſt hereditas, ſciuit potuitque bonorum poſſeſſionem admittere, *l.* 2. *ff. quis ord. in bon. poſſ. ſeru. l.* 1. *de bon. poſſeſſ. fur.* Quod perinde eſt ac ſi diceres: dies cretionis, ſiue adeundæ hereditatis & admittendæ bonorum poſſeſſionis eſſe vtiles. Nam dies continui etiam neſcienti cedunt, *l. genero*, *ſup. de iis qui notant. infam.* vtiles cedunt ei tantum, qui ſciuit & potuit. Porro alia eſt ſcientia iuris, alia ſcientia facti: vtram exigimus in eo, cui hereditas aut bonorum poſſeſſio delata eſt, iuris an facti, an vtriuſque? Conſtat ſcientiam tantum facti exigi, vt dies adeundæ hereditatis, vel admittendæ bonorum poſſeſſionis cedant, puta, vt ſciat eum, cuius hereditas vel bonorum poſſeſſio defertur, eſſe mortuum, & ſe heredem ſcriptum vel, pro-

A ximum agnatum vel cognatum eſſe, non currunt ei centum dies, *l.* 2. *C. qui adm. ad bon. poſſ.* Scientiam iuris non exigimus. Nam, etſi neſciat proximum agnatum vocari ad hereditatem inteſtati, nihilominus ei dies cretionis ſiue aditionis cedunt, modo facti ignarus non ſit, *l.* 1. *hoc tit. l. in bonorum*, *inf. de bonor. poſſeſſionib.* Excipiuntur impuberes ſine tutore agentes, id eſt, qui ſine tutore ſunt; iis enim non appoſita, vel non interueniente tutoris auctoritate, dies non cedunt, quia nihil ſcire, nihil poſſe intelliguntur ſine tutoris auctoritate: nihil ſcire, id eſt, non ſcire factum, non ſcire eum mortuum, & ſe heredes ſcriptos, quoniam hac in re ſcientia iuris non ſpectatur, ſed ſcientia facti tantum: nihil ſcire igitur, id eſt, plane neſcire factum, nihil etiam poſſe facere ſine tutoris au-

B ctoritate, puta, adire hereditatem non poſſe: capere conſilium adeundæ hereditatis, quæ res eſt & animi ſimul, ſiue conſilij, & facti, *l.* 20. *ff. de adq. her.* non poſſe non appoſita tutoris auctoritate admittere bonor. poſſeſſ. ex edicto prætoris. Tutoris auctoritate ſuppletur iudicium conſiliumque pupilli, *l. quamuis* §. *infans*, *ff. de adq. poſſ. l. pupillus*, *de R. I.* Et vt municipes intelliguntur ſcire, quod ſcit actor municipum, ſiue curator Reip. *l.* 14. *ff. ad municip.* quæ ſententia pertinet etiam ad cauſam hereditatis & bonorum poſſeſſionis, & conſequenter cedunt dies Reip. quibus municipum actor ſciuit delatam eſſe Reipub. hereditatem aut bonorum poſſ. ita pupillo cedunt dies, quibus tutor ſciuit, & hoc eſt quod ait *l.* 7. §. *vlt. de bon. poſſ.* Dies, quibus tutor ſciuit, cedere placet, pupillo nimirum. Et valet argumentum ab actore munici-

C pum ad tutorem, vt in *l. qui ſolidum* §. *etiam de leg.* 2. & à Rep. ad pupillum, & è contrario, *l.* 3. *C. de iure Reip. lib.* 11. Et conſtat etiam pupillum tutore auctore poſſe adire hereditatem & bon. poſſeſſ. admittere, *d. l.* 7. §. *pen. l. pupillus*, *ff. de adquir. her.* in qua etiam impuberes per ſe, id eſt, ſine tutoris auctoritate, dicuntur nihil ſcire, nihil poſſe decernere: & decernere dicit, vt in *l. is qui heres* §. *vlt. eod. tit.* quod veteres *cernere*: neque enim, *cernere* eſt, *ſe cernendū dare*, ſiue *facere, vt ſe omnes cernant heredem eſſe*, ſicut Varro ait, ſed *cernere hereditatem* eſt *decernere & conſtituere ſe hereditatem amplecti*, *& ſe heredem eſſe velle*, vt quod veteres *cernere ferro*, quos Virg. eſt imitatus, nunc *dici *decernere* auctor eſt Seneca 8.

D Epiſtolarum: & reſpiciens quoq; Philoxenus in gloſſis ad formulam cretionis, quæ eſt apud Vlpianum, *cernitoque* interpretatur καὶ ἐγχειρισάτω. quod non eſt facito, vt videant te eſſe heredem, ſed amplectitor hereditatem & apprehendito. Valde notanda eſt hæc interpretatio & ſpecies, ad quam aptaui hanc Papin. ſententiam his verbis, *poſſe ſcire*, acceptis ἀσυνδέτως; quoniam & palam in Baſilicis ponuntur συνδέτως, δύναται ἢ γινώσκειν: *Poſſe vel ſcire*. Aliæ namque ſunt ſpecies ſiue cauſæ, quibus pupillus etiam ſcire intelligitur & poſſe, puta, cum egreſſus infantiam & pubertati proximus, committit, in leges dolo malo: qua ex cauſa etiam nonnunquam deportatur, vel in ſeruitutem redigitur, §. *item ſinitur*, *Inſt. quib. mod. tut. fin.* vel vt ex XII. tab. apud Gell. 11. cap. 18. & Plin. 18. *Manifeſto furto prehenſus, aut frugem aratro quæſitam furtim noctis paniſſe vel ſeciiſſe conuictus, Prætoris arbitratu verberatur.*

E Quas pœnas vtique non ſuſtineret, ſi pro ignorante in iis cauſis haberetur. Deinceps igitur hanc Papinian. ſententiam referamus tantum ad cauſam adquirendæ hereditatis vel bonorum poſſ. quæ verba illa diſſoluta, accipienda pro coniunctis *poſſe ſcire*, demonſtrant, quandoquidem ad adeundam hereditatem vel admittendam bonorum poſſeſſionem, dentur centum dies, quibus ſcierit quis potueritque. ſcierit mortem teſtatoris, & potuerit adire hereditatem.

Ad leg. 35. de ritu nup. & l. 40. de admin. tut.

Filiusfamilias miles matrimonium sine patris voluntate non contrahit.

IVstæ non sunt nuptiæ, quas filiusf. contrahit sine voluntate patris, in cuius potestate est. Hoc est certissimum in pagano filiofam. an etiam in milite idem esset, dubitabatur, vt pleraque alia hoc ipso libro idem auctor eleganter docet, contra reg. iuris esse recepta fauore, priuilegio, iure militiæ, *l. centurio, ff. de vulg. substit. & l. 49. ff. de manumiss. testam.* At Papinianus definit hoc loco, nec filiumfam. militem iustum matrimonium contrahere sine voluntate patris, ne priuilegium militiæ porrigamus ad contemptum & iniuriam patris, quia neque militia liberatur patris potestate, §. *filiusfam. Inst. quib. mod. ius patr. pot l. 7. C. de patr. pot.* Nec ideo minus obsequitur verecundiæ paternæ vel maternæ, *l. 1. ff. de obseq. parent. præst.* Et rursus, non ideo minus alimentis parentibus, si egeant, præstandis obstringitur, *l. 5. §. à milite, ff. de lib. agnos.* Et in multis quoque aliis ius commune milites sequuntur. Nam neque incertæ personæ possunt legare, §. *incertis vero, Instit. de leg.* neque ex eorum testamento legata debentur, nisi deducto ære alieno, *l. 1. §. denique, ad Trebell.* Nec bonorum possessio militis vltra præstituta tempora peti potest, *l. in fraudem §. vlt. de milit. testam.* Neque captatoriæ institutiones in militum testamento scriptæ valent, *l. 11. C. de hered. instit.* Nec quicquam efficiunt testamento manumittendo seruos contra l. Æliam Sentiam, vel aliam legem, *l. 3. de manumiss. testam. l. si à milite §. 1 in fraudem, in princip. de milit. testam.* Nec in eorum testamento scriptæ conditiones iurisiurandi vel conditiones inhonestæ recipiuntur, sed remittuntur, *d. l. si à milite §. pen.* Nec quod quis sibi adscripsit in testamento militis valet, *l. vlt. ff. de ijs quæ pro non script. hab.* nec intercidit fideicommissum à legatario relictum militis testamento, legatario repudiante, *l. 9. ff. de vsufru. leg.* Nec valet à militibus facta alienatio testamento, vel inter viuos fundi dotalis contra l. Iuliam. Miles sequitur ius commune in tutoris datione. Et sequitur in *l. 40. de administr. tut.* aliud, in quo etiam milites ius commune sequuntur, puta, in tutoris datione: centurio testamento iure curatorem non dat filio impuberi vel puberi, sicut nec paganus, *l. 6. sup. de confirm. tut.* Sed datus decreto prætoris confirmari potest: quod si non fuerit confirmatus, & ideo nihil gesserit, cessatio officij perperam iniuncti & demandati testamento, ad periculum eius non pertinet, quia neque dolus ea cessatio est, siue contumacia, neque culpa vel ignauia. Nec obstat priuilegium quod militibus datũ est, vt quoquomodo facta ab iis testamenta rata sint, quoniam id priuilegium non potest porrigi ad alienam iniuriam. Fieret autem iniuria curatori non iure dato, nec confirmato, si cessationis, quæ iustissima est, ratio ei reddenda esset, qua ratione dicitur etiam militem non posse dare tutorem filio manenti in potestate aui, *l. 2. sup. de testam. tut. l. cum filiusfamil. l. miles ita §. nec tutorem, ff. de milit. testam.* Ne fiat iniuria auo in cuius potestate nepos est ex filio milite, ne ius aui minuatur, quod fieret, si liceret patri ei nepoti tutorem dare. Priuilegium quod datum est militibus, datum est constit. Principum, qui non solent vlla priuilegia dare cum iniuria cuiusquam, *l. nec auo, C. de emancip. lib. l. 1. Cod. Hermog. de testam.* Traianus apud Plinium. *Priuilegia iniuria priuatorum à me dari non solere.* & quo magis hoc confirmet addit Papinianus in hac lege, *priuilegium illud testandi quoquomodo, quod militibus datur, propter imperitiam iuris*, vt est nominatim scriptum initio *tituli de milit. testam.* in *Inst.* priuilegium, inquam, illud habet tantum locum in bonis mi-

A litum, vt si quid minus perite, minusve legitime de bonis suis constituerint, rata sit eorum suprema voluntas, data imperitiæ venia, quoniam ius militibus ignorare permissum est: non si quid oneris alij testamento imposuerint minus legitime, vt si tutorem vel curatorem liberis suis non iure dederint, si filio quem non habent in potestate tutorem dederint: quia & tutela, vt eleganter ait *in fin. d. l. 40.* iure patriæ potestatis datur, non iure aut priuilegio militiæ. Ideoque nec miles, ei quem non habet in potestate, iure tutorem dat, non iure iniungit officium onusve tutelæ alteri, si filium non habeat in potestate. Est lex elegantissima.

Ad l. vlt. de iis, quæ in test. delentur.

B *Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis, vnius testamenti voluntatem eodem tempore dominus solemniter compleuit. si quasdam tabulas in publico depositas abstulit, atque deleuit, quæ iure gesta sunt, præsertim ex cæteris tabulis, quas non abstulit, res gesta declaretur, non constituentur irrita. Paulus notat, sed si vt intestatus moreretur, incidit tabulas: sed hoc approbarint, hi qui ab intestato venire desiderant, scriptis auocabitur hereditas.*

CErtum est vnum testamentum posse pluribus exemplis scribi, *l. vnum, sup. qui test. fac poss. l. Sempronius, de leg. 2. l. si in duobus, ff. quemadm. test. aper.* Sueton. in Tiberio *testamentum*, inquit, *ante biennium fecerat, alterum suâ, alterum liberti manu, sed eodem exemplo.* Et sic contractus solent scribi duobus authenticis, & cuique contrahentium dari suum authenticum, *l. qui tabulas, de furt.*: & in pragmatica sanctione Iustiniani, quæ subiecta est Nouellis Iuliani c. 21. Quod si testa-

C mentum sit pluribus tabulis scriptum, pluribus authenticis obsignatum, sane vnũ est testamentum. nunc finge: Ex eis tabulis testator quasdam deposuit in publico, veluti in æde sacra, aut in tabulario ciuitatis, vel sanctuario Principis: deinde eas abstulit & deleuit vel incidit, an irritum est testamentum? Minime: si non cæteras tabulas, ex quibus res gesta declaratur, etiam deleuit. Et hoc cum scripsisset Papinianus, Paulus notat, aliud esse dicendum, si probetur, eum eo animo vnas tabulas deleuisse & cancellasse, vt intestatus moreretur, cuius rei probatio exigitur à legitimis heredibus, qui vocantur ab intestato, quam si impleuerint, proculdubio hereditatem euincent heredibus scriptis: euincent, inquam, legitimi

D heredes non fiscus, vt in *l. 1. §. pen. ff. si tab. test. nulla ext.* Si deleuit, quod heredes scriptos iudicaret indignos, fiscus auocat hereditatem, vt *l. pen. hoc tit.* si heredes scriptos non iudicauit indignos, sed maluit intestatus mori, & hoc consilio, animoque deleuit vel intercidit, confregitque tabulas, legitimi heredes auocant hereditatem excluso fisco.

Ad l. 70. de hered. inst.

E *Captatorias institutiones non eas Senatus improbauit, quæ mutuis adfectionibus iudicia pronocauerunt: sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis.*

CAptatoriæ institutiones, & captatoria legata, vel fideicommissa improbantur Senatusconsulto quodam, vt patet ex hac lege, & ex *l. seq. & ex l. 1. in fi. ff. de iis quæ pro non script. hab.* non ex SC. Liboniano, vt Glossa ait, quod non est de captatoriis institutionibus vel legatis, sed de testamentariis, qui sibi quid adscribunt in alieno testamento, sed alio quodam SC. Quæ autem sint captatoriæ institutiones Græci interpretes intellexerunt: ex Latinis nemo intellexit, id est, istam legem nemo ex iis intellexit præter Marianum Socinum Iuniorem: cæteri omnes captatorias institutiones interpretantur

pretantur eſſe eas, quæ conferuntur in arbitriũ alterius, A veluti; ille mihi heres eſto, quem Titius voluerit; quo genere, cum nihil captetur, pluſquam manifeſtum eſt, captatoriã illam inſtitutionẽ non eſſe vitioſam, tamen eſt, non ex SC. quo vitiari diximus & improbari captatoriã inſtitutionem, ſed ex veterum Iuriſconſul. ſententia conſtantiſſima, vt ait *l. 5. h. t.* quia teſtamentum eſt ſententia mentis, voluntatis, iudicij noſtri, non mentis, aut voluntatis, iudicij alieni. Nam vt & Philoſophi dicunt, motus animorum noſtrorum non poſſunt conſummari per motũ alieni animi. Non ſunt etiã captatoriæ inſtitutiones, vt Papin. hoc loco, quæ mutuis adfectionibus iudicia prouocauerũt, vt cum duo ſe inuicem heredes ſcribunt vel iiſdem tabulis, vel ſuis quiſque ſeparatim; tu me tuis tabulis, ego te viciſſim meis adfectione mutua, B quia eſt in Nouella Valentiniani de teſtamentis, non poſſunt dici captatoriæ inſtitutiones, quas ſimilis affectio & ſimplex religio teſtantium ſine calliditate vlla prouocauit; at captatoriæ inſtitutiones definiuntur hoc loco, *quarum conditio confertur ad ſecretum alienæ voluntatis.* Conditionales igitur inſtitutiones ſunt, & ſi conditionales, conditio earum in futurũ tempus confertur. Nam quarũ conditio confertur in præſens vel præteritum tempus, proprie conditionales non ſunt, *l. cum ad ad præſens, ff. de reb. cred. l. cum in fundo, ff. de iniu. rupt. teſt.* quia ex euentu non pendent, ſed earũ euentus ſiue effectus ſtatim exſtitit vel non exſtitit, quia, vt Philoſophi dicunt, omnis ſermo collatus ad præſens vel præteritũ tempus, ſtatim eſt verus aut falſus. Captatoria autem inſtitutio confertur in id tempus, quo is qui teſtatur, heres C ſcribetur vel inſtituetur teſtamento eius, quem ipſe heredem inſtituit. Nam ſecretũ alienæ voluntatis hoc loco nihil aliud eſt, quam alienũ teſtamentum. Secreta iudiciorum in *l. ſi quis teſt. §. vlt. ad leg. Aquil.* id eſt, teſtamẽta. Exemplum vero huius rei eſt in *l. 1. ff. de his quæ pro non ſcrip. qua ex parte me L. Tit. in tab. ſuis heredem ſcribet, ex ea parte mihi L. Tit. heres eſto.* Quod ſcribit, plane captat & ambit hereditatem L. Titij & hamum iacit, itaque tanquam captatoria inſtitutio pro non ſcripta habetur SC. Ineſt his verbis conditio collata in teſtamentum alienum, ac ſi dixiſſet, *ſi me L. Titius heredem inſtituerit, L. Titius mihi heres eſto.* Nihil vero refert, ſi quis captet alienam hereditatem, quo modo expoſui, an alij, D veluti hoc modo, *qua ex parte L. Titius Caium heredem ſcribet, ex ea mihi heres eſto. l. ſeq. in fi.* Et hæc inſtitoria tanquam captatoria inutilis eſt ex ſentent. SC. Quid enim refert ſi quis captet vel aucupatur ſibi, an alij? Item nihil refert, eum cuius quis ſibi hereditatem captat, vtrũ ſibi heredem inſtituat, an alium forte ei cariſſimum, veluti hoc modo: *qua ex parte me Luc. Titius heredẽ ſcribet, ex ea parte mihi Mæuius heres eſto.* Plus dico; idem eſſe dicendum ſi quis alij hereditatem captet, necnon & aliũ ſibi heredem faciat, quã eum, cuius hereditatem alij aucupatur & captat, veluti hoc modo: *qua ex parte L. Titius Caium heredem ſcribet, ex ea parte mihi Mæuius heres eſto.* Omnes hæ inſtitutiones quas propoſui, quaſi captatoriæ, inutiles ſunt ex ſententia Senatuſconſulti. Eleganter vero in Baſilicis dicuntur inſtitutiones factæ repenſationis gratia χάριν ἀμειβόμεναι, id eſt, repenſandi futuri nondum accepti beneficij gratia. Nam quæ repenſant iã E acceptum beneficium, probatiſſimæ ſunt: imo plerũque hereditates & legata nobis non ſine cauſa obueniunt, ob meritum aliquod noſtrum vt ait *l. 9. pro ſoc.* Captatoria inſtitutio eſt repenſatio beneficij ante beneficium. Ab iiſdem Baſilicis captatoriæ inſtitutiones dicũtur χάριν ἀμειβόμεναι, gratiæ repenſatrices, vt loquitur etiam Electra apud Sophoclem, ὦ παντοίας φιλότητος ἀμειβόμεναι χάριν, ad filias Meſſenorum: Gratiæ, inquam, repenſatrices, futuræ ſcilicet. Nam inſtitutiones quæ fiũt gratiæ præteritæ referendæ & repenſandæ cauſa, non ſunt captatoriæ, nec Senatuſconſulto, vllaue lege improbantur, veluti, *qua ex parte me L. Titius heredem ſcripſit, ex ea parte mihi idem Lucius Titius heres eſto.* Vel, *Si me L. Titius heredem ſcripſit, idẽ mihi heres eſto l. mulier §. vlt. de cond. inſtit.* vel hoc modo, *qua ex parte L. Titius Caium heredem ſcripſit, ex ea parte mihi idem L. Titius heres eſto.* Vel, vt in *l. ſequ. & in l. 2. hoc tit.* hoc modo, *qua ex parte me Titius heredem ſcripſit, ex ea parte Mæuius mihi heres eſto.* Vnde non eſt auferenda vox *Mæuius*, fateor: in quam me tamen ſuſpicionẽ deduxit olim Antonij Auguſtini præſtantiſſimi Iuriſconſulti ſcriptum de captatoriis inſtitutionibus, vel etiã hoc modo, vt omnibus exemplis ſuperioribus collatis in futurum paria reddam collata in præteritum vtiliter, hoc inquam modo, *qua ex parte L. Titius Caium heredem ſcripſit, ex ea parte mihi Mæuius heres eſto.* Omnes hæ inſtitutiones ratæ ſunt, & ſecundum hæc recte dicitur in *l. Clemens, §. vlt. hoc tit.* non eſſe captatoriam inſtitutionem, ſi quis ita ſcripſerit, *quanta ex parte me à Titio heredem inſtitutum recitaſſem, ex ea parte Sempronius mihi heres eſto.* Nam inſtitutio Sempronij confert in tempus exactũ, in tempus præteritum, id eſt, in teſtamentum Titij ante factum. Recitationem autem futuram eius teſtamẽti, quod nullam prorſus iniicit ſuſpitionẽ captatoriæ inſtitutionis, neque tamen aliter inſtitutio Sempronij ad effectum perducitur, quam ſi is, qui Sempronium heredem fecit, teſtamentum Titij recitauerit, quia inſtitutioni Sempronij ineſt conditio futuræ recitationis Titiani teſtamenti. Et obſerua quod dicitur in *d. l. Clemens, §. vlt.* heres recitare teſtamentum, in quo heres ſcriptus eſt, & alij etiam nuncupare. Ambroſius 9. Epiſtol. *quomodo teſtamentum nuncupat, qui mortem teſtatoris negat?* Porro his exemplis apparet captatorias inſtitutiones non eſſe eas, quæ ad præteritum tempus conferuntur, quia nec proprie conditionales ſunt, vt captatoriæ, niſi alia conditio extrinſecus ſit eis inſerta, vt conditio recitationis teſtamenti in *d. l. Clemens.* & in iiſdem exemplis inſtitutiones non gratiam repoſcunt vt captatoriæ, ſed referunt, cum beneficium acceptum conſequantur, non corripiunt aliena bona, ſed ſua promunt, non dant hereditatem ſuam in hamo ſub conditione, ſi ſibi & ſuam dederit is, quem heredem ſcripſit, quæ captatoria inſtitutio eſt tincta viſco, vt Varro loquitur: & hoc modo captatorium legatum eſt, quod ita relinquitur: *quantum mihi L. Titius legauerit, tantum ei do lego.* Non ſi ita relinquatur, *quantum mihi L. Titius legauit, tantum ei do, lego.*

Ad legem 78. de hered. inſtit.

Qui non militabat bonorum maternorum quæ in Pannonia poſſidebat, libertum heredem inſtituit: paternorum, quæ habebat in Syria, Titium. Iure ſemiſſes ambos habere conſtitit, ſed arbitrum diuidendæ hereditatis ſupremam voluntatem factis adiudicationibus, & interpoſitis propter actiones cautionibus, ſequi ſalua Falcidia, ſcilicet vt quod vice mutua præſtarent, doli ratione quadranti retinendo compenſetur.

PRimum reſponſum huius l. eſt intellectu quidem facile, ſed explicatu ſane difficile, maxime in extremo, cum agit de Falcidia compenſando eo, quod coheredes vice mutua præſtarunt, adeo vt Vlpianus qui cætera omnia eius reſponſi diligentius interpretatus eſt in *l. 35. ſup. hoc tit.* omiſerit eam partem extremam. Credo quod facilius intelligi quam verbis explanari poſſit: loquitur autem in eo reſponſo Papinianus de teſtatore pagano, quoniam ait, *qui non militabat.* Cur de pagano? non quia ponit eum in inſtituendis heredibus ſeparaſſe ſpecies bonorum, & alium feciſſe heredem bonorum paternorum, alium maternorum, quoniam, quod de eius voluntate initio ſtatuit de partibus hereditariis, & de prælegatis, quæ inuicẽ præſtant heredes, idem ſeruatur in milite, ſi miles alium fecerit heredem bonorum paternorum, alium maternorum, vel alium ruſticorum, alium vrbanorum, vel alium Italicorum bonorum, alium prouincialium, vt in *l. certarum, in pr. ff. de milit. teſtam.* non etiã ſi alium bono-

rum castrensium, alium paganorum, vt in §. 1. *eiusdem l.* A Sed si, vt ponitur in hac specie fecisse, paganus, vel miles alium fecerit paternorum, alium maternorum heredem, idem seruatur in milite, quod in pagano, quod ad portiones hereditatũ & prælegata attinet. Sed quod ponit speciem in pagano, hoc ideo facit, quoniam in extremo loquitur de Falcidia, quæ habet locũ in testamento pagani, non in testamento militis, *l. 12. de milit. testam. l. 7. C. ad leg. Falcid.* Et hæc est vera ratio, non quam Glossæ notant, quam refutat satis *d. l. si certarum, in pr.* Species autem hæc est: Paganus duos heredes instituit: primum bonorum paternorum, secundum maternorum bonorũ. Paterna bona faciunt quadrantem, materna faciunt dodrantem totius hereditatis: fac hereditatem esse quadringentorum, & paterna bona facere centum, materna B trecenta. Ipso iure certarum rerum certorumue bonorũ heredes institui non possunt, neque à pagano, neque à milite; & qui ita instituti sunt, vt proposui, perinde habentur, ac si non adscriptis rebus partibusque certis heredes instituti essent. Sunt igitur ipso iure heredes æquis partibus, & singuli habent semissem omnium bonorũ, tam paternorum quam maternorum, non spectata nec comparata inuicem æstimatione bonorũ tam paternorum quam maternorum, ex quibus inuicem heredes instituti sunt, vt in *d. l. 35. & l. 10. h. t. & d. l. si certarum.* Verum, quod ipso iure non fit, id est, subtili iure, officio iudicis familiæ erciscundæ, cognoscentis inter eos de diuidenda hereditate, fieri poterit, vt voluntas suprema testatoris impleatur. Primo adiudicatis bonis paternis in C solidum, secundo bonis maternis, quod fieri tamen non potest, nisi quia singuli ipso iure semissem habẽt in omnibus bonis, nisi primus secundo cedat, & præstet semissem, quem habet in bonis maternis, & vicissim secundus primo semissem, quem habet in paternis, quoniam vice mutua prælegasse singulis testator videtur, secũdo partem, quam primus haberet in bonis maternis, primo partẽ, quam secũdus haberet in bonis paternis. Proinde iure prælegati primus secundo præstat centũ quinquaginta, id est, semissem trecentorũ, secundus primo præstat quinquaginta, vel facta compensatione ad finem cõcurrentis quantitatis, puta, quinquaginta, primus solus secundo præstat centũ. compensatio pro præstatione est. Atque ita quidẽ fit, vt bona materna secũdus capiat par- D tim iure hereditario, siue iure institutionis à seipso, partim iure legati à coherede; & similiter primus bona paterna vt capiat partim iure hereditario, partim iure legati. Verũ officio eiusdem iudicis familiæ erciscundæ cognoscentis, cautionem sibi inuicem primus & secundus præbere debent datis fideiussoribus, hac formula; *quod amplius ceperint quam per legem Falcid. liceat, reddi.* Quæ stipulatio Falcidiæ dicitur in *l. 70. ad l. Falcid.* quia & prælegata patiuntur Falcidiam, *l. 15. §. pen. eod. tit. l. à coherede, C. eod. tit.* Potest autem fieri, vt post factas adiudicationes relictorũ siue diuisorum bonorũ à testatore inter primum & secundũ emergat l. Falcidia, postea emergente ære alieno, quod tum latebat, vel emergente onere E legatorum prolatis codicillis, qui tum celabantur, vel emergente simul vtroque onere æris alieni & onere legati, ideoq; sub incerto hanc sibi inuicem cautionẽ præbere debent vt si postea emergente Falcidia, alterũ, alteri appareat prælegatum vltra dodrantem præstitisse, id quod præstiterit amplius ex ea stipulatione sine cautione recipiat non est dubiũ de ea cautione, accipienda esse hoc loco hæc Papiniani verba: *interpositis cautionibus.* Idque patet satis ex *d. l. 35.* id est, commentario huius responsi, in quo & Vlpianus, dum Papinianu producit testem, proculdubio hoc Papiniani responsum intellexit. Ait autem Papinianus, *has cautiones vice mutua esse interponendas propter actiones.* Quid hoc est, *propter actiones?* nimirum propter æris alieni personales actiones, vt loquitur *l. 1. §. si heres, ad Senatusc. Treb.* id est, propter actiones hereditarias, quas emergẽtes postea creditores hereditarij intendunt, in heredes singulos pro hereditariis portionibus, id est, pro semisse omnium bonorum, non habita ratione rerum prælegatarum, quæ nec habenda est, quia æs alienum hereditatem sequitur, non legata vel prælegata *d. l. 35. l. 1. C. si cert. petatur.* Item propter actiones legatorũ emergentium, postea prolatis codicillis diu celatis, quæ actiones hereditariarũ loco sũt, *l. hereditariarum, inf. de oblig. & action.* Nunc finge: His peractis apud iudicem familiæ erciscundæ ex inopinato emersisse codicillos, in quibus erant ab heredibus primo & secundo extraneo legata 120. sicut Glossa, quam postea valde approbamus, ponit speciem, & extraneum egisse in heredes pro hereditariis portionibus, id est, pro semisse totius hereditatis, & singulis abstulisse LX. atque ita recepisse suum, id est, CXX. & remansisse apud secundum ducenta quadraginta, partim iure hereditario, partim iure legati; & similiter apud primum remansisse XL. partim iure hereditario, partim iure legati. Hoc casu, quia primo ad Falcidiam sui semissis qui est L. id est, quadrans ducentorum desunt XXX. quia iure hereditario remanent apud eum XX. quæ tantũ imputat in Falcidiam: non imputat autem in Falcidiam alia XX. quæ apud eum iure legati remanent, aut non cogitur imputare, *l. 15. §. pen. l. 32. in fine, l. in quartam, inf. ad leg. Falcidiã.* Ideo quæritur, an si ex stipulatione Falcidiæ repetat à secundo coherede suo XXX. quæ desunt suæ Falcidiæ, summoueatur exceptione doli mali, quæ in strictis iudiciis æquitatem cõpensationis inducit? *§. in bonæ fidei, Instit. de action.* Et verius est, eum ratione exceptionis doli mali debere cõpensare pro modo concurrentis quãtitatis XX. quæ à coherede iure prælegati vice mutua percepit, ea, inquã, XX. debere eum compensare cum Falcidia, quam repetit à coherede, id est, vltro ea etiam XX. imputare debere in Falcidiam, si suum prælegatũ retinere velit. Cõpensatio est imputatio voluntaria, & contra imputatio est compensatio necessaria. Ita vero primus à secundo repetet X tantum supplendæ Falcidiæ gratia. Et hoc est, quod ait Papin. hoc loco, scil. *vt quod vice mutua præstaret doli ratione quadranti retinendo,* id est, Falcidiæ retinendæ, *compensetur.* Quorum verborum enarrationem omisit Vlpianus *in d. l. 35.* qui tamen cætera omnia huius responsi enucleate & diffuse in ea l. executus est, & ad hæc quidem verba vltima huius responsi quod apposui exemplum, Glossa apposuit rectissime, si modo CXX. quæ ponit deberi, dicamus deberi, quod totidem sint in legatis, vt exigit etiam Glossa superior ad illum locũ, *propter actiones,* non quod totidem sint in ære alieno hereditario. Nam si CXX. sint in ære alieno, quia bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno, non intelligũtur fuisse in bonis defuncti, nisi CCLXXX. ex quibus singuli, cum ipso iure habeant semissem, id est, CXL. cuius semissis centũ quadraginta videlicet Falcidia est XXXV. & primus secũdo iure prælegati præstiterit centũ duntaxat, manifestũ est apud eum residere XL. id est, quinq; amplius Falcidia, quinque supra Falcidiam, & hoc igitur casu locũ Falcidiæ nõ esse. Et hæc ita Dynus recte & subtiliter distinxit primus. in ære alieno exemplũ apponi debet alio modo, quã posuerit Glossa. Finge: in hereditate credebantur esse CL. bona materna centũ, paterna quinquaginta. secundus maternorum heres institutus est, primus paternorũ, & bonis eis adiudicatis officio iudicis familiæ erciscũdæ secundũ voluntatem defuncti, extitit creditor hereditarius, cui defunctus debuit centum, denique apparuit postea in ære alieno esse centum, quo detracto patet singulos ipso iure heredes esse ex vigintiquinq;, cuius portionis Falcidiam certũ est esse sex & quadrantem, quã tantum abest, vt habeat primus, vt detracto ære alieno à singulis pro semisse. i. quinquaginta à singulis detractis, nihil apud eum remanserit, apud secundũ remanserint quinquaginta partim iure hereditario, partim iure legati: nũc si prim⁹ repetat ex stipulatione interposita Falcid. à coherede, repellitur ratione doli, opposita compensa-

ne eius, quod à coherede vice mutua percipit: atque ita institutio primi redditur inutilis. Hoc responso explicato, debeo & volo eam rationem compensationis quam inducit Papinian. aliis legibus confirmare, veluti *l. heredi, inf. de iis quib. vt indign. l. deducta §. accept. inf. ad Treb. l. Nescennius, filio, inf. ad leg. Falcid. l. filium quem, C. famil. ercisc.* nec non debeo earum omnium legum speciem & sententiam explicare, sed leg. *heredi & l. deducta §. acceptis*, quoniam sunt ex sequenti libro Responsorum interpretationem differam in suum ordinem & locum: ceterarum ll. quia sunt ex aliis auctoribus mihi interpretatio hoc loco præstanda est: ac primo legis *Nescennius, inf. ad leg. Falcid.* Valde placebit species eius legis, quæ talis est: Mater quæ habebat filias tres, primam, secundam & tertiam, eas heredes instituit ex æquis partibus, vt singulæ haberent trientem, & à singulis legata inuicem dedit, veluti à prima legauit secundæ & tertiæ præstandas res quasdam, aut pecunias, & vicissim à secunda legauit primæ & tertiæ, rursus à tertia primæ & secundæ, verum à prima etiam legauit extraneis, à secunda & tertia nihil legauit extraneis. Primæ portio, id est, triens oneratus est legatis, tam sororibus, quam extraneis relictis. Subdiuidamus trientem illũ primæ in duodecim vncias, & fingamus ab ea extraneis legatas vncias quinque & semunciam sororibus totidem omnibus, igitur à prima fuisse legatas vndecim vncias. Falcidia eius portionis subdiuisæ in duodecim vncias est trium vnciarum, in eam imputat vnciam, quæ apud eam remanet iure hereditario, quia ab ea tantum sunt legatæ vndecim vnciæ, nunc desiderat adhuc duas vncias, quæ Falcidiæ desunt. certũ est eam posse vnam detrahere ab extraneis, sed quæritur, an etiam possit desiderare, vt & vnam vnciam detrahat à sororibus, à quibus & ipsa vice mutua legata percipit, & si possit eam vnciam desiderare ipso iure, an submouenda sit per exceptionem doli mali, inducta compensationis æquitate mutui prælegati cum illa vncia: & rursus si submouenda sit exceptione doli mali, vt definiemus statim, an eo casu possit duas vncias quæ Falcidiæ eius desunt deducere ab extraneis? Et respondet posse quidẽ ipso iure eam vti Falcidia etiam aduersus sorores, quia id quod ab iis vice mutua percipit iure prælegati, non proficit legatariis, quo minus Falcidiam patiantur, id est, non imputantur in Falcidiam, sed tamen repellitur exceptione doli mali si à sororibus vice mutua iure prælegati acceperit vnciam quam deducere desiderat. Et hoc cum ita definisset Paulus in *d. l. Nesennius*, quærit, an cũ nihil deducat à sororibus, tunc deducere possit ab extraneis duas vncias, quæ suæ Falcidiæ desunt? & respondet, non deducere nisi vnam vnciam, hoc est, tantũ quantum deduceret, si & ex legatis sororum Falcidiam deduxisset; quoniam æquum non est, vt commodum, quod fert ex mutuo prælegato sororum oneret extraneos, & augeat Falcidiam legatorum eis relictorum. Et hoc est, quod ait in *d. l. Nesennius*, primam non imputare extraneis integrum prælegatum, quod præstitit coheredibus, id est, vncias quinque & semunciam, id est, id quod dedisset sororibus, si nihil ab eis vice mutua percepisset, & perinde igitur rem esse, ac si à sororibus deduxisset vnciam, & præstitisset eis tantum vncias quatuor & semunciam, licet præstiterit prælegatum vniuersum, id est, quinque vcias & semunciam, ratione compensationis Falcidiæ. Ratio compensandæ Falcidiæ cum prælegato vice mutua percepto, quam inducit Papin. in *l. 78. de hered. instit.* confirmatur *l. Nesennius, ad l. Falcid.* quam heri exposui. Confirmatur etiam *l. filio, eod. tit.* cuius species hæc est: Pater vel mater filium & filiam heredes scripsit, sic ea l. initio proposuit simpliciter. Proponamus igitur etiam nos simpliciter, parentem filium & filiam heredes scripsisse, postea apparebit non scripsisse æqualiter, vt Glossa ait, sed inæqualiter, vt est in Basilicis, ἀνίσως. Singulis autem legata inuicẽ dedit pater, quæ proprio nomine dicuntur prælegata &

A præcipua & præceptiones, sed longe minus filiæ legauit quam filio, quia scil. filium heredem scripsit, exempli gratia, bonorum Italicorum, filiam bonorum prouincialium, quæ longe minoris pretij sunt. separatæ hæ species bonorum pro prælegatis accipiuntur, vt in *l. 35. sup. h. t.* At non tantum filiæ minus prælegauit, sed etiam in bonis, quæ prælegauit filiæ, est domus creditori hereditario pignerata in centum, quam & filiæ legauit adiecto hoc onere, vt, si libertus filij sui ea centum persolueret, vtrique domus esset communis, filiæ & liberto filij. Cæterum non libertus, quia nec aduersus eum creditor vllã actionem habuit, sed heredes, exigente, & vrgente creditore ei soluerunt centum pro hereditariis portionibus, & domum vinculo pignoris liberauerunt, quo ære

B alieno detracto, apparuit, quanta portio hereditatis esset. Finge: in hereditate fuisse ducenta, singulos igitur ipso iure quasi sine partibus scriptos heredes fuisse in centum, cuius portionis Falcidia siue quadrans est 25. Illud etiam apparuit deducto ære alieno, bona Italica, quæ filio relicta & ei adiudicãda sunt, esse 180. bona prouincialia quæ filiæ adiudicanda sunt, esse, 20. quamobrem filia dicit, se in damno versari, nec habere integram Falcidiam semissis totius hereditatis, ex quo ipso iure heres est, id est, non habere 25. integra, sibi adhuc deesse 15. quia habet tantum iure hereditario decem, quæ imputat in Falcidiam, alia decem, quæ iure legati accipit à fratre

C iure ipso, non cogitur imputare in Falcidiam, quia in Falcidiam ea tantum imputantur, quæ iure hereditario capiuntur, non quæ iure legati, vel alio iure, nisi nominatim aliud cauerit testator, vt si ideo dixerit, se legatum dare heredi, vt integra legata præstaret, *l. quod autem, inf. ad leg. Falcid.* Et consequẽter filia ipso iure recte postulat 15. à fratre, quæ suæ Falcidiæ desunt, sed repellitur per exceptionem doli mali, opposita compensatione eius, quod à fratre integrum iure prælegati accepit, aut sane id à fratre prælegatum integrum non consequetur, nisi & ipsa vicissim soror fratri suum præstet integrum, quoniam æquum non est, integrum ferre quenquam, quod vicissim integrum referre vel inferre nolit. Et hoc est

D quod ait *d. l. filio, FILIAM non aliter prælegatum quod ei datum est accepturam si Falcidiam expleat, quam si voluntati defuncti obtemperauit, fratri solidum prælegatum præstando.* Vulgo etiam in Florentinis in ea lege corrupte legitur, *soluendum* pro *solidum*, vt recte notauit Alciatus 5. Parerg. Solidum est integrum prælegatum, intactum, illibatum, sine imminutione Falcidiæ, quod vniuersum dicitur in *l. Nesennius*. Igitur in specie proposita, decem, quæ vice mutua iure legati soror accepit à fratre, compensant Falcidiam fini cõcurrentis quantitatis, & quinque tantum supplendæ Falcidiæ à fratre desiderat. Et ita explananda ea lex est. Sequitur alia, qua eadem ratio compensationis comprobatur *l. filium quem, C. famil. ercisc.* omnium, quæ sunt in Codice longe difficillima, omnium quæ sunt in iure pro sua breuitate opulentissima iuris, cuius ego speciem & sensum verissimum & clarissimum iam sæpe professus sum me accepisse prima æ-

E tate à primo Iurisconsulto, cuius vita omni laude confecta. Primũ in ea lege, quod ait initio, *Filiũ quem habentem fundũ.* deinde in fine. *Quod à cæteris in eo fũdo soluitur sup. quartam, habens reddere cõpellitur.* Est σύλληψις frequentissima in iuris auctoribus, & in cæteris quoque, quã plerunq; generat longior verborum tractus, vt in eo plane non sit laborandum: sed neq; in eo laborandũ, quo iure filius fundum habuerit. Nam cum subiiciat ea l. filium partem prædij capere à semetipso iure hereditario, partem à coheredibus iure legati, quæ varietas iuris & possessionis propria in prælegato est, *l. eum qui §. vlt. ff. de iis, quibus vt ind.* Plusquam manifestum est, filium habuisse fundum iure prælegati, vt & Ioannes sensit recte, nec sane aliter pertineret ea *l. ad tit. famil. ercisc.* sub quo posita est, quam si statuas, filio fundum prælegatum esse, quia constat prælegata præstari arbitrio iudicis fami-

liæ erciſcundæ cognoſcentis. Miſeri ſunt, qui vel iure A peculij, vel iure neſcio quo retentionis, vel iure legati per vindicationem, vel alio, quam prælegati, filium habuiſſe fundum ariolantur. Et ſpecies l. hæc eſt: pater, qui habebat ſeptingenta in bonis, filios ſuos tres, numero primum, ſecundum, tertium, & extraneos quatuor, quartum, quintum, ſextum, ſeptimum heredes ſcripſit ex æquis partibus: & primo, cui forte eum princeps patris nomine donauerat, & ab omnibus heredibus fundum prælegauit dignum 28. Deinde eundem primum filium ſuum rogauit ſub conditione: *ſi nauis ex Aſia veniret*, portionem ſuam hereditatis reſtituere fratribus, ſecundo & tertio, & extraneis coheredibus quarto & quinto tantum, non etiam ſexto & ſeptimo. Portio cuiuſque facit centum, quoniam ſunt ſeptingenta in bonis, & omnes B ſeptem ex æquo ſcripti heredes ſunt. Portio, inquam, cuiuſque facit centum, cuius Falcidia eſt 25. Fundum autē primus capit partim iure hereditario à ſemetipſo pro parte ſeptima, partim iure legati à coheredibus omnibus pro reliquis partibus: exiſtente conditione fideicōmiſſi, primus, à quo duo fratres, ſecundus & tertius, & duo extranei coheredes, quartus & quintus, quod eis relictum eſt fideicommiſſum portionis primi petunt; is primus ſcil. Falcidiam ex fideicommiſſo deducere deſiderat, iuxta Senatusconſultum Pegaſianum, vel hodie Trebellianum, vt dodrantem tantum ſuæ portionis reſtituat fideicommiſſariis, id eſt, ſecundo, tertio, quarto & quinto. Quæritur, quid in eam Falcidiam imputare debeat? Et certum eſt, iure eum in Falcidiam imputare partem tantum ſeptimam fundi, quam à ſemetipſo iure hereditario percepit. Et hoc eſt quod ait l. eum hereditariam C partem fundi in quartæ ratione retinere, id eſt, imputare in Falcidiam. Denique cum fundus, vt poſui, dignus ſit 28. in Falcidiam imputat 4. hæc eſt ſeptima pars fundi, quam à ſeipſo capit iure hereditario. An vero etiam imputat in Falcidiam partes fundi, quas à coheredibus ſecundo, tertio, quarto, quinto, vice mutua percipit iure legati? Percipit autem à ſingulis quatuor ab omnibus, in ſumma ſexdecim, & non imputat proprie ea ſexdecim in Falcidiam, ſed compenſat Falcidiæ retinendæ ex portione ſua, quam etiam retinere deſiderat, & deducere in reſtituenda ea portione. Iunge nunc illa ſexdecim, quæ à coheredibus, quibus rogatus eſt reſtituere portionem hereditatis, vice mutua percipit, & Falcidiæ compenſat pro modo concurrentis quantitatis: iunge, inquam, ea ſexdecim cum illis quatuor, quæ iure hereditario à ſemetipſo capit, & Falcidiæ imputat, fiunt 20. & deſunt D adhuc Falcidiæ quinque, quæ deducet ex portione hereditatis quam ex fideicōmiſſo tenetur reſtituere coheredibus duobus fratribus ſuis, & duobus extraneis, reſiduum eis reſtituere cōpelletur, id eſt, nonagintaquinq;. At quid fiet reliqua parte fundi prælegati, quam capit à coheredibus ſexto & ſeptimo, quibus viciſſim non eſt rogatus reſtituere portionem hereditatis: nam fundum prælegatum fuiſſe primo ab omnibus coheredibus initio recte propoſui. Quid igitur fiet octo, quæ ſunt reſidua in fundo, quæque accipit à ſexto & ſeptimo? Et ſane, vt ea lex oſtendit, ea octo, neq; imputat Falcidiæ ſiue quartæ, neque compenſat, ſed ea habet ſupra quartam portionis ſuæ, ſiue ſupra Falcidiam, vt in *l.* 15. §. *pen. inf. ad leg. Falcid.* dicitur, matrem heredem inſtitutam ex parte fideicommiſſum ſibi relictum percipere ſupra quartam portionis ſuæ, & *l.* 91. *eod. tit.* in fideicommiſſaria hereditate reſtituenda, extra quartam id eſſe, quod heres oneratus fideicōmiſſo à coherede accipit, iure legati videlicet, ſi non ei rogatus eſt hereditatem, ſiue portionem hereditatis reſtituere, ſed extraneo. Ea igitur octo in ſpecie propoſita filius lucrifacit, & habet vltra Falcidiam, quia fideicommiſſo non continetur prælegatum, quum heres ex parte rogatur reſtituere partem ſiue portionem hereditatis, vt proponit de induſtria, *d. l. filium quem.* Nam ſi ſimpliciter rogetur reſtituere portionem, A nullo alio adiecto, etiam prælegatum fideicōmiſſo continetur, nec habetur ſupra quartam, *l. Marcellus* §. *quidā, ff. ad Senatuſc. Treb.* Idemque oſtendit *l. in fideicōmiſſaria* §. *vlt. eod. tit.* vbi ponit, heredem inſtitutum ex parte, cui dato legato rogatus eſt reſtituere portionem hereditatis alteri, non reſtituere, inquit, quia dixit, portionem hereditatis, id quod à coherede accipit iure prælegati, id eſt, prælegatum fideicōmiſſo non contineri; id tamen quod capit à ſeipſo in re prælegata iure hereditario cadere in fideicommiſſum, vbi neceſſe eſt addas ex *l. filium, quem,* vel imputari in Falcidiam: denique portionem fundi prælegati hereditariam filius aut debet reſtituere fideicommiſſariis aut imputare in Falcidiam.

Ad §. L. Titio 1.

Lucio Titio ex duab. partibus, Publ. Mæuio ex quadrāte ſcriptis heredibus: aſſem in drodante eſſe diuiſum, reſpondi: modum enim duarum partium ex quadrante declarari. Quod veteres nummis Titio legatis; nummorum ſpecie non demonſtrata, cæterorum legatorū contemplatione, receperūt.

IN ſpecie ſecundi reſponſi h. l. proponitur: teſtator, tametſi omnis hereditas ſoleat diſtribui in duodecim vncias, quod hoc numero plerūque ſignificetur vniuerſitas, vt ait *Auguſt.* 20. *de Ciu. Dei,* ſuā tamen hereditatē diſtribuiſſe in 9. vncias tantū, quoniam poteſt ſane paterfam. qui de re ſua teſtatur, in tot partes, quot voluerit vel plures vel pauciores hereditatem ſuam diſtribuere, *l.* 13. §. *paterfamil. hoc tit.* At plerunque ſolemnis diſtributio hereditatis fit in duodecim vncias, quæ aſſis appellatione continentur, quod equidem omnes ſcire arbitror: quoniam prima res, quæ nota eſſe debet accedenti ad iuris ciuilis ſtudium, ea eſt diſtributio aſſis, id eſt, §. *vlt. l.* 50. *h. t.* ſiue §. *hered. Inſt. eod. tit.* aut certe totus liber Voluſij Mætiani de diſtributione aſſis, cuius quidem aſſis duodecima pars eſt vncia. Siculum nomen, quo ſignificabatur as vnum, vt Iulius Pollux ſcribit 9. Et ab vncia reliquas partes, non eadem ratione nomina impoſita habere Varro ſcribit 4. *de lingua Latina,* ſed alias nomen habere à quota parte aſſis quam heri didici ab vno ex vobis peritiſſimo huiuſce artis Diophantū appellare, partem cognominem, vt ſextantem à ſexta parte aſſis: quadrantem à quarta: trientem à tertia: ſemiſſem à dimidia, id eſt, ſemi aſſe; alias vero nomen habere à numero vnciarū, vt quincuncem & ſeptuncem; quincuncem, quia numerus quinarius in aſſe partem quotam non facit, ſeptuncem, quia, vt Remmius Polemo ait in poëmate de pōderibus, quod dimidium ſuperat, pars eſſe negatur, pars ſcil. quota vel cognominis: alias vero nomen habere à dēptione partis, vt *bes,* quæ olim *des,* à dēptione trientis, vt Auſonius ait:

Tertia defuerit ſi portio, quid reliquum? des. Dodrans à demptione quadrantis, dextans à demptione ſextantis, deunx à demptione vnciæ.

Cum vero teſtator ita heredes ſcripſit, vt eſt in hoc ſecundo reſponſo: *Primus ex duabus partibus, ſecundus ex quadrante heres eſto,* aſſem videtur diſtribuiſſe in drodantem, quia primus videtur inſtitutus ex ſemiſſe, qui diuiſus E in duas partes, duos quadrantes facit, & ita in ea heredum inſtitutione duas partes vt accipiamus, comparatio quadrantis infra adſcripti ſecundo declarat atque poſtulat, ſicut nummis legatis, quo exemplo Papinianus vtitur, id eſt, legato nummorum relicto, legato nummorum certo numero, vt in *l. ſi ſeruus plurium* §. *vlt. ff. de leg. 1.* Quoniam legatum nummorum, non adiecto numero, ſane nullum & ridiculum eſt. Nummis igitur centum legatis, vbi diſtincte & ſimpliciter, nummorum qualitate non demonſtrata, deinde alij legatis quinquaginta nummis ſeſtertiis, veteres iuris auctores coniectabant & priori fuiſſe legatos centum nummos ſeſtertios, vt in *d. l. ſi ſeruus plurium,* §. *vlt.* dicitur: *Summarum quæ ſequuntur ſcripta ſpectanda eſſe, quotiens non apparet*

quales nummi ante alij legati ſint, & *l. nummis*, ita *de legatis 3. contextum teſtamenti ſpectandum eſſe.* & l. 44. *de manum. teſtam. Contextum totius ſcripturæ teſtamenti.* Sic igitur adſcriptis primo duabus partibus ſimpliciter, ſpectanda eſt pars, quæ deinde ſpecialiter & nominatim adſcripta eſt ſecundo, quæ quoniam eſt quadrans, & primo duos quadrantes recte colligemus adſcriptos, id eſt, ſemiſſem, atque adeo aſſem à teſtatore diuiſum in dodrantem, quæ diuiſio quadrantis minor eſt ſolemni & legitima diuiſione aſſis. verum ad eam legitimam diuiſionem aſſis, etiam ita heredes ſcripti ipſo iure ſiue iuris poteſtate reuocantur ſeruata eadem proportione, nempe dupla, vt altero tanto plus habeat primus, quam ſecundus, puta, beſſe adſcripto primo, & triente ſecundo, quia paganus, de quo, vt primum reſponſum, & reliqua huius legis reſponſa accipienda ſunt, partim teſtatus, partim inteſtatus decedere non poteſt. Et ſic in *d. l. 13. §. pater*, in duobus tantum heredibus ſcriptis ex quadrante, as quidem diuiſus eſt à teſtatore in ſemiſſem tantum, ſed iure ipſo ſinguli heredes ſunt ex ſemiſſe. Ac ſimiliter primo ſcripto ex ſemiſſe, ſecundo ex quadrante, as diuiſus quidem eſt in dodrantem tantum, ſed ipſo iure primus feret beſſem, ſecundus trientem, quia quantum de aſſe diminuit teſtator, tantum ipſo iure accreſcit pro rata, id eſt, ἀναλόγως, & ſeruata proportione geometrica, cauſa teſtati trahente ad ſe cauſam inteſtati, ſicut è contrario nonnunquam cauſa inteſtati trahit ad ſe cauſam teſtati. vt in ſpecie *l pen. ff. de iniu. rupto.*

Ad §. filiis.

Filiis heredibus æquis partibus inſtitutis, ac poſtea fratris filio pro duabus vnciis: vnum aſſem inter omnes videri factum, placuit, & ex eo 10. vncias filios accepiſſe: tum enim ex altero aſſe portionem intelligi relictam, cum aſſe nominatim dato, vel duodecim vnciis diſtributis, reſidua portio non inuenitur. Nihil autem intereſt quo loco ſine portione quis heres inſtituatur, quo magis aſſis reſiduum accepiſſe videatur.

DVo ſunt filij æquis partibus heredes inſtituti, ac poſtea filius fratris pro ſextante, quæritur iuris poteſtate quantum filij habituri ſint? Et recte reſpondit Papinian. dempto ſextante, qui filio fratris nominatim adſcriptus eſt, ex eo quod ſupereſt, id eſt, ex dextante filios habituros æquas partes. Ne dicas *modum partium filiorum declarari ex ſextante adſcripto filio fratris*, vt in ſuperiori ſpecie: quod ſi verum eſſet, as videretur diuiſus in ſemiſſem tantum, & iuris poteſtate omnes trientes haberent: ſed ne hoc dicas, quoniam longe diuerſa hæc ſpecies à ſuperiori eſt. In illa primus ſcriptus eſt ex duabus partibus, in hac filij ſcripti ſunt ſine partibus, quoniam nihil intereſt dixerim *filij æquis partibus heredes ſunto*, an *filij heredes ſunto*: quia & hoc ſermone æquis partibus heredes ſcripti intelligũtur; denique ſiue hoc, ſiue illo modo ſcribantur, ex æquis partibus ſcribuntur. In illa autem ſpecie ſuperiori aſſem teſtator diſtribuit in dodrantem tantum; in hac ſpecie aſſem totũ ſoleniter diſtribuiſſe intelligitur in 12. vncias. Ideoque in hac ſpecie ſinguli filij ferunt quincuncem, filius fratris ſextantem, qui adſcriptus ei eſt. Ne etiam dicas, teſtatorem in hac diuiſione exceſſiſſe 12. vncias, & filiis dediſſe aſſem integrum æquis partibus, filio fratris ex altero aſſe, qui dupondium dicitur, vt aſſipondium pro aſſe, dupondium pro duobus aſſibus ſiue 24. vnciis, tripondium pro tribus aſſibus. Nam as, pondo, & libra, idem eſt. Videtur igitur filio fratris ex altero aſſe dediſſe ſextantem. Qua ratione vteremur quidem, ſi filij nominatim ex aſſe heredes eſſent ſcripti, hoc modo: *filij ex aſſe æquis partibus heredes ſunto*, vel etiam, ſi vnus eſſet ſcriptus ex ſemiſſe, alter item ex ſemiſſe nominatim, vel ſi vnus ex triente, alter ex beſſe, quo genere totus as erogatur & diſtribuitur: at non ita in hac ſpecie filij ſcripti proponuntur, ſed ſimpliciter ſine partibus certis, quo

A caſu eadem ratione non vtitur, ideoque ſubiicit, *nihil intereſſe quo loco ſine partibus filij ſcripti ſint, priore an poſteriore*, vt in *l. quo loco ſup. hoc titulo*, vel hoc modo ſcilicet, *filij heredes ſunto. filius fratris ex ſextante heres eſto.* vel è conuerſo: *filius fratris ex ſextante heres eſto, filij heredes ſunto*, quia quocunque loco filij ſcripti ſint ſine partibus dempto ſextante, omnino reſiduum aſſis, id eſt, dextantem accepturi ſunt, quæ eſt ſententia huius reſponſi: cui nihil obſtat l. quam opponit Accurſius, 47. §. *1. ſup. hoc tit.* In qua filia non proponitur heres ſcripta ſine parte, ſed ex aſſe adiecto coherede poſtumo vel poſtuma, ſi poſtuma naſceretur ex quarta parte, id eſt, ex quadrante, ſi poſtumus naſceretur ex dimidia, & quarta, id eſt, nouem vnciis, ex dodrante, vt in *l. quidam, titul. ſeq.* & ſi ex dimidia & ex ſexta, id eſt, ex beſſe in *l. 13. §. pen. ſup. hoc tit.* ex

B quo in teſtamento Auguſti apud Suet. *in fi. Auguſti & in Tiberij c. 25.* legendum eſt. *Auguſtum Tiberium ſcripſiſſe ex dimidia & ſexta, & Liuiam ex 3.* male vulgo *ex dimidia & ſextante.* quamuis idem ſit, ſed eſſet inepta locutio. Nam & ita M. Tullius 13. Epiſt. ad familiares.

Heres ex parte dimidia & tertia as capito, id eſt, ex dextante. Porro in ſpecie dictæ l. 47. nato poſtumo fiet diuiſio paternæ hereditatis inter filiam & poſtumum pro ratione Geometrica, ita ſcilicet, vt quia filia ſcripta eſt ex aſſe, poſtumus ex alterius aſſis dodrante, id eſt, filia ex 12. vnciis, poſtumus ex nouem, quæ ratio eſt ſeſquitertia, vt maior etiam ſit filiæ portio, ſeſquitertia. id eſt, vt quarta parte amplius habeat quam poſtumus. nata autem poſtuma, quia filia ſcripta eſt ex aſſe, poſtuma ex quadrante,

C quæ ratio eſt quadrupla, vt maior ſit filiæ portio quadruplo; poſtumo vero & poſtuma natis ſimul, ſimiliter quarta parte, vt maior ſit filiæ poſtumi portio, poſtumi autem quam poſtumæ, vt maior ſit portio triplo: quia poſtumus ex nouem, poſtuma ex tribus vnciis proponitur ſcripta, quæ ratio eſt tripla, filia autem, vt habeat tantundem, quantum vterque poſtumus & poſtuma, puta, filia ſemiſſem, poſtumus trientem & ſemunciam, id eſt, dimidiam vnciam, poſtuma ſeſquiunciam, id eſt, vnciam & ſemunciam. Et hæc eſt ſententia *l. 47.* cui quemadmodum abrogauerit Iuſtinianus in *l. cum quæſtio, C. de leg.* & aliis pleriſque legibus ſimilibus, ſimilem proportionem exacte

D ſeruantibus, Geometrica introducta ratione huic aduerſa, quæ Arithmetica dicitur propter præſumptam voluntatem defuncti, ego fuſius oſtendi in *d. l. 47.* quoniam eſt Africani.

Ad §. vltimum.

Seius Mæuium ex parte, quam per leges capere poſſit heredem inſtituit: ex reliqua Titium ſi Mæuius ſolidum capere poterit: Titius adiectus aut ſubſtitutus heres non erit.

SPecies hæc eſt: Seius teſtator ita heredes ſcripſit, *Mæuius ex parte, quam per leges capere poteris, heres eſto:*

E *Titius ex reliqua parte*, Finge; Mæuius ſolidum aſſem capere poteſt, quid habebit Titius? nihil prorſus, quia nihil eſt reliquum. Et vt excludat omnino Titium ait, eum neque venire, vt adiectum, id eſt, vt coheredem, vt in *l. 85. ff. hoc tit. l. verbis §. qui cum plures, tit. ſeq.* Nec venire vt ſubſtitutum, Mæuio accipiente ſolidum. Sed ſubiicitur ex eodem Papiniano, in eodem libro ex *l. ſeq.* ſi non dixerit, *Titius ex reliqua parte heres eſto*, ſed hoc modo: *Mæuius ex hac parte quam per leges capere poteris, heres eſto, Titius heres eſto*, & Mæuius aſſem capere poſſit, tantundem habebit Titius in altero aſſe, quantum habebit in primo Mæuius, atque ita ratione reuocata ad aſſem, id eſt, dupondio reuocato ad aſſipondium, ſinguli ferent ſemiſſes: ſed vt eſt ſcripta l. ſequens & in Florentinis, & in aliis pleriſque, in ea eſt manifeſta commutatio perſonarum, quoniam pro *Mæuius* ſcribendum eſt *Titius*, & pro *Titius*, *Mæuius*. Nec omittendum quod ſubiicitur in *l. 80.* ex eod. lib. *6. Reſp.* Si vt initio propoſui, Mæuius ſit he-

res scriptus ex parte, quam per leges capere posset, Titius ex reliqua parte, & Mæuius nihil omnino capere possit ex ea hereditate, quasi in totum incapax, tum Titium vocari, vt substitutum Mæuij in assem siue hereditatem totam, licet ibi addere, vel vocari vt coheredem, nihil refert, in assem deficiente Mæuio: Nam reliquæ partis appellatione etiam as continetur, vt in *l. Iulia de residuis*, residui aut residuorum appellatione totum continetur, *l. 4. §. hac lege, & §. seq. ff. ad leg. Iul. repet.* item in specie *l. 2, C. eod. tit. & l. 95. & 160. de verb. signific. & l. cum optio, ff. de opt. leg.*

Ad l. 7. de vulg. & pup. subst.

Verbis ciuilibus substitutionem post quartum decimum annum ætatis frustra fieri conuenit, sed qui non admittitur vt substitutus, vt adiectus heres quandoque non erit, ne fiat contra voluntatem, si filius non habeat totum interim, quod ei testamento pater dedit.

Verba ciuilia hodie non ambigitur esse verba directa, veluti: *heres esto*, quibus aduersa sunt verba precaria, veluti: *Rogo vt hereditatem illi restituas.* Dici non potest, quam multa scripserint interpretes, dum digladiantur inter se, & quærunt, quæ sint verba ciuilia, sed omnem dubitationem sustulit hodie Vlpiani liber regularum, in quo sub titulo de fideicommissis, fideicommissum definitur, *Omne quod non verbis ciuilibus, sed precatiue relinquitur.* Vnde liquet verba ciuilia esse verba directa, legitima, imperatiua, quibus leges vti solent, & testatores perinde ac leges, quum volunt: quia & testamentum lex est. Quamobrem recte dicam, hanc legem esse de substitutione pupillari à patre pagano facta verbis directis, filio impubere herede instituto ex asse, veluti in hunc casum & modum: *si filius heres erit & intra 25. annum vita excesserit, Mæuius ei heres esto*: Nam quod quidam hanc substitutionem, cuius formulam proposui, frustra non fieri dicunt, quod intra pubertatem moriente filio valeat, *l. in pupillari, hoc tit.* non pugnat cum hac lege: quæ frustra eam fieri non dicit intra pubertatem, sed post pubertatem moriente filio. Nihil igitur interest, incipiat substitutio à pubertate, hoc modo: *si filius heres erit & post 14. annum decesserit*, an comprehendat etiam pupillarem ætatem, vt supradicto modo: *si filius meus impubes heres erit, & intra 25. annum decesserit, vel intra 15. vel intra 20.* nihil refert. Nihil etiam interest ea substitutio fiat vsque ad certam ætatem, vt in superioribus exemplis: an compendio, veluti hoc modo: *si filius heres erit & quandocunque decesserit*, non expressa certa ætate. Compendio est legendum in *l. precibus, C. de imp. & al. substitut.* id est, compendio orationis, vt in *l. Mæuius, §. duorum, de legat. 2.* Nam compendiosa substitutio in iure non dicitur. militaris etiam substitutio, quam formarunt recentiores, in iure non dicitur, sed militare testamentum tantum, & duæ sunt tantum directarum substitutionum species, siue fiant à pagano, siue à milite, & siue compendio fiant, siue expressim. Duo tantum sunt substitutionum casus, vt loquitur *d. l. precibus.* duo euentus, vt *l. 4. hoc tit.* duæ causæ, vt *l. cum ex filio §. filio, hoc titulo.* Denique duæ substitutiones directæ, quia duo tantum earum casus, euentus vel causæ; casus primus, & casus secundus, vt est in *d. l. precibus.* Casus primus est casus non adquisitæ hereditatis, in quem fit substitutio vulgaris, nempe hic casus; *si heres non erit.* Casus secundus est casus adquisitæ hereditatis, in quem fit substitutio pupillaris, nempe hic casus, *si heres erit*, quæ fit pupillo tantum à patre, vel parente, in cuius potestate est, quoad pubescat, & ad exemplum pupilli, etiam puberi mente capto, quoad resipiscat. Vulgaris substitutio est testamentum patrisfamil. Pupillaris substitutio est testamentum filiifamil. impuberis, vel mente capti, quod parens in cuius potestate est, ei fecit, nec enim queunt sibi facere testamentum propter ætatem vel mentis lapsum. Pupillaris autem substitutio verbis directis facta, illis tribus modis, quos retuli ante, à patre scilicet qui non militabat, filio impuberi heredi instituto ex asse, etiamsi longius quam pubertatis tempus comprehendat, expressim, vel compendio, tamen finitur pubertate: testamentum est quod finitur tempore, *d. l. in pupillari, hoc tit. l. si frater, C. de fideicommiss.* finitur, inquam, pubertate, adeo vt nec post pubertatem, licet à testatore in longius tempus producta sit, valeat iure fideicommissi, vt Azo sensit recte. Aliis aliud iudicium est, quorum sententiam male ab iis instituti Pontifices etiam in ius suum retulerunt, *c. Rainutius, ext. de testamen.*

At nullo iure eam substitutionem post pubertatem valere hæc lex demonstrat satis, dum ait, *eam substitutionem verbis ciuilibus post 14. annum ætatis*, id est, *post pubertatem filij, frustra fieri conuenire*, id est, *constare inter omnes.* Constans hoc decretum omnium Iurisconsultorum. Nam substitutionem eam post pubertatem nullius momenti esse, articulus frustra demonstrat, quem familiare & amicum est Papiniano vsurpare in re per omnia inutili & nulla, *l. fideiussor, de neg. gest. l. iure, l. qui tutelam §. vlt. de testam. tut. l. 5. de dot. coll.* & multis aliis locis. Frustra igitur, hoc est, neque in totum valere, neque in partem, vt mox subiicit in ead. lege, sed eo articulo etiam latius accepto, neque iure directo valere, neque iure fideicommissi. Cur non iure directo? quia non potest pater filio puberi heredi instituto substituere verbis directis in secundum casum, id est, vt si heres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres, *§. vlt. Instit. de pupill. substitut.* quia faceret testamentum hoc genere ei, qui sibi potest facere, cum sit pubes: ea enim substitutio testamentum est, quod iure patriæ potestatis pater facit filio, sed filio tamen nequeunti per ætatem de re sua testari, id est, filio impuberi, proinde eius testamenti finis est pubertas, *l. ex facto §. item quæro, hoc tit.* sicut Carbonianæ bonorum possessionis, quæ etiam pupillo datur, finis est pubertas, *l. 3. §. puberi, de Carbon. edicto.* Eius, inquam, testamenti finis est pubertas, quia filius pubertate adeptus est ius testandi, & nemo iure facit testamentum, aut iure dat heredem alij, qui sibi heredem facere potest.

Cur autem ea substitutio post pubertatem non valet iure fideicommissi? Quia pater noluit facere fideicommissum, id est, substitutionem precariam, quia verbis directis non precariis vsus est. potuisset verbis precariis substituere filio puberi, & extraneo cuilibet hoc modo: *Heres esto, rogo te, vt si intra 25. annum, vel quandocunque decesseris, hereditatem Lucio Titio restituas.* rata est substitutio precaria, *l. coheredi, §. cum filio, hoc tit.* Sed pater quod potuit non fecit, & quod non potuit, fecit, ac proinde nihil egit. Nam & ita libertas data verbis directis, veluti, *liber esto*, seruo alieno, quæ iure data fuisset verbis fideicommissi, verbis precariis, neque iure directo valet, neque iure fideicommissi. Eadem ratione lex *si seruus §. si seruus, de legat. 1.* Quo argumento vsus est recte in hanc sententiam Raphael Cumanus, licet in seruo proprio aliud sit, *l. generaliter §. si seruo, de fideicomm. lib.* Vt vero magis atque magis demonstraret Papinianus, eam substitutionem directam frustra fieri post pubertatem filij, subiicit, substitutum quandoque neque vt substitutum admitti ex asse, mortuo filio pubere, neque vt adiectum coheredem ex parte: imo multo minus admitti, vt adiectum coheredem, hac ratione, quia si vt adiectus coheres admitteretur in partem hereditatis, veniret etiam viuo filio contra voluntatem patris, qui filium interim dum viueret solidum habere, & heredem ex asse esse voluit. Et cum substitutus non admittatur mortuo filio post pubertatem, tametsi vt substitutus habeat voluntatem patris, multo minus admittetur vt coheres, quia vt coheres non habet voluntatem patris. Dubitari tamen poterat, qui non admittitur in assem, an admitti possit in partem saltem? qui non vt substitutus, an vt adiectus? vt in

l.qui non militabat,in fine l.Lucius, *sup. tit.prox.* Nam in A specie *leg.si paterfamilias,& l.seq.sup.tit.prox.* substitutus vocatur in partem tanquam adiectus, & olim quoque, quod etiam alij notarunt ex Vlpiano *lib.regul.tit.22.* heres institutus his verbis, *Titius heres esto,cernitoque in diebus centum proximis, & si non creueris, tunc Maeuius heres esto.* Ita institutus heres non cernendo, sed pro herede gerendo in partem admittebat substitutum, vnde etiam quæri poterat in specie huius legis, an saltem in partem admitteretur substitutus post pubertatem? Verum in hac specie adeo inutilis nullaque substitutio est post pubertatem, vt neque in totum, neque in partem substitutum admittat, & neque iure directo, neque iure fideicommissi, vt supra dixi, salua Falcidia heredi legitimo, cuius rei B etiam ex contrario manifestissimum argumentum præbet lex *centurio, hoc tit. & d.l.precibus.* Nam si priuilegium militiæ facit, vt substitutio à milite facta verbis directis post pubertatem valeat iure fideicommissi, consequens est, ibi eam non valere iure fideicommissi, vbi nullum est priuilegium, vbi ius commune seruatur, vt in testamento pagani. Et hac sententia nihil est certius. vna tantum est lex, quæ aduersus eam obiici potest, *l. Scæuola 76. ad Senatusc.Trebell.* Cuius species hæc est: Pater filium impuberem testamento ex asse heredem scripsit, & codicillis ei substituit in secundum casum, hoc modo, *si heres erit, & intra pubertatem decesserit, tunc ei primus, secundus, & tertius heredes sunto.* Plures substitutos dedit, quos etiam inter se inuicem iisdem codicillis directo substituit in primum casum, id est, vulgari modo: deinde C mortuo patre, & filius mortuus est intra pubertatem superstite matre, quæ se agit pro herede filij ab intestato ex Senatusconsulto Tertull. quia substitutio tam pupillaris quam vulgaris reciproca inutilis est, quoniam facta est codicillis, in quibus directo hereditas dari non potest secundum reg.iuris, sed testamento tantum, ergo subtili iure mater heres est ab intestato, & substitutio omnis, quæ scripta est codicillis verbis directis, nullius momenti est. At benigna interpretatione placet, matrem legitimam heredem filij, veluti ex causa fideicommissi substitutis obligari, vt deducta Falcidia, eis restituat filij hereditatem, & consequenter placet substitutionem vulgarem, qua substituti pupillo inuicem iisdem codicillis substituti sunt, iure fideicommissi sustineri, & porrigi ad D fideicommissum hereditatis filij quod à matre accipiunt, vt scilicet vno substitutorum mortuo, qui supersunt totum occupent: quæ est species & sententia legis. Et sic videmus in specie huius legis, substitutionem pupillarem factam verbis directis, quæ iure directo valere non potest, propterea quod est scripta in codicillis, sustineri iure fideicommissi. cur non, inquies, & in specie huius legis sustinetur iure fideicommissi? Reddenda est ratio differentiæ perspicuæ, quæ talis est, quoniam in specie huius leg.7. substitutio egreditur pupillarem ætatem, quoniam proponitur ita facta; *Quandocunque filius decesserit, vel si intra 25. annum decesserit.* substitutio hæc palam egreditur pupillarem ætatem, plane egreditur finem pupillaris substitut. In specie legis *Scæuola*, non item, quoniam ita E dixit, *si intra pubertatem decederet.* Ac præterea in specie huius l. 7. filius proponitur decessisse post pubertatem, atque ita substitutio prorsus euanuisse & expirasse: In specie *l. Scæuola*, proponitur filius decessisse intra pubertatem, & ne concidat omnino testamentum filij quod pater ei fecit, si moriatur intra pubertatem, testamentum eius siue substitutio, quæ non potest valere vt testamentum pupillare iure directo, valet vt codicillus pupillaris ab intestato, & propter pupillum: inter ipsos quoque pupilli substitutos valet substitutio reciproca, facta vulgari modo iure eodem. Quod si in specie *l. Scæuola* pupillus decessisset post pubertatem, sane omnis substitutio intercidisset, nec vllo iure consisteret, quia vt testamentum, ita codicillos nemo iure potest facere alij qui sibi ipsi potest facere: esset enim absurdum quem puberi, & sanæ mentis facere testamentum, vel codicillos, quod tamen contingeret, si mortuo filio post pubertatem diceres in specie *l. Scæuola*, hoc detracto, quod mortuus est post pubertatem, testamentum, quod ei facit pater, valere vt codicillos.

Ad l.15.de vulg.& pup.subst.

Centurio filiis, si intra quintum & vigesimum annum ætatis sine liberis vita decesserint, directo substituit, intra quatuordecim annos etiam propria bona filio substitutus iure communi capict: post eam autem ætatem ex priuilegio militum, patris duntaxat cum fructibus inuentis in hereditate.

QVod Papinianus dixit in *l. verbis ciuilibus, sup.* quam exposui ante, substitutionem pupillarem filio impuberi factam à pagano verbis directis, si puberem ætatem egrediatur, post pubertatem, nec in partem, nec in totum valere, & vt adiecimus, nec iure directo, nec iure fideicommissi; id nunc idem Papinianus in hac lege ostendit in mili.e per omnia locum non habere. Nam si centurio filiis impuberibus vel filio impuberi substituerit verbis directis in secundum casum, hoc modo, *si intra 25. annum sine liberis vita decesserit, mortuo filio intra pubertatem*, ait, iure communi, quo omnes vtuntur, & pagani, & milites, substitutum capere etiam bona filij propria, quibus verbis significatur, substitutum admitti iure directo, quo quidem iure non tantum capit bona patris, id est, quæ filius accepit à patre, sed etiam bona filij propria, quæ ei postea obuenerint, *l. sed si plures §. à substituto, sup. hoc tit.* Et hoc casu nulla est differentia inter paganum & militem, quum filius mortuus est intra pubertatem. At mortuo filio post pubertatem, magna existit differentia inter militem & paganum: nam si miles filio substituerit directo vltra pubertatem, vt in specie proposita, in secundum casum; Post pubertatem mortuo filio, ait, substitutum ex priuilegio militum, patris duntaxat bona capere cum fructibus inuentis in hereditate, non bona propria filio. Priuilegium militum, quod ius singulare est, opponit iuri communi, & his verbis, *patris duntaxat bona substitutum capere cum fructibus inuentis in hereditate:* plane significat, substitutum non admitti iure directo, sed fideicommissi iure. Nam si admitteretur iure directo, caperet etiam bona filij propria. At fideicommisso siue substitutione precaria bona tantum patris tenentur, non bona filij propria. Quod manifestius apparet in filio exheredato, cui nihil reliquit pater, à quo fideicommissum relictum nullius momenti est, quia in causam fideicommissi eius, qui fideicommisso oneratur, bona propria non veniunt, quod & aperte idem Papinianus scribit in *l. coheredi §. quod si heredem, hoc tit.* & quod ait, substitutum etiam capere fructus inuentos in hereditate patris, hanc rationem habet, quia fructus inuenti in hereditate patris, bonis paternis adnumerantur & fideicommisso continentur, id est, ij qui maturi erant tempore mortis patris, vel ab ipso patre percepti, & in horrea repositi, *l. 9. ff. ad leg. Falc.* Nec in contrarium quidquam moueri debemus *l. in fideicommissaria & l. ita tamen §. 10. & l. postulante §. vlt. inf. ad Trebell.* quæ omnes leges fideicommisso fructus contineri negant, quoniam omnes illæ ll. loquuntur de fructibus, qui immaturi erant tempore mortis patris, vel qui ad herede sati & percepti sunt post mortem patris, antequam mora fieret fideicommisso. Ii non continentur fideicommisso, quia nunquam fuerunt in patris hereditate, quæ fuit tempore mortis. Quod ergo ait Papinianus in hac lege, substitutum filio mortuo post pubertatem capere tantum bona patris cum fructibus inuentis in hereditate patris, hoc certissimum argumentum præstat, eam substitutionem post pubertatem non

valere directo, licet facta sit directo, sed valere quasi fideicommissum: non valere vt directam, sed vt precariam substitutionem: non valere iure communi, quo sane post pubertatem nullo iure consisteret, vt docuimus in *d. leg. verbis*, sed ex priuilegio militum sustineri iure fideicommissi. Et ita accipiendum est quod dicitur in *l. 5. & l. cum filiusfamil. l. miles ita heredem §. extraneo, ff. de milit. testam.* & in *l. testamento, in fi. C. eod. tit.* militibus scilicet proprio priuilegio præmioque militiæ substituere licere etiam heredibus extraneis in secundum casum, verum hoc ius exerceri in his duntaxat bonis, quæ à milite ad eum, cui substituit, peruenerunt, non etiam in his bonis, quæ heres habuerit propria, vel postea adquisierit, nempe, quia ea voluntas militis iure tantum fideicommissi sustinetur, & in fideicommissum tantum cadunt bona testatoris, & hoc euidentius est expressum in *l. precibus, C. de impube. & aliis substitut.* quæ tota hoc loco nobis perspicue explicanda est.

Miles testamento filium impuberem heredem instituit, quem habuit in potestate mortis tempore, eique directo substituit; videndum est, quem in casum ei directo substituerit; & duos eadem lex, vt & *l. Lucius inf. hoc tit.* docet esse directarum substitutionum casus, qui & euentus dicuntur & causæ. Primum casum non acquisitæ hereditatis, in quem fit vulgaris substitutio, omnibus & ab omnibus testamenti factionem habentibus. Secundum vero casum adquisitæ hereditatis, in quem fit substitutio pupillo tantum à parente, in cuius potestate est, quoad pubescat, & exemplo pupilli etiam puberi mente capto, quoad resipiscat. Vulgaris substitutio est testamentum, quo paterfamilias primo gradu heredum destituto & vacante, sibi alium heredem facit. Pupillaris est testamentum quod parens filio facit vel nepoti, quem habet in potestate nequeunti de re sua testari, propter pupillarem ætatem, vel propter insaniam. Itemque vulgaris substitutio finitur aditione hereditatis primo loco graduque scripti, vel cretione, vel etiam ex constitutione D. Marci, pro herede gestione, vt Vlpianus refert *lib. reg. tit. 22.* Pupillaris autem, vel quæ ad imitationem eius fit mente capto, finitur pubertate vel resipiscentia, & temporarium testamentum est, quod pater filio facit, & hæc de vulgari substitutione. Primum agitur in dict. *l. precibus*, si miles filio impuberi, quem habet in potestate substituerit in primum casum, ita vt, si heres non existeret, Lucius Titius heres esset, & filius heres extiterit patri, ac deinde vita decesserit ante pubertatem, vel post pubertatem superstite matre, certi iuris est, matrem filio ab intestato succedere ex Senatusconsulto Tertull. & substitutum omnino excludere, quia vulgaris substitutio exspirauit patris hereditatem amplectente filio, vt *l. 6. C. de imp. & aliis substit. l. 6. C. de legat. l. 13. C. de fideicommiss.* Et constitutione diuorum fratrum, quæ definit controuersiam illam veterem, quæ fuit inter Crassum & Mutium in causa Curiana, quæ scilicet definit in vulgari substitutione, quæ fit filio impuberi, inesse tacitam pupillarem, & in hac vicissim illam, *l. 4. hoc tit. l. 4. C. eod. tit.* huic, inquam, constitutioni locus non est, si filio impubere defuncto supersit mater: nam etsi exspirauerit vulgaris expressa, tamen non exspirauit tacita pupillaris, cuius casus & conditio existit filio impubere defuncto: & tamen substituto venienti non ex expressa, sed ex tacita pupillari mater præfertur, ex sententia Papiniani comprobata in *l. vlt. C. de institut. & substitut.* Datum hoc est luctui & mœrori matris, ne quæ filium amisit, ex tacito quodam intellectu, tacitaque interpretatione, & bonorum filij damnum faceret. Et hoc est quod dicitur tacitam pupillarem non excludere matrem à beneficio Senatusconsulti Tertull. & è contrario tamen, tacita vulgaris, quæ inest expressæ pupillari excludit matrem, optima ratione, quia per vulgarem substitutionem, non filij, sed patris hereditas defertur, cui vxor legitima heres non

A est, & ita Accursius recte in *d. l. vlt.* Hæc de vulgari substitutione.

Quid autem dicemus si filio impuberi, quem habet in potestate, miles directo substituerit vltra pubertatem in secundum casum? *L. precibus*, censet non esse distinguendum ei in secundum casum substituerit vsque ad certam ætatem, veluti, *si intra 25. annum vita decesserit*, an vero substituerit compendio, id est, compendio orationis, non expressa certa ætate, puta hoc modo: *quandocunque decesserit filius meus, L. Titius heres esto*: nam siue hoc, siue illo modo substituerit, mortuo filio intra pubertatem superstite matre, ex eadem lege dicemus, substitutum, si velit adire filij hereditatem ex testamento, ex substitutione pupillari, præferri matri, quæ iure legitimo ab intestato

B contendit, se filij heredem esse, quia legitima successio cedit testamentariæ, *l. quandiu, inf. de adquir. hered.* At filio mortuo post pubertatem superstite matre, quia substitutio pupillaris post pubertatem iure directo non valet, mater ab intestato ipso iure filio succedit, sed ex priuilegio militum veluti ex causa fideicommissi mater substituto hereditatem siue bona patris duntaxat restituere tenetur, etiam non deducta Falcidia, quia lex Falcidia in testamentis militum locum non habet veluti ex causa fideicommissi. hæc sunt verba legis *precibus*, quæ non similitudinem faciunt, sed approbationem & confirmationem huius sententiæ, vt substitutio, quæ in secundum casum à milite filiofamil. verbis directis facta est in longius tempus, id est, vltra pubertatem, vltra suum finem ex pri-

C uilegio militum valeat iure fideicommissi. in bonis igitur patris duntaxat, quæ filius testamento patris consequutus est. Bona enim quæ post mortem patris sibi proprie adquisiuit, mater retinet ab intestato, nec restituit. si post pubertatem ex priuilegio militum substitutio valeret iure directo, nihil retineret mater, alioquin fieret iniuria filio, in cuius arbitrio est, postquam egressus est decimumquartum annum de re sua testari, vel non testari, videlicet si testamentum ei pater veluti priuilegio quodam militis faceret, & præriperet ei libertatem testandi. At priuilegia militum non oportet porrigi ad alienam iniuriam *l. impuberi, sup. de administ. tutor.* In hac igitur quæstione hic terminus hæreat, substitutionem in secundum casum verbis directis filio impuberi agenti in potestate à patre pagano vel milite factam vltra puberem æ-

D tatem expressa certa ætate, vel in infinitum, compendio orationis, filio mortuo intra pubertatem valere iure directo, & substitutum occupare omnia bona propria & paterna. Filio autem mortuo post pubertatem, à pagano factam substitutionem nullo iure consistere; substitutum nihil ferre, à milite factam, iure fideicommissi sustineri. Et ideo substitutum ferre bona paterna, sed hæc sola, non etiam bona filij propria. communis interpretum definitio hæc est. Eam substitutionem post pubertatem, si facta sit à pagano, valere iure fideicommissi: si à milite, valere iure directo. qua sententia nihil est ineptius, & tamen vt dicebam nudiustertius, Pontifices eam in ius suum retulerunt, sed eorum non est magis verum atque hoc Papiniani responsum quod proponitur in *l. verbis ciuilibus,*

E *& in hac leg. centurio.* Et liquet etiam aliam pæne similem, sed in contraria specie differentiam esse inter paganum & militem ex *l. Antoninus. ff. de fideicommissar. libert. l. neque §. vlt. & seq. inf. de milit. testam.* Primum in hac specie contra rationem fit ex priuilegio militum, vt quod fideicommissum non valet, iure fideicommissi, sustineatur iure directo, in pagano nullo iure. species hæc est: Miles heredem instituit, eique substituit in primũ casum, vulgari modo, & tam ab herede instituto quam à substituto, seruo libertatem & hereditatem dedit per fideicommissum. Post, heres institutus & substitutus vterque subita morte perierunt, antequam adirent hereditatem: ergo ipso iure nihil ex iis, quæ testamento scripta sunt, valet, & libertas igitur corruit fideicommissaria, & hareditas cum liber-

tate

tate data per fideicommissum. Sed tamen ex priuilegio militum decreuit Anton. libertatem & fideicommissariam hereditatem tuendam esse, ac si fideicommisso data esset: nec tamen idem dici possit in pagano, quod ad hereditatem fideicommissariam attinet, quia intercidisse intelligitur non adita hereditate ab instituto vel substituto, sed tamen etiam in testamento pagani Antoninus confirmauit libertatem tantum, quæ est species *d.l. Antoninus.*

Ad legem 23. de vulgari & pupil. substitut.

Qui plures heredes instituit, ita scripsit: eosque omnes inuicem substituo. post aditam à quibusdam ex his hereditatem, vno eorum defuncto si conditio substitutionis extitit alio herede partem suam repudiante ad superstites tota portio pertinebit: quoniam inuicem in omnem causam singuli substituti videbuntur. Vbi enim quis heredes instituit, & ita scribit, eosque inuicem substituo: hi substituti videbuntur, qui heredes extiterunt.

IN hac lege proponitur species huiusmodi: Quatuor extranei heredes instituti sunt primus, secundus, tertius & quartus. Iidemque inuicē substituti sunt his verbis, *eosque omnes inuicem substituo*, quæ est substitutio vulgaris mutua & reciproca, vt ait *l. 4. hoc tit.* Primus, secundus & tertius hereditatem adierunt, & post aditā hereditatem tertius vita decessit, & portionem suam transmisit ad heredem suum: deinde quartus portionem suam repudiauit post mortem tertij. Quæritur, quarti portio an ex substitutione reciproca non tantum pertineat ad primum & secundum heredes superstites, sed etiam ad heredem tertij vita defuncti. Et respondet Papinianus, ad solos heredes superstites pertinere pro rata partium, ex quibus instituti sunt, ad primum scilicet & secundum, qui directo & principaliter testatori heredes extiterunt, non etiam ad heredem tertij, qui non principaliter, sed per successionē testatori heres extitit. Et responsi sui hanc rationem reddit Papinianus, quoniā inuicem in omnem causam singuli substituti intelligūtur. non dicit singulos esse substitutos inuicem, & in vtramque causam, id est, & in primum, & in secundum casum, quia secundus casus, siue substitutio pupillaris nō cadit in extraneum, sed hoc dicit: singulos videri substitutos in vniuersam siue totam causam substitutionis vulgaris sine vlla diminutione, vel rescissione, vel concursu alterius, quam eius, qui directo ex testamēto testatori heres extitit, quia, vt subiicit: *Ii tantum substituti videntur, qui heres extiterunt*; directo scilicet & principaliter, id est, qui in testamento heredes scripti sunt & portiones suas adquisierunt, *l. coheredi* §. *1. inf. hoc tit.* non etiam heredes heredum. Heres heredis non est directo siue principaliter heres testatoris, *l. vlt. ff. de legat. 3.* non est proximus heres, *l. sciendum, de verbor. significat.* non est heres ex testamento, vel ex iudicio testatoris, *l. 8.* §. *vlt. hoc tit.* Ergo ij solum vocantur ex substitutione vulgari reciproca recurrente & commeante, qui testatori ex testamēto principales & proximi heredes extiterunt. Spes substitutionis non transmittitur ad heredem, *l. quoties, ff. de adquir. hered. l. si ex pluribus, ff. de suis & legit.* Ratio sumenda est ex veteri regula, quia hereditas vel hereditatis portio non adquisita ex institutione vel ex substitutione ad heredem non transfertur, ne scilicet plus iuris transferatur in heredem, quam defunctus habuerit, & ita hoc Papiniani responsum cum cæteris fere omnibus interpretibus libenter accipio, qui tamen rationem Papiniani ne attingunt quidem, in qua tota vis consistit legis siue responsi. Et libenter ita accipio hoc responsum, quod videam & omnes idem, in eadem specie respondisse Paulū in *l. Lucius*, §. *vlt. hoc tit.* Quidā Germani aliter hoc responsum accipiunt, nempe vt dicant, vno ex pluribus heredibus institutis & inuicem substitutis defuncto, priusquam adiret hereditatem, eos solos in portionem eius venire, qui adierūt, non etiam eum, qui repudiauit, specie posita hoc modo. Qui primum, secundum, tertium, quartum heredes instituit, ita scripsit: *eosque omnes inuicem substituo.* primus & secundus adierunt hereditatem, tertius mortem obiit priusquam adiret hereditatem, atque ita conditio substitutionis vulgaris extitit: quartus autem repudiauit partem suam, atque ita etiam in partē quarti conditio substitutionis vulgaris extitit. de quarti parte qui repudiauit, quid fiet? dicunt non quæri in hac lege, sed de parte tertij mortui ante aditam hereditatē, vtrum scilicet tota pertineat ad coheredes, primum & secundum, puta, qui adierunt, an etiam ad quartum qui repudiauit. Et Papinianum dicunt respondere, nihil ex portionē tertij ad quartum pertinere, qui repudiauit, sed ad primum tantum & secundum, qui adierūt, totam portionem tertij pertinere pro rata, & quo magis verborum dispositio congruat huic sensui quem adstruunt, mutant interpunctionem, & verissimum quidem id esset responsum. Sed non ita in hac lege ponendam esse speciem liquet ex eo, quod Papinianus ait, vnum ex iis, qui adierunt defunctum, illi perperam defunctum ante aditam hereditatem. Et quod superstites heredes Papinianus opponit defuncto heredi, nimirum quia controuersia fuit inter heredes defuncti & superstites heredes testatoris: illi perperā superstites opponūnt superstiti, id est, ei qui repudiauit, de cuius etiā parte non fuit cur minus quæreret Papin. quā de parte mortui ante aditionē, neque vero, si ea fuisset species, etiā de ea omisisset quærere. Itaque permaneamus in superiori interpretatione.

Ad l. 41. eod.

Coheredi substitutus, priusquam hereditatem adiret, aut conditio substitutionis existeret, vita decessit. ad substitutum eius, siue ante substitutionem, siue postea substitutus sit, vtraque portio pertinebit. nec intererit, prior substitutus post institutum, an ante decedat.

SPecies primi responsi hæc est: Qui primum & secundum heredes scripsit, ita eis substituit in primum casum, vulgari modo: *si primus heres non erit, secūdus in partem locumque eius heres esto, si secūdus heres non erit, L. Titius heres esto.* Secundus vita decessit, antequam hereditatem adiret, & antequam conditio substitutionis existeret, id est, antequam primus repudiaret hereditatem, vel moreretur ante aditam hereditatem. Deinde primus repudiauit, vel vita excessit, non adita hereditate. Papinianus ait, ad L. Titium, qui secundo substitutus est, pertinere non tātum portionem secundi, sed etiam portionem primi, cui secundus substitutus fuit, quasi substitutus primo & secūdo substitutus esse intelligatur, & hoc est quod dicitur, vulgo, *substitutū substituto, esse instituto substitutum*, vt *l. si Titius, sup. hoc tit.* Quod & in *Inst. tit. de vulg. substit.* dicuntur Seuerus & Anton. rescripsisse sine distinctione. quid sit sine distinctione Papinianus declarat in hoc responso. Nempe, quia nihil interest L. Titius substitutus sit secundo, antequam secundus substitueretur primo, ān post substitutionem secundi factā primo. Item, quia nihil interest, secundus post primum moriatur an ante primum. Videbatur Luc. Titius non esse substitutus in vtramque partem, nisi quum erat substitutus vltimo loco post substitutionem secundi, vt proposui exemplum; sed idem est, si fuerit substitutus primo loco ante substitutionem secundi hoc modo: *Primus & secundus heredes sunto, si secundus heres non erit, L. Titius heres esto, si primus heres non erit, secundus heres esto.* Et rursus videbatur L. Titius non admitti in vtramque partem, in secundi partem, nisi secundo moriente vel repudiante post primum, id est, post

delatam secundo portionem primi. Sed idem est, si secundus moriatur ante aditam hereditatem, vel repudiet ante primum. Et in summa: Nō spectato ordine scripturæ vel ordine successionis deficiente primo & secundo L. Titius iure substitutionis vtriusque partem capiet. Et hæc in vulgari substitutione, per quam heres testatori constituitur: nam in pupillari substitutione, per quā heres constituitur pupillo non testatori, ordinem successionis spectari, & distinctionem adhiberi pro ratione successionis ostendit *l. qui habebat, hoc tit.* cuius species necessario explicanda est. Pater, qui habebat filium & filiam impuberes, filium heredem instituit, filiam exheredauit: filio in secundum casum substituit filiam, ita vt si intra pubertatem decederet, filia ei heres esset, filiæ autem exheredatæ (certum est exheredatæ vel exheredato fieri posse substitutionem pupillarem, fieri posse testamentū vsque ad pubertatem, *l. sed si plures §. ad subst. hoc tit.*) filiæ igitur exheredatæ, si intra pubertatem, vel vt ait Scæuola, in *d. l. qui habebat*, si antequam nuberet, id est, antequam nubilis esset, decederet, substituit vxorem & sororem suam. ea verba, *antequam nuberet*, sic necessario accipienda sunt, antequam nubilis esset, quia substitutio pupillaris non potest egredi nubilem ætatē. In aliis causis facile patiar his verbis significari diem nuptiarum, non nubilem ætatem, tametsi id quoque olim fuerit controuersum inter iuris auctores, sed controuersiam definiuit Iustinianus in *l. sancimus, C. de nuptiis.* in causa substitutionis pupillaris natura & conditio eius exigit, vt accipiantur ea verba de ætate, non de die nuptiarum. ergo & filio instituto in secundum casum substituit filiam, & filiæ exheredatæ in eundem casum substituit vxorem & sororem suam. Quid deinde contigit post mortem testatoris? filia prior decessit impubes, sic recte habent Florentini, non pubes, deinde post filiam filius etiam decessit impubes: quæritur, an vt filiæ, sic etiam filij hereditas pertineat ad vxorem & sororem testatoris, quia filiæ tantum substitutæ sunt? Et respondet Scæuola, non pertinere, non reddita ratione, vt solet. Substitutus igitur substitutæ filiæ non intelligitur esse substitutus filio, & hoc ideo, quia filiæ nunquam fuit delata filij hereditas; cum ipsa prior decesserit, alioquin si prior filius decessisset & filia ei heres extitisset ex substitutione pupillari, proculdubio postea etiam mortua filia impubere vtriusque hereditas pertineret ad sororē & vxorem testatoris. Itaque qui ordo successionis non seruatur in substitutione vulgari, spectatur in pupillari. Et ratio differentiæ hæc est, quia in specie leg. *qui habebat*, omnino deficit vel extincta est substitutio pupillaris, quæ filio facta est moriente substituta ante filium, & ideo filiæ hereditas, non iam pertinet ad substitutam, quæ nulla est, sed ex Senatusconsulto Tertylliano ab intestato redit ad matrem solam, id est, vxorem testatoris: filiæ autem hereditas, quæ prior decessit pertinet ad vtramque, vxorem & sororem testatoris iure substitutionis. Res est perspicua.

In specie autem huius legis, non omnino deficit substitutio vulgaris facta primo, moriente secundo ante primum, quia si postea moriatur, etiam primus non adita hereditate iure substitutionis L. Titius vtramque partem occupat, quoniam pars secundi primo coheredi suo etiam inuito adcreuit, *l. si quis heres, ff. de adquir. hered.* nec ante L. Titius ad vtriusque partem admittitur, quam vacauerit pars vtriusque. Et in hoc Papiniani responso illo loco: *priusquam hereditatem adiret, aut conditio substitutionis existeret*, illud *aut* subdisiunctionem, id est, falsam & mendacem disiunctionem facit, vt solent plurimum loqui nostri auctores, alioquin mortuo secundo post aditam hereditatem, antequam primus repudiaret, deinde repudiante primo, videretur ad L. Titium pertinere secundi portio, quod est falsum, quia in persona secundi aditione expirauit substitutio vulgaris, A & consequenter primi etiam portio eo casu ad L. Titium non pertinet, quia vtriusque pars non vacat.

Ad §. ex his verbis.

Ex his verbis: eosque inuicem substituo, non adeuntis portio scriptis heredibus pro modo sibi vel alij quæsitæ portionis defertur.

HOc loco docet Papinianus, quod docuit etiam supra in *l. qui plures heredes*, ex substitutione vulgari reciproca non adeuntis, siue repudiantis portionem, deferri scriptis tantum heredibus pro rata partium, ex quibus heredes scripti sunt, qui & portiones suas adierint, B vel adquisierint sibi vel alij, puta, patri vel domino, in cuius potestate permanserūt: nam si seruus vel filius exierint potestate patris vel domini, post vnus coheredum hereditatem repudiarit, portio eius iure substitutionis non pertinebit ad patrem vel dominum, quamuis ei filius vel seruus suam portionem adquisierit, sed pertinebit ad filium emancipatū vel seruum manumissum, quia aliter quam in contractibus, in quibus tempus duntaxat contractus spectatur, in testamentis non tantum testamenti tempus spectatur, sed etiam tempus delatæ hereditatis vel legati, *l. quæ legata, de reg. iur. l. si solus §. vlt. in fi. de adquir. hered.* Igitur in specie proposita spectatur tempus, quo defertur portio hereditatis, portio heredis non adeuntis, vt si eo tempore filius vel seruus fuerit in C potestate patris, ea portio per filiū aut seruum patri aut domino adquiratur, si non fuerit in eius potestate, si emācipatus ante fuerit, aut seruus manumissus, vt sibi adquiratur. Et quod in hac substitutione, quæ vice mutua fit inter coheredes vulgari modo obtinere dicimus, idē per omnia seruatur in substitutione pupillari hoc modo concepta: *quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto.* Nam ex hac substitutione neque vocatur pater, qui per filiū, neque dominus, qui per seruum heres extitit, videlicet si filius, vel seruus eo tempore, quo conditio substitutionis existit, id est, quo moritur impubes, exierit potestate patris vel domini, vt Azo recte notauit ad *l. 8. §. vlt. hoc tit. & l. 3. hoc tit.* Nam filio vel seruo manente in potestate patris vel domini, si conditio substitutionis D pupillaris existat, patri vel domino certū est per filium vel seruum adquiri hereditatem pupillarem. Illud etiam certum est, neque ex hac substitutione pupillari admitti heredem heredis, *d. l. 8. §. vlt. & l. 10. in princ. hoc tit.* neque ex illa substitutione vulgari, qua coheredes inuicem substituuntur, vt docuimus in *d. l. qui plures, supra.* quæ vt hic §. est etiam de substitutione vulgari reciproca. Cæterū in illa *l. qui plures*, heredes superstites opponuntur heredi coheredis mortui post aditam hereditatem. In hoc autem §. velim heredes scriptos & superstites opponi fisco, vt scilicet dicat, substitutos inuicem coheredes præferri fisco. maxime, cum & ob id potissimum fiat substitutio reciproca, ne portio non adeuntis fiat caduca, *l. vn. §. 1. C. de cad. toll. l. 1. C. de iis, qui* E *ante apert. tab. l. miles §. vlt. ff. de legat. 2. l. 5. hoc tit.*

Ad §. cum filiæ.

Cum filiæ, vel nepoti qui locum filij tenuit, aut post testamentum cœpit tenere, parens substituit: si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.

MVltæ sunt & olim fuerunt ante Iustinianum differētiæ inter filium, & filiam, cæterosque liberos. Filij præteritio nullum faciebat testamentum: filiæ vel nepotis præteritio, non idem, §. 1. *Instit. de exher. liber. l. vlt. C. de liber. præter.* Filius exheredandus erat nominatim: filia, nepos & cæteri liberi exheredari poterāt inter

cæteros hoc sermone; *cæteri exheredes sunto, d.* §. Item filius non potuit institui sub omni conditione, non sub casuali, sed potestatiua tantum, quæ in eius potestate esset: filia, nepos & cæteri sub omni conditione institui poterant, quam differentiam etiam hodie valere verum est, *l. 4. l. 6. §. 1. sup. tit. prox.* Sicut & illam differentiam manere constat, aut nouiter introductam esse à Iustiniano, vt filius vel filia, rogatus rogataue hereditatem restituere, aut oneratus onerataue legatis aut fideicommissis non imputet in Falcidiam fructus medio tempore perceptos, quos tamen nepos imputat, & vt filio quoque vel filiæ remittatur cautio fideicommissi, vel onus remittendæ cautionis fideicommissi, quæ tamen non remittitur nepoti, *l. iubemus, C. ad Senatusconsf. Trebell.* Itẽ filius trina emancipatione, & trina manumissione exibat potestate patris: filia, nepos & cæteri vna manumissione, & vna emancipatione, *l. 8. §. vlt. sup. de iniu. rupt. test.* Hæc sunt vel fuerunt discrimina, hæ differentiæ inter filium & filiam & nepotem, cæterosque liberos. At in causa pupillaris substitutionis in hoc §. hoc loco, *cum filiæ vel nepoti*, voluit ostendere Papinianus nullam esse differentiam inter filium & filiam vel nepotem cæterosque liberos, eam substitutionem fieri posse quibuscunque liberis, qui modo sint in potestate testatoris, filio & filiæ & nepoti nõ recasuro in potestatem patris, *l. 2. sup. hoc t.* Et in omnibus his liberis, quibus fit substitutio pupillaris, exigi, vt vtroque tempore sint in potestate testatoris, tempore testamenti, & tempore mortis testatoris: nam, vt patrisfamil. testamentum irritum fit capitis deminutione, ita & filiifamil. & filiæfamil. vel nepotis qui est in potestate aui, nec morte aui est recasurus in potestatem patris sui. Id, inquam, testamentum, id est, substitutio pupillaris, irrita fit capitis deminutione filij vel filiæ, vel eius nepotis, veluti emancipatione vel adrogatione, *l. nec ei §. 1. de adopt. l. pater, ff. de capt. & postl.* Et integram orationem Papiniani hanc fuisse opinor. Non solum cum filio, sed etiam cum filiæ vel nepoti & cæteris qui sequuntur in hoc §. non solum cum filio, inquit, sed & quum filiæ vel nepoti, *qui locum filij tenuit*, puta, filio mortuo iam ante testamentum aui, vel post testamentum, inquit, *tenere cœpit*, puta, in locum filij viuo auo, mortui post aui testamentum succedente nepote ex *l. Velleia.* Denique quum nepoti non recasuro in potestatem filij patris sui, cum inquam, filiæ, vel tali nepoti parens substituit in secundum casum, si quis ex his omnibus, & testamenti & mortis quoque tempore non fuerit filius, vel filia vel nepos, vel si alij datus dataue fuerit in adoptionem, substitutio pupillaris irrita fit, nulla facta differentia inter liberos.

Ad §. quod si heredem.

Quod si heredem filium pater rogauerit, si impubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere: legitimum heredem filij, salua Falcidia, cogendum patris hereditatem vt ab impubere fideicommisso post mortem eius dato, restituere placuit. Nec aliud seruandum, cum substitutionis conditio puberem ætatem verbis precariis egreditur. Quæ ita locum habebunt, si patris testamentum iure valuit: alioqui si non valuit, ea scriptura quam testamentum esse voluit Codicillos non faciet, nisi hoc expressum est. Nec fideicommisso propriæ facultates filij tenebuntur. Et ideo si pater filium exheredauerit, & ei nihil reliquerit: nullum fideicommissum erit. Alioquin si legata vel fideicommissa filius acceperit: intra modum eorum, fideicommissum hereditatis à filio datum, citra Falcidiæ rationem debebitur.

NOn potest hic §. coaptari superiori §. vllo modo, & tamen vt quibusdam verbis quæ præcesserũt, coaptetur hic articulus, quod necessario exigit, ac sane hic §. est coaptandus *l. verbis ciuilibus, hoc tit.* Quasi scilicet A ita Papinian. scripserit vno tenore, vt integram eius sententiam exponamus paucis adiectis siue interiectis quæ etiam ipsum Papinianum interiecisse credimus, quibus verbis ea lex huic §. coagmentetur. hæc sunt verba legis, *verbis ciuilibus substitutionem post 14. annum ætatis frustra fieri conuenit.* quibus verbis significat, puberi parentem frustra directo substituere in secundum casum: & sequentibus in *d. l. verbis, Sed qui non admittitur vt substitutus, vt adiectus heres quando non erit:* nec in partem hereditatis substitutum admitti. post quæ verba Papinianum credibile est adiecisse, quod etiam adiicitur in *§. vlt. Instit. de pupill. subst.* hoc tamen esse parenti permissum, vt non tantum impuberem, sed etiam puberem filium, & non tantum suum, sed etiam emancipatum per fideicommissum roget non directo si impubes, vel si pubes B diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere, quo præmisso recte infert in hoc §. *quod si heredem filium pater rogauerit* &c. hoc sensu, vt si filius heres institutus à patre rogatus sit, si impubes vita decederet, hereditatem Titio restituere, quo genere à filio impubere post mortem eius Titio fideicommissum relinquitur, id est, fideicommissaria hereditas, sic enim accipienda sunt hæc verba huius §. *vt ab impubere fideicommisso post mortem eius dato, &c.* id est, fideicommisso hereditatis paternæ, non de fideicommisso rei cuiusdam certæ, vt Glossa voluit, & alij plerique. Si igitur à filio herede instituto post mortem eius, si impubes moreretur, fideicõmissum hereditatis paternæ Titio relinquatur, mortuo filio impubere, ad fideicommissi restitutionem obligari legiti- C mum heredem filij, & debere patris hereditatem Titio restituere retenta Falcidia. Idemque seruari ostendit, si fideicommissum illud, siue substitutio illa precaria egrediatur puberem ætatem: vt si filius quandocunque decesserit, vel si intra 25. annum decesserit, rogetur hereditatem Titio restituere. Nam & hoc casu fideicõmissum hereditatis à filio relinquitur post mortem eius, & ideo filij puberis heres legitimus vel testamentarius, quoniã pubes potuit sibi facere testamentum, salua Falcidia cogitur Titio restituere patris hereditatẽ, quasi relicto fideicõmisso ab herede heredis, id est, post mortẽ heredis, quod fit recte. Et hæc ita se habent, vt hoc §. docet Papinianus. *Si iure factum sit testamentum:* nam si iure non sit factum, id est, si in eo defuerint solemnia iuris, nihil ex iis, quæ testamẽto scripta sunt, valet. Nec ergo valet illa D substitutio precaria, nec ex ea Titio debetur fideicommissum hereditatis, quia nec iure codicillorũ testamentum sustineri aut tueri potest, *l. ex ea scriptura, in princ. ff. qui testa. fac. poss. l. 1. ff. de iure codicill. l. fideicommiss. §. 1. de leg. 1.* Denique testamẽtum quod non valet vt testamentum iure directo, nec valet vt codicillus iure fideicommissi, nisi hoc sit expressum, id est, nisi in testamento sit adiecta clausula codicillaris, veluti hoc modo: *hoc meum testamentu omni iure valere volo*, vt in *d. l. ex ea scriptura §. 1. omni iure*, id est, directo & precario: *omni iure*, id est, vt vel testati vel vt intestati voluntatẽ iure codicillorũ. Nam & codicilli ab intestato fieri possunt, vel etiã hoc modo: *hoc meum testamentum etiam vice codicillorũ valere volo:* vt in *l. 3. ff. de milit. testam.* vel etiã, vt in *l. Lucius, §. vlt. de legat. 2.* vel vt in *l. cum pater §. filius matrem, eod. tit.* E Non adiecta clausula codicillari testamẽtum nullo iure consistit, nec quæ in eo sunt scripta verbis fideicõmissi vllo iure consistunt. Addit tamen Accursius vnam exceptionem scribens, etiam non adiecta clausula codicillari, huiusmodi testamentũ, si factũ sit inter liberos, si non iure factum sit, & solemniter, seruari vice codicillorum, ex *l. vlt. C. famil. ercisc.* Quod ita debet intelligi, si de cõmodis ipsorum liberorum agatur: puta, si illo testamento pater inter eos bona sua distribuerit; quia licet iure factum non sit testamentum, quasi iure reciproci fideicommissi conseruantur ei portiones vel bona, quæ eis testamento pater adscripsit, non etiam, quæ exteris lega-

uit, nisi aliud suadeat voluntas testatoris probabilis, *l. in testamento, ff. de fideicommiss. liber.* Et postremo additur in hoc §. fideicommissum illud hereditatis, quod à filio relictum est Titio, continere tantum bona patris, non bona filij propria, quod exposui in *l. Centurio.* In fideicommissum cadunt ea tantum bona, quæ à testatore ad heredem peruenerunt, non bona heredis propria; hoc est alienum à natura & iure fideicommissi: alioquin & ab exheredato filio, cui nihil pater reliquit, fideicommissum hereditatis relictum valeret in bonis scilicet filij. Quod tamen est absurdum, quia neque ab exheredato, neque à substituto eius, si ei substituerit pater in secundum casum, quicquam relinqui potest, nisi heredem institutum ei substituerit, vt *l. in ratione §. vlt. ff. ad leg. Falcid.* At si quid exheredato filio pater reliquit titulo legati vel fideicommissi, pro modo eius quod reliquit, fideicommisso hereditatis obligari potest integro præstando, non retenta Falcidia. Citra Falcidiæ rationem, id est, non retenta Falcidia, quia soli heredes habent retentionem Falcidiæ, non legatarij vel fideicomissarij, *l. lex Falcidia si interuenerit §. vlt. inf. ad l. Falcid.* fideicommissum hereditatis ab exheredato filio, cui aliquod legatum est relictum, id vocat, si rogetur filius, cui legatum relictum est, vt Titium sibi heredem faciat, vel vt Titio bona sua relinquat, restituat, præstet, cui fideicommisso obligatur eatenus, quatenus patitur modus legati, *l. ex pacto §. non tantum, ad Senatusc. Trebell.*

Ad §. qui discretas.

Qui discretas portiones coniunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit; quos heredes meos inuicem substituo: coniunctos primo loco vice mutua substituere videtur; quibus institutionum partes non agnoscentibus, cæteros omnes coheredes admitti.

Species hæc est §. *qui discretas.* Quidã heredes instituit numero sex, hoc modo, *primus, secundus & tertius ex semisse heredes sunto: quartus & quintus & sextus, ex altero semisse heredes sunto,* & post institutionem heredum ita scripsit: *quos heredes meos inuicem substituo, si quis eorum heres non erit.* In hac specie omnes heredes simul omnibus inuicem substituti non videntur, vt in specie *l. qui plures heredes.* & *l. Lucius §. vlt. hoc tit.* Ideoque primo repudiante, vel moriente ante aditam hereditatem, portio eius non defertur omnibus qui adierunt, puta, secundo, tertio, quarto, quinto & sexto, sed secundo & tertio tantum, qui separatim instituti, & primo coniuncti sunt. At secundo etiam ipso & tertio partes suas repudiantibus, tunc quartus, quintus & sextus ad illorum partes admittuntur; ac similiter repudiante quarto, quintus & sextus, qui ei coniuncti sunt in institutione vocantur: & his omnibus repudiantibus quarto, quinto & sexto: primus, secundus & tertius vocantur. Denique duo facti videntur gradus substitutionis reciprocæ, in primum siue vulgarem casum: ac primum inuicem substituti, qui sunt primo loco coniuncti, primus, secundus, tertius: deinde cæteri coheredes coniuncti, vnius personæ potestate funguntur, *l. plane in princ. ff. de legat. 1.* Et confirmat valde hoc responsum Papiniani *l. 1. §. si quis ex nepotibus, ff. de coniung. cum emancip. liber.* quam Accursius adducit hoc loco, ex edicto nouo bonorum possessionis contra tabulas, vel vnde liberi, filio emancipato coniunguntur nepotes ex eo retenti in potestate aui: at vno ex nepotibus repudiante, portio eius adcrescit alteri nepoti, quasi coniuncto, non filio patri eorum; at vtroque nepote repudiante, adcrescit filio. Eadem est ratio iuris adcrescendi & substitutionis. Quamobrem exemplo iuris adcrescendi recte notat Antonius Goueanus primo, secundo & tertio, coniunctis in institutione nulla adscripta parte, vt si dixerit: *primus, secundus & tertius:* quarto autem quinto, & sexto, coniunctim heredibus institutis ex parte certa, veluti ex semisse, primo repudiante cæteros omnes coheredes admitti iure substitutionis reciprocæ: quia scilicet primus, secundus & tertius non intelliguntur esse coniuncti, cum in certam partem non sint coniuncti; non sunt coniuncti re, qui sine re scribuntur, & inanis per se sola verborum coniunctio est, *l. item quod, §. 1. sup. tit. prox.* Qua de causa caute Papinianus posuit hoc loco discretas portiones separatim coniunctis pluribus datas, & in *§. seq.* cuius species huius proxima est, patrem & filium pro parte coniunctim heredes institutos. Nam vt ad eius §. sequentis interpretationem accedam, & in specie huius §.

Ad §. qui patrem.

Qui patrem & filium pro parte heres instituerat, & inuicem substituerat: reliquis coheredibus datis post completum assem ita scripsit, hos omnes inuicem substituo. Voluntatis sit quæstio, commemoratione omnium patrem & filium substitutioni coheredum miscuisset, an eam scripturam ad cæteros omnes transtulisset. Quod magis verisimile videtur propter specialem inter patrem & filium substitutionem.

Proponuntur pater & filius, qui scilicet emancipatus erat pro parte, heredes instituti coniunctim. tota species hæc est: *Marcus pater, & Marcus filius ex quadrante mihi heredes sunto, quos inuicem substituo. Titius ex sextante heres esto. Caius ex quadrante heres esto. Mæuius ex triente heres esto.* Atque ita distributo & completo asse toto subiecit: *hos omnes inuicem substituo.* Repudiante patre portionem suam, quæritur, *an ad portionem eius non tantum filius, qui ei coniunctus est in institutione, sed & cæteri coheredes admittantur?* Si dixisset, *hos heredes meos inuicem substituo,* vt in superiori §. ad portionem vacantem solus filius, quasi coniunctus admitteretur, sed quia dixit: *hos omnes inuicem substituo,* ea vox peremptoria, *omnes,* vt Valentinianus ait in *Nouell. de præscript. 30. annorum,* facit vt videantur omnes omnibus inuicem substituti, vt & in *l. Lucius §. vlt. hoc tit.* Et appellatione omnium comprehendi etiam partem & filium. Quod tamen Papinianus ait, non esse verisimile, propterea quod inter patrem & filium specialem substitutionem reciprocam testator facit, vt sequenti substitutione hisce comprehensa verbis: *hos omnes inuicem substit.* plane non videatur patrem & filium comprehendisse, sed reliquos coheredes tantum, Titium, Caium, Mæuium. At repudiante patre & filio in partem eorum recte dicam cæteros omnes admitti, non iure substitutionis, quoniam patri & filio vice mutua substituti non sunt, sed iure adcrescendi: Titio autem repudiante Caium & Mæuium admitti iure substitutionis reciprocæ in portionem Titij, non etiam patrem & filium, quia separatæ substitutiones sunt, vna specialis patris & filij, altera generalis omnium, sed omnium reliquorum heredum eis patre & filio nequaquam admissis. Specialis substitutio derogat generali. Quod si specialis substitutio inter patrem & filium facta non fuisset, sane appellatione omnium etiam pater & filius continerentur, nec vt coniuncti separatim inducerent ius substitutionis, sed deficiente vno, ad portionem eius venirent cæteri omnes, & ita est explicandus hic §. Nec obstat responso huius §. *l. vlt. inf. ad Senatusconf. Trebell.* quam Bartolus obiicit, quoniam alia est species huius §. longe alia illius l. In specie huius §. prima substitutio, quæ facta est inter patrem & filium, & sequens substitutio, qua omnes inuicem substituti sunt, vtraque eiusdem generis substitutio est, nempe vulgaris reciproca. Et eiusdem generis substitutionem factam inter aliquos specialiter generali sermone eodem testamento

repeti & iterari non eſt veriſimile in ſpecie *d. l. vlt.* Prima & ſequens ſubſtitutio diuerſi generis ſunt, diuerſæque conditionis: prima, qua duos fratres inuicem ſubſtituti ſunt, eſt directa ſubſtitutio vulgaris: ſequens, quæ facta eſt omnibus fratribus, ſi quis eorum poſt aditam hereditatem vita deceſſerit ſine liberis, eſt ſubſtitutio precaria ſiue obliqua, & non eſt abſurdum vel incongruum, ſemel vno genere inuicem ſubſtitutos, & alio deinde genere ſubſtitui, ſemel ſubſtitutos directo, & deinde ſubſtitui precario, ſemel ſubſtitutos in primum caſum directo, deinde ſubſtitui in ſecundum caſum precario. Et ita eſt lex illa ab iſto §. diſtinguenda.

Ad §. coheres.

Coheres impuberi filio datus, eidemque ſubſtitutus, legata ſecundis tabulis relicta perinde præſtabit, ac ſi pure partem, & ſub conditione partem alteram accepiſſet. Non idem ſeruabitur alio ſubſtituto. nam ille Falcidiæ rationem induceret, quaſi plene ſub conditione primis tabulis heres inſtitutus: tametſi maxime coheres filio datus, quadrantem integrum obtineret. Nam & cum legatum primis tabulis Titio datur, ſecundis autem tabulis eadem res Sempronio: Sempronius quandoque Titio concurrit.

PErtinet hic §. ad materiam contributionis, qua nulla eſt difficilior in iure: huius §. duas facio partes. In priori agitur de coherede ſubſtituto filio impuberi in ſecundum caſum, à quo ſcilicet & in primis & in ſecundis tabulis, id eſt, in inſtitutione & in ſubſtitutione legata relicta ſunt, & ex ſubſtitutione pars pupilli ad eum peruenerit, ſi ineatur ratio legis Falcidiæ confundere debet & contribuere eam partem cum parte ſibi adſcripta in primis tabulis, confundere item debet, contribuere, commiſcere, ſubiicere communi calculo relicta à ſe legata in primis tabulis, & legata à ſe relicta in ſecundis, quoniam perinde habetur, ac ſi pure ex parte heres inſtitutus eſſet, ex parte ſub conditione: Finge autem, Lucium Titium heredem inſtitutum pure ex ſextante, & ſub conditione ex triente, & ab vnaquaque parte iuſſum eſſe dare legata, Lucius Titius pro eo habetur, ac ſi ſemel heres ſcriptus fuiſſet ex ſemiſſe, iunge ſextantem trienti, exit ſemis. Ideoque pro eo habetur L. Titius, atque ſi ex ſemiſſe heres ſcriptus fuiſſet, nec enim ſemiſſem ſcindere poteſt ſeparato ſextante à triente, proinde ſeparare etiam non poteſt legata à ſe relicta ex ſextante & legata à ſe relicta ex triente, ſed confuſis portionibus & confuſis legatis earum portionum in omnibus rationem legis Falcidiæ inire & componere debet, *l. 11. § penul. ff. ad l. Falcid. l. quidam, C. de iure deliber.* Et eadem ergo ratione coheres ſubſtitutus coheredi confundit partem, ex qua ipſe, & partem, ex qua coheres inſtitutus fuit, quæ ad eum peruenit ex cauſa ſubſtitutionis: confundit legata à ſe relicta primis ſecundiſque tabulis, quia & hic coheres, idemque ſubſtitutus coheredi inſtitutus eſſe videtur ex parte pure, ex parte ſub conditione, *d. § pen.* Et hoc in ſubſtitutione pupillari ſeruari docet *prior pars huius §.* Et in ſubſtitutione vulgari, *l. 1. § id, quod ex ſubſtitutione, in principad l. Falcid.* & in vtraque ſubſtitutione, *l. qui fundum § qui filium, ad l. Falcid.* Si igitur ex parte pupilli & ex parte ſua, qui pupillo eidemque coheredi ſubſtitutus eſt, Falcidiam ſeruare non poſſit confuſis partibus & legatis vtetur beneficio legis Falcid. ſed ſi ex parte pupilli, quæ ad eum peruenit integra ex ſubſtitutione pupillari Falcidiam ſeruare poſſit, non vtetur beneficio legis Falcidiæ in parte, ex qua heres ſcriptus eſt, tametſi ea pars onerata vel exhauſta ſit legatis: pars integra, quæ accedit oneratæ vel exhauſtæ replet partem oneratam vel exhauſtam, & ceſſat Falcidia in parte onerata, ſi pars, quæ accedit impleat Falcidiam. At, quod maxime notandum, non idem erit è contrario, ſi pars eius onerata non ſit, & ex ſubſtitutione pupillari ad eum pars onerata perueniat, id eſt, ſi pars onerata ex ſubſtitutione accedat integræ: nam hoc caſu partes & legata non confunduntur. Partium & legatorum ratio ſeparatur, & ex parte onerata detrahitur Falcidia, perinde ac ſi remanſiſſet apud pupillum, *d. l. qui fundum § qui filium.* atque ita pars onerata, quæ iure ſubſtitutionis accedit parti integræ, non repletur per partem integram cui accedit, & hoc eſt, quod Dd. veriſſime definierunt, ſi portio non grauata accedat grauatæ, contributioni locum eſſe: ſin autem portio grauata accedat non grauatæ, contributioni locum non eſſe, & ratio differentiæ hæc eſt, quia non poteſt eadem portio & principalis & acceſſionis locum obtinere: partem, quæ accedit acceſſionem eſſe: partem cui acceditur principalem eſſe: acceſſionis autem eſſe replere, non repleri, augere non augeri.

In poſteriore parte huius §. agitur de extraneo non coherede, filio impuberi ſubſtituto, & alio coherede eidem filio dato, quo caſu, ſi legata relicta ſunt à ſubſtituto, & à coherede, & conditio ſubſtitutionis extiterit mortuo filio intra pubertatem, non confunduntur eorum partes, non confunduntur legata ab eis relicta, ſed ſeparatim in ſubſtituto, & ſeparatim in coherede pupilli ponitur ratio legis Falcidiæ, quia coheredes pupilli & alius ſubſtitutus pupilli qui coheres non eſt pupilli, coheredes ſunt inuicem & ſubſtitutus pupilli quaſi ſcriptus ſub conditione, coheres pupilli quaſi ſcriptus pure. Denique coheres pupilli tam ſubſtituto pupilli eſt coheres quam ipſi pupillo: In ſingulis autem coheredibus certum eſt ſeparatim rationem legis Falcidiæ ponendam eſſe, *l. in ſingulis ff. ad leg. Falcid.* ſeparatis portionibus, ſeparatis legatis, ergo ſecundum hæc, ſi pars pupilli, quæ ad ſubſtitutum peruenit, exhauſta vel onerata ſit legatis, ſubſtituto competit beneficium legis Falcidiæ: tametſi coheres pupillo datus totius hereditatis totorumque bonorum integram Falcidiam habeat, id eſt, quartam partem. Coheredes autem eſſe non tantum eos, qui iiſdem tabulis ſcripti ſunt, ſed etiam eos, quorum alter primis, alter ſecundis tabul. heres ſcriptus eſt, veluti coheredem primis tabulis pupillo datum, & alium ſubſtitutum ſecundis tabulis, eidem pupillo datum Papinianus probat hoc argumento, quod collegatarij etiam ſint, quorum alteri res legatur primis tabulis, alteri eadem res ſecundis tabulis, vt in *l. plane § ſi coniunctim. inf. de leg. 1.*

Ad §. cum pater.

Dum pater impuberi filiæ, quæ nouiſſima diem ſuum obiiſſet, tabulas ſecundas feciſſet, & impubes filia, ſuperſtite ſorore pubere, vita deceſſiſſet, irritam eſſe factam ſubſtitutionem placuit: in perſona quidem prioris, quia nouiſſima deceſſit: in alterius vero, quia puberem ætatem compleuit.

IN §. pen. hæc proponitur ſpecies: Pater duas filias impuberes heredes inſtituit, & ei, quæ intra pubertatis annos nouiſſima diem ſuum obiiſſet L. Titium ſubſtituit; quæ eſt ſubſtitutio pupillaris facta ei, quæ ſuprema moreretur. Et hoc genere inter ſorores ius legitimarum hereditatum pater cuſtodiri vult, *l. vel ſingulis, hoc tit.* Hoc ſcilicet voluit, vt in partem eius, quæ prior moreretur ab inteſtato veniret ſoror ſuperſtes, ac deinde etiam altera ſorore moriente intra pubertatis annos, vt L. Titius vtriuſque ſororis portionem caperet, & poſterioris & prioris, inuentam in hereditate poſterioris, *l. qui duos, de reb. dub.* Quid contigit? vna ex ſororibus impubes vita deceſſit ſuperſtite altera iam pubere, hoc caſu Papinianus ait, irritam eſſe ſubſtitutionem pupillarem, in vtriuſque perſona defunctæ impuberis, quia licet videatur intra pubertatem nouiſſima deceſſiſſe,

quæ impubes decessit sorore iam adulta, reuera tamen A nouissima non decessit, quæ alteram superstitem reliquit, & ideo in eius persona exspirauit substitutio pupillaris, substitutum excludente iure legitimo ex mente testatoris sorore superstite, *l.25.hoc tit.l.pen.C.de impub. & ali.substitut.* In persona autem superstitis esse irritam etiam substitutionem, quia puberem ætatem exegit, compleuit: substitutio pupillaris finitur pubertate. Quod adeo verum est in testameneo pagani, vt nec vis substitutionis post pubertatem verti possit in causam fideicommissi, vt docuimus, in *l.verbis ciuilibus, & l.Centurio, hoc tit.* & hæc quum vna ex sororibus impubes decessit superstite altera iam pubere. At contra si pubes prior decessisset forte instituto herede extraneo, non sorore superstite, deinde soror superstes impubes decesserit, B tunc sane dicerem substitutum venire in partem impuberis, quæ nouissima diem suum obiit, & ad hunc casum recte accommodatur *l.heredes §.cum ita, inf.ad Senatusconf. Trebellian.* Quod si vtraque pubes decessisset, certo certius est prorsus euanuisse substitutionem, & in nullam partem vocari substitutum. quod si vtraque impubes decesserit, vel eodem momento vel diuersis, verum est substitutum vtrique succedere ex substitutione pupillari, *d.l.pen. & l.qui duos.* Quia & qui substituitur nouissimo morienti, vtrique in eundem casum substitutus intelligitur, videlicet, si vterque moriatur impubes, C *l.ex duobus, hoc tit.* Sequitur §. vlt.

Ad §. vltimum.

Non videri cum vitio factam substitutionem his verbis placuit: ille filius meus, si, quod abominor, intra pubertatis annos decesserit: tunc in locum partemue eius Titius heres esto: non magis quam si post demonstratam conditionem, sibi heredem esse substitutum iussisset. Nam & qui certæ rei heres instituitur, coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet.

PAter filio impuberi substitutionem pupillarem fecit his verbis: D *Ille filius meus, si, quod abominor,* (quod etiam addebant in substitutione vulgari, *l.4.C. de impub.& aliis subst. l.Lucius, de hered.instit. l. Lucius §.filiam, de legat.2.*) *Ille*, inquam, *filius meus, si, quod abominor, intra pubertatem vita decesserit, tunc in locum partemue eius Luc. Titius heres esto.* Hæc substitutio vitiosa esse videtur, vel vt ait, videtur esse facta cum vitio, videtur ei inesse vitium. Albericus est valde suauis quum legit vno verbo, *conuitio*, id est, iniuria & contumelia. Videtur, inquam, huic substitutioni inesse vitium, quia scilicet dixit, *in locum partemue eius*, quæ verba substitutioni vulgari magis congruunt, non pupillari, vt ex *l.quum quis §.Seiam, de leg.3. l.3. l.vlt.C. de hered.instit. l.4.C.de impub.& al.subst.* Quia vulgari substitutione sibi heredem testator facit, pupillari substitutione pupillo heredem facit, non sibi. Et his verbis: *in locum partemue eius*, quam scilicet ei dedi, de suis bonis sibi heredem facere E videtur, nec tamen ideo improbatur substitutio pupillaris, quia nec improbaretur, si palam ita dixisset: *ille filius meus, si intra pubertatem decesserit, tunc L. Titius mihi heres esto.* Substitutio rite concepta est, vt in *l. si ita scriptum. §.cum filio, inf.de bonorum possess.secund. tab. l.1. l.46.hoc tit.* Ideoque non male M.Tullius 2. de Inuent. substitutionem pupillarem ita concipit, *Si filius ante morietur quam in tutelam suam venerit, tum mihi ille secundus heres esto.* Ergo quem quis hoc modo sibi heredem iussit, idem etiam erit heres filio impuberi, & non tantum patris bona capiet, sed etiam bona filij propria iure substitutionis pupillaris, sicut & qui ex re certa solus heres instituitur, & cæteras res omnes capit, *l. 1.§.si ex fundo, sup.tit.prox.* Voluntas testatoris interpretatione adiuuanda est, & mendis vitiisque sublatis conseruanda quantum potest: menda non vitiant voluntatem testatoris: Vitia non vitiant *l.1.tit.seq.* Si facta sit substitutio sub conditione impossibili, vel alio mendo, sic in Florentin. recte, non vitiatur. Mendum circumscribitur, vt in *l.34.sup.tit.prox:* Deleatur Glossa hoc loco, qua parte hæc verba Papiniani, *post demonstratam conditionem*, quæ sunt proculdubio de conditione substitutionis pupillaris, si intra pubertatem decesserit, male accipit de alia extranea conditione. Deinde deleatur etiam, qua parte ponit in specie *h.l.* filium nominatim heredem institutum non fuisse, sed tacite institutum videri, ex his verbis, *in locum partemue eius*, quia hoc si ita esset, id est, si ita res processisset, non valeret testamentum; propterea quod tacita filij institutio, tacitum testamentum non valet, *l.19.& 65.sup.tit.prox.* Et filius haberetur pro præterito, *l.16.in fin.huius tit.* Et vt multi Dd. dicunt contra Glossam, & contra Bartolum Glossæ asseclam, verba conditionalia non inducunt dispositionem. Liberi positi in conditione non sunt in dispositione, quod probat recte *l.Gallus §.idem resp.* & in *§.in omnibus, sup. de lib.& post.l.filiusfam.§.cum quis, de legat.1.l.ex facto §. ex facto, inf.ad Senat.Trebell.*

Ad l.24.de condit.instit.

Qui ex fratribus meis Titiam consobrinam vxorem duxerit ex besse heres esto: qui non duxerit, ex triente heres esto. Viuo testatore consobrina defuncta, ambo ad hereditatem venientes semisses habebunt, quia verum est, eos heredes institutos, sed emolumento portionum euentu nuptiarum discretos.

QVi habebat duos fratres, ita eos heredes instituit: *qui ex fratribus meis Titiam consobrinam nostram vxorem duxerit,* (iure ciuili consobrinorum nuptiæ licitæ sunt) *ex besse heres esto: qui non duxerit, ex triente heres esto: qui scilicet duxerit, vel non duxerit post mortem meam.* Finge: Mortua est consobrina viuo testatore, hoc casu ambo fratres in partes æquales vocantur, non in partes inæquales, bessem & trientem: sed singuli venientes ad hereditatem fratris semisses habebunt, quia verum est eos esse heredes institutos, sed portionibus inæqualibus discretos ex euentu nuptiarum tantum, quæ cum euenire non possint præmortua consobrina, nec per heredes factum sit quo minus euenirent, consequẽs est eos esse redigendos ad æqualitatem, vt in *l.2. §.si quis ita, de bonor.possess.secund.tab.* Idemque l.proxima superius docet respondendum esse, si testatori consobrina superuixerit, & neutri nubere voluerit quod est certissimum. Quid tamen dicemus, si post mortem testatoris consobrina cum parata esset alterutri nubere, neuter eam ducere voluerit? Et Azo idem & hoc casu esse respondendum censet, fallaci colore, quasi scilicet pure heredes instituti sint, & ex euentu nuptiarum tantum discretæ inter eos portiones hereditariæ, id est, quasi institutio sit pura, discretio partium conditionalis, id est, collata in euentum nuptiarum. Ego dicerem & institutionem vtriusque factam esse sub conditione, si quis eorum consobrinam vxorem duceret post mortem testatoris, & ideo neutro volente eam vxorem ducere, cum ipsa parata esset nubere, quia per eos stat quo minus conditio impleatur, institutionem in vtriusque persona prorsus deficere, quod non possumus negare, & *l.prox.sup.* significat aperte illo loco: *non quia ipsi ducere noluerunt.* Cuius mens est vt non aliter ambo semisses habeant, quam si vel consobrina mortua sit viuo testatore, vel post mortem eius neutri nubere velit, non etiam, si per eos fiat, quo minus alterutri nubat, & confirmatur hæc distinctio *l. 4. C.de cond. insert. l. in testamento, ff.de cond.& demonst.* Conditionalem vero institutionem esse etiam demonstrat dicta *lex 2.§.si quis au-*

tem, ff. de bonor. poss. sec. secund. tabul. & l. quotiens §. si quis tamen, de hered. instit.

Ad l.12. de milit. test.

Milites n. ea duntaxat, quæ haberent scriptis relinquunt.

AIt Papinianus, milites scriptis heredibus ea duntaxat relinquere, quæ haberent: quod Papinia. scripsit, vt patet ex *l.11. §. vlt.* cui hæc applicatur, cum dicat, milites enim: subiicitur ratio in hac lege §. *vlt.* legis præcedentis: vnde dico hoc scripsisse Papinianum de militibus filiisfa. vel de militibus patribusfam. qui se filiosfamil. esse existimant ignorantes mortem patris: Ii sola bona castrensia habent, aut se habere existimant. Idcirco & ea sola bona scriptis heredibus relinquunt, & ita hic locus explicandus est, non etiam bona pagana, quæ eis ignorantibus morte patris obuenerunt. At si sciant se esse patresfa. factos morte patris, & non tantum castrensia, sed etiam pagana bona habere, credo eos heredibus scriptis relinquere omnia sua bona, nisi aliud sensisse eos probetur.

Ad l.27. eod.

Centurio secundo testamento postumos heredes instituit, neque substitutos dedit, quibus non additis ad superius testamentum se redire testatus est. Cætera quæ secundo testamento scripsit, esse irrita placuit: nisi nominatim ea confirmasset, ad priorem voluntatem reuersus.

SPecies huius legis hæc est: Centurio testamento primo, finge, commilitonem heredem instituit: Deinde mutata voluntate, secundo testamento postumos heredes instituit, quod haberet vxorem prægnantem, nec eis substitutos dedit, si non nascerentur, sed eis non natis se ad primum testamentum redire testatus est, quo commilito erat heres scriptus: non natis postumis, puta, abortu facto, irrita sunt omnia, quæ secundo testamento scripserat, vel scripta sunt, nisi nominatim ea confirmauerit, puta, non natis postumis, testando se ad primum testamentum redire. Ita vt à commilitone in eo herede scripto, præstentur etiam legata aut fideicommissa secundo testamento relicta, alioquin irrita sunt legata & fideicommissa, quæ est sententia huius legis elegantissima. Verum in ea deleta tota glossa Accursij illo loco: *quibus non aditis*, legendum est, *quibus non editis*, id est, non natis postumis ad superius testamentum Centurio se redire testatus est, quod confirmant alij quidam libri, qui propius vero habent, *aditis*, non *additis*, & alij qui plane habent: *quibus non natis*, sed retineamus viciniorem scripturam, *quibus non editis* & omnia erunt plana.

Ad l.36. eodem.

Militis codicillis ad testamentum factis, etiam hereditas iure videtur dari. quare si partem dimidiam hereditatis codicillis dederit, testamento scriptus ex asse heres partem dimidiam habebit: legata autem testamento data communiter debebuntur.

IN primo responso legis 36. eod. ait Papinianus: *militis codicillis ad testamentum factis, etiam hereditas iure videtur dari.* Ad testamentum facti codicilli dicuntur, etiamsi testamento confirmati non sint, *l.5. §. qui principale, ff. de iis, quibus vt indign.* Itaque glossa male codicillis ad testamentum factis, id est, confirmatis, male etiam alter, codicillis ad testamentum factis, id est, iuxta testamentum, quoniam hac oratione certum est significari tantum codicillos factos ab eo, qui & sibi testamentum fecerit, & codicillos pertinentes ad causam te-

A stamenti, *l.1. § hoc interdictum. de tab. exhib. l.2. §. ad causam, ff. quemadm. testam. aper. l.3. §. qui codicillos, de Senatus. Sillan.* vel, vt idem aliter dicamus, codicillos, qui quasi pro parte testamenti habentur, *l. quidam, de iure codicill.* veluti, quod supplendo, vel corrigendo testamento fiunt. Certum autem est paganum codicillis iure hereditatem non dare verbis directis vel adimere, etiamsi codicilli testamento confirmati sint, quæ regula iuris per manus esse tradita dicitur in *l. quod per manus, ff. de iure codic. l. Scæuola, ff. ad Senatus. Trebell.* At miles iure dat, vel adimit hereditatem verbis quibuscunque, verbis precariis vel directis in codicillis & qualibet voluntate nuda, vt patet ex hoc responso, & *l. in fraudem, §.1. hoc tit.* Finge: Miles testamento L. Titium ex asse heredem instituit, eumque onerauit legatis, deinde codicillis ita scripsit: *Caius Seius ex semisse heres esto.* videtur miles tantum Luc. Titio ademisse, quantum dedit Caio Seio in codicillis. ambo igitur ad hereditatem veniunt iure directo, & ex voluntate militis semisses capiunt. Legata autem data testamento, licet à solo L. Titio data sint, æquum est vt communiter ea præstent Luc. Titius & C. Seius pro virilibus portionibus, vt quatenus ablatum est Luc. Titio, eatenus releuetur & exoneretur præstatione legatorum, vt in *l. cum pater, §. cum exist. de leg. 2. l. Plautius. ff. de condit. & demonst.* quæ in glossa corrupte citatur ex *tit. ad l. Falcid.* cum sit ea lex, *Plautius*, non quæ est in tit. ad *l. Falcidiam*, sed quæ est in tit. *de cond. & demonst.* quæ hoc probat. & hæc est sententia huius responsi. Bartolus hoc loco patrem C paganum liberis facientem testamentum exæquat militi, quasi scilicet possit etiam pater paganus liberis directo hereditatem dare in codicillis, quod merito refellit Angelus Perusinus ex *l. ex parte §.1. ff. familiæ ercisc.* quæ manifesto probat, patrem, qui verbis directis in codicillis bona sua filiis suis distribuit, intestatum decessisse: ergo testamentum non valere iure directo. Neque à parte Bartoli facit *l. consultissima §. ex imperfecto, C. de testam.* quo §. sæpe abutitur, dum eum accipit latius quam oportet, quoniam quod ad rem propositam attinet, dum in eo §. dicitur, ex imperfecto testamento tenere voluntatem patris inter liberos. Imperfectum testamentum non vocat codicillos, quibus directo data sit hereditas, qua de re agimus, sed, vt quæ præcedunt in ea D lege ostendunt apertissime, imperfectum testamentum id vocat, quod non subscriptum neque signatum est à testibus, quod etiam si eo vitio laboret, non etiam si omni vitio laboret, tenet inter liberos.

Ad §. miles.

Miles castrensium bonorum, & non castrensium, diuersis heredibus institutis, postea castrensium bonorum alios heredes instituit: prioribus tabulis tantum abstulisse videtur, quantum in posteriores contulerit. nec videtur mutare, etsi prioribus tabulis vnus heres scriptus fuisset.

E MIles primo testamento L. Titium castrensium bonorum, Caium paganorum heredem fecit. postea mutata voluntate, secundo testamento Sempronium bonorum castrensium heredem fecit pro parte, mutasse superius testamentum intelligitur bonis castrensibus à Caio translatis ad Sempronium, quod paganus facere non potest. Paganus non potest pro parte mutare testamentum, sed si quid velit mutare, debet omnia ex integro mutare, *l. heredes, §. si quid post, sup. qui test. fac. poss.* Militi hoc permittitur, quasi bona castrensia & bona pagana, duorum hominum duas hereditates & duo testamenta faciat, *l. si certarum §.1. hoc t.* Adeo vt nec coheredes sint ij, quorum vnum miles scribit heredem paganorum, alterum castrensium. non sunt coheredes, quia duæ sunt hereditates veluti duorum hominum, & duo

testamenta, qua de causa, nec inter eos est ius adcrescendi, nec iudicium famil. erc isc. *l. heredes §. 1. famil. ercisc. l. si filius §. castrensium, ff. de bon. libert.* Et addit Papinian. *nec videtur mutare, etsi prioribus tabul. vnus heres scriptus fuisset.* Nec videtur mutare, id est, non videtur aliud dicendum esse, aut non est mutandum responsum, si ponamus militem testamento vnum tantum fecisse heredem omnium bonorum, non duos, vt posuimus, diuisis castrensibus & paganis, deinde secundo testamento L. Titium fecisse heredem castrensium bonorum, quia & hoc casu scripto in primo testamento tantum abstulisse videtur, quantum contulit in L. Titium secundo testamento ex castrensibus heredem scriptum. Itaque apud scriptum primo testamento remanebunt tamen bona pagana, vtrumque testamentum ponitur factum verbis directis. Et duo igitur sunt testamenta: nam miles potest plura testamenta facere, *l. quærebatur, h. t.* quam l. male tamen obiicit Accurs. hoc loco, quoniam ibi miles in secundo testamento nominatim expressit, se primum testamentum fideicommissi tamen & codicillorum vim habere velle, ideoque non sunt duo testamenta. male etiam obiicit *l. Centurio, h. t.* quam supra exposuimus, quoniam ibi miles, non duo, sed vnum tantum testamentum facere voluit.

Ad §. miles.

Miles in supremis ordinandis, ignarus vxorem esse prægnantem, ventris non habuit mentionem. post mortem patris filia nata ruptum esse testamentum apparuit: neque legata deberi. si qua vero medio tempore scriptus heres legata soluisset: vtilibus actionibus filiæ datis, ob improuisum casum esse reuocanda. Nec institutum, cum bonæ fidei possessor fuerit, quod inde seruari non potuisset, præstari.

Miles ignorans vxorem esse prægnantem, in testamento postumum silentio præteriuit, L. Titium heredem instituit, & ab eo legata reliquit. agnatione postumæ rumpitur testamentum militis propter præteritionem, & irrita sunt omnia, quæ in eo testamento scripta sunt. Ergo nec legata aut fideicommissa ex eo testamento debentur. At quid si medio tempore antequã postuma agnasceretur, L. Titius heres institutus bona fide ignorans vxorem testatoris esse prægnantem legata à se relicta soluerit? & hoc casu ait, postumæ dari vtilem actionem siue condictionem indebiti, vt repetat legata perperam soluta & indebite. Nec etiam est nouum, vt quod alius soluit, alius repetat *l. 5. de cond. indeb.* Et si forte postuma solida legata ab iis quibus heres institutus ea persoluit, recipere non potuerit, propter inopiam eorum, quia non sunt soluendo, rectissime ait periculum huius rei non pertinere ad heredem institutum quia bonæ fidei possessor fuit, & bona fide soluit, & bonæ fidei possessor in id tantum tenetur, quo locupletior factus est. & idem respondit in quæstione *l. 3. de cond. indeb.* Ad malæ fidei possessorem proculdubio huius rei periculum pertineret, & in petitione hereditatis veniret in solidum, *l. 13. §. vlt. de petit. hered. l. Papin. §. vlt. de inoff. testam. l. 4. §. pen. ff. si cui plus quam per l. Falcid.* illo autem loco huius responsi, *ob improuisum casum legata esse reuocanda,* siue repetenda, improuisum casum vocat agnationem postumi, quod *d. l. 3. de cond. ind.* nouam & inopinatam causam, & inopinatam fortunam, *l. 4. inf. vt in poss. legat.* Ideo autem ponit militem ignorasse vxorem esse prægnantem, atque adeo minime cogitasse de postumo vel postuma nascitura, quia, si sciisset vxorem esse prægnantem, præteritio postumi haberetur pro exheredatione, nec agnascendo postuma rumperet testamentum, quia non est præterita, sed censetur esse exheredata, *l. sicut, C. eod. tit.* Paganus pater debet liberos exheredare nominatim, miles potest tacite exheredare, sicut & mater pagana & auus maternus paganus, quia & horum præteritio pro exheredatione habetur, quod Institutiones docent.

Ad §. veteranus.

Veteranus moriens testamentum iure communi, tempore militiæ factum, irritum esse voluit: & intestatus esse maluit. heredum institutiones ac substitutiones in eodem statu mansisse, placuit. Legata vero petentes, exceptione doli mali secundum ius commune summoueri, cuius exceptionis vires ex persona petentis æstimantur. Et alioqui potior est in re pari causa possessoris.

Species huius §. hæc est: Miles testamentum iure communi fecisse proponitur, non more & iure, tempore militiæ, deinde post missionem cum veteranus esset, id est, militia dimissus, moriens dixit, se intestatum mori, & id testamentum irritum esse velle, quod fecerat in militia iure communi: nuda hæc voluntas non facit irritum testamentum. vt nuda voluntas non perficit testamentum, ita nec euertit, *l. pen. §. vlt. ff. de bonor. poss. sec. tab.* Et secundum hoc institutiones & substitutiones in eo testamento scriptæ valent, quamuis dixerit, se intestatum mori velle, nec fiscus institutis aut substitutis potest eripere hereditatem, quia testator veteranus non iudicauit eos heredes esse indignos, aut non mereri suã voluntatem, quo casu fiscus succederet, sed tantum dixit se mori velle intestatum. qua de re diximus in *l. vlt. ff. de iis quæ test. del.* Ergo heredes instituti & substituti, heredes permanent. Institutio & substitutio iure consistit, quæ non potuit euerti nuda voluntate, minusque solemni. At quæritur, an etiam legata eo testamento relicta valeant & debeantur, qua de re merito dubitatur, quia licet hereditas nuda voluntate non possit adimi, adimuntur tamen legata nuda voluntate, non quidem ipso iure, sed beneficio exceptionis doli mali legatario petenti legatum contra nudam voluntatem defuncti, opposita exceptione doli mali, vt in *l. 3. in fi. ff. de adim. leg. & l. ex parte, eod. t.* quæ cum sit ex eod. lib. cum hoc §. videtur coniungenda, & ita in specie proposita ait: Institutiones quidem & substitutiones in eodem statu manere, at legata petentes submoueri posse exceptione doli mali, & eleganter. qui locus est satis obscurus, eius exceptionis quam legatario heres opponit petenti legatum, vires æstimandas esse ex persona actoris, id est, ex persona legatarij, qui legatum petit actione ex testamento: nam si talis sit persona legatarij, vt verisimile sit legatum ei testatorem omnimodo præstari voluisse, omni iure etiam ab intestato: Finge, esse alumnum aut sanguine proxime coniunctum, quem is viuus vnice dilexerit: eo casu nullæ erunt vires exceptionis doli mali, & legatarius consequetur legatum. sed si non talis sit persona legatarij, efficax erit exceptio doli mali, & in pari causa secundum regulam iuris melior erit conditio possessoris, id est, heredis. fortuna dat litem secundum possessorem in re pari: fœlix qui possidet in re pari, hæc est sententia huius loci. At quod plane est extra eum locũ, quod tamen interpretes in hunc locum coniiciunt, si non agat legatarius, sed agat heres repetendo legatum quod per errorem soluit, omissa exceptione doli mali, tum dicemus vires exceptionis, quam legatarius opponeret heredi, non æstimari ex persona actoris, sed ex persona rei, id est, legatarij, vt & in specie *l. pen. §. vlt. de bon. poss. sec. tab.* quæ est species huius §.

Ad §. vltimum.

Miles iure communi testatus, postea testamento iure militiæ super bonis omnibus facto, post annum militiæ vita

vita deceſſerat prioris teſtamenti, quod ruptum eſſe conſtabat non redintegrari vires conſtitit. A

MIles iure communi teſtamentum fecit, poſtea fecit ſecundum teſtamentum iure militiæ, & mortuus eſt intra annum miſſionis: certum eſt teſtamentum factum iure militari poſt miſſionem à militia valere eodem iure intra annum, ſi teſtator moriatur intra annum miſſionis *l. quod conſtitutum, l. teſtamenta, l. quod dicitur, hoc tit.* Quia igitur intra annum miſſionis mortuus eſt, teſtamentum ſecundum quod fecit iure militiæ valet, & primum teſtamentum quod ſemel ſecundo ruptum eſt, non conualeſcit, non reſtituitur, quia ſcilicet, ſecundo teſtamento vt ponit hoc loco, iure militiæ teſtatus eſt de omnibus ſuis bonis. Alioquin ſi ſecundo teſtamento B tantum teſtatus eſſet de bonis caſtrenſibus, vtrumque teſtamentum valeret, id eſt, maneret in ſuo ſtatu, vt in *§.1. h.l.*

Ad l.penult. eod.

Filiusfam. equeſtri militia or natus, & in comitatu Principum retentus, cingi confeſtim iuſſus, teſtamentum de caſtrenſi peculio facere poteſt.

CIngi, inquit, *iuſſus*, gladio ſcilicet; nam hoc eſt, proprium militis cingi gladio, & male in *l. antiqui, ſup. ſi pars hered. pet.* legitur, *cunctos Senatores*, quia Senatoribus non licebat cingi gladio, niſi quum in prouinciam mittebantur cum iure gladij, iis licebat geſtare gladium, C ſed eo loco legendum eſt, *Senatores Cincios*. fuit Cinciorum familia Romæ. Ad rem. Filiusfam. factus eſt eques & cinctus gladio & retentus in comitatu Principis, ei proficiſcenti ad comitatum Principis, & aſpiranti ad equeſtrem militiam, pater aliquid dederat in vicem caſtrenſis peculij: nam caſtrenſe peculium dicitur etiam quod proficiſcenti ad militiam datur, licet nondum relatus ſit in numeros, nondum cinctus, vt loquitur lex *25. & 38. hoc tit.* & Caſtrenſe peculium eſſe quod datur proficiſcenti conſtat ex *l.3. de bonis proſcrip. l. 3. ſup. de don. inter vir & vxor.* Inde quæritur, an confeſtim atque cinctus eſt, poſſit teſtari de caſtrenſi peculio ex priuilegio militiæ? Reſpondet, poſſe: ſed vox *confeſtim* eſt traiecta: nam ita eſt reponenda, *confeſtim atque cingi iuſſus eſt*: & antequam cingatur, ſuſcipiatque habitum militarem, ſiue baltheum, non poteſt teſtari iure mi- D litari, niſi ſi cinctus eſt in *l.25. & 38. §.1. hoc tit.* vel niſi cingi iuſſus eſt.

Ad l.86. de adqu. vel omit. hered.

Pannonius Auitus, cum in Cilicia procuraret; heres inſtitutus ante vita deceſſerat, quam heredem ſe inſtitutum cognoſceret: quia bonorum poſſeſſionem quam procurator eius petierat, heredes Auiti ratam habere non potuerant: ex perſona defuncti reſtitutionem in integrum implorabant. quæ ſtricto iure non competit, quia intra diem aditionis Auitus obiiſſet. Diuum tamen Pium contra conſtituiſſe Mæcianus libro quæſtionum refert in eo qui legationis E cauſa Romæ erat. Et filium qui matris delatam poſſeſſionem abſens amiſerat, ſine reſpectu eius diſtinctionis reſtitutionem locum habere, quod & hic humanitatis gratia obtinendum eſt.

PRoponitur in primo reſponſo huius l. Pannonium Auitum cum eſſet procurator Cæſaris in Cilicia (male Alciatus, Publium Antoninum pro Pannonium) atque adeo abeſſet Reip. cauſa, Romæ ab aliquo heredem inſtitutum fuiſſe, & vita deceſſiſſe, priuſquam hoc cognoſceret, & infra aliis verbis eiuſdem ponderis dicit, *eum deceſſiſſe intra diem aditionis*, qui dies eſt centum dierum vtilium, quibus ſcierit potueritque adire, vt in formula cretionis, & in *l.3. §. & ſi heres, ſup. de minor. l. ſi Titio §.1. ff. quando dies leg. ced.* & edicto quoque prætoris de iure deliberandi, non præfiniuntur adeundæ vel repudiandæ hereditati pauciores quam centum dies, *l. 2. de iure deliber.* & ita etiam diem aditionis accipere oportet in *l. pen. §. ſi filiusf. de iur. & fact. ign.* male autem Gloſſa diem aditionis accipit pro tempore intra quod petenda eſt bonorum poſſeſſio ſec. tab. quanquam & ipſa ab extraneis heredibus petenda ſit intra centum dies ex ſucceſſorio edicto, quæ dies petitionis dicitur, *l. inter, ff. qui ſatiſdat. cog.* nam aditionem hereditatis nunquam inuenies accipi pro agnitione vel petitione bonorum poſſeſſionis: non abutuntur noſtri auctores temere verbis iuris, verbis legitimis, nec permiſcent temere legitima verba Prætoriis: ſed non nego, quod de aditione dicitur poſſe transferri etiam ad agnitionem bonorum poſſeſſionis. Male etiam gloſſa ſtatuit ex *h. l. & ex l.1. C. de reſt. milit.* diem aditionis cedere ignoranti, quod eſt omnino falſum: eſt enim vtilis non continuus, nec ſane vllo modo eſt expreſſum vel hac, vel illa. Perſequamur quam inchoamus ſpeciem. Auitus procurator Cæſaris in Cilicia, atque adeo abſens Reip. cauſa inſtitutus, deceſſit antequam ſciret ſe heredem eſſe. At procurator quidam voluntarius, id eſt, negotiorum geſtor, amicus eius eo abſente Reip. cauſa & ignorante in vrbe nomine eius petierat bonorum poſſeſſ. ſec. tabul. Adiri non poteſt hereditas per procuratorem, *l. 90. ff. hoc ti.* bonorum poſſeſſio peti poteſt per procuratorem etiam ignorante herede inſtituto, & ſine mandato eius, *l.3. §. adquirere, inf. de bonor. poſſeſſ.* ſed vt ibidem oſtenditur, non aliter competit bonorum poſſeſſio, quæ petita eſt, non aliter adquiritur heredi inſtituto, quam ſi intra petitionis diem heredis ratihabitio ſubſequatur, vt *l. ſeruo inuito, §.1. inf. ad Trebell.* & ſi forte heres, antequam petitionem ratam haberet, vita deceſſerit, heres heredis ratam habere non poteſt, quia in eum non tranſit bonorum poſſeſſio, quæ defuncto quæſita non fuit, vt *l. 7. rem rat. hab. l. 4. C. qui admit. ad bon. poſſeſſ.* Ergo in ſpecie propoſita, neque heres inſtitutus ratam eam petitionem habuit, quam fecit amicus voluntarius, neque heres eius ratam habere poteſt. At quæritur hoc loco: an is heres ex perſona defuncti poſſit petere reſtitutionem in integrum, vt ſcilicet omiſſam hereditatem vel bonorum poſſeſſionem adquirat? & ſane ſtricto iure ex perſona defuncti heredis inſtituti, heres eius in integrum reſtitui non poteſt, quia is defunctus eſt intra diē aditionis, id eſt, priuſquam cognoſceret ſe heredem eſſe, & dies ille non cedit, niſi ſcienti, cum poſtea tota re cognita integrum ei eſſet adire intra centum dies nondum amiſſo iure ſuo. Igitur quum deceſſit nondum vlla in re captus aut læſus fuit, nullamque habuit cauſam petendæ reſtitutionis in integrum: itaque eam in heredem non trāſmittit. Si deceſſit, poſtquam cognouit ſe heredem eſſe, & poſt diem aditionis vel petitionis cum reipubl. daret operā, nec per abſentiam intra præſtituta tempora adire poſſet hereditatem aut petere bonorum poſſeſſionem, hoc caſu reſtitutio in integrum à defuncto tranſiret in heredem, veluti actio quælibet, *l. non ſolum, ſup. de reſtit. in integr. l.1. C. de teſt. mil.* At quia deceſſit intra diem aditionis, ſtricto iure reſtitutionem in integrum, quæ ei non competiit, non potuit tranſmittere ad heredem ſuum, nec igitur ab herede peti poteſt ex perſona defuncti, & ex ſua perſona nullo modo, cum ei nunquam delata fuerit hereditas, quæ tamen delata fuit defuncto, nondum quæſita, & ita ſe res habet ſummo iure, mero & ſubtili iure. Sed aliud benigne conſtituiſſe Diu. Pium Papinia. ait Mæcianum Voluſium referre in libris quæſtionum, ſcilicet de fideicommiſſis, vt in *l. propen. inf. de vſufr.* In ſpecie non eadem quam propoſui, ſed perquam ſimili, quæ talis eſt. Quidam legationis cauſa Romæ erat, vbi

negotium publicũ agebat patriæ vel municipij sui, qui & Reip. causa abesse intelligitur, *l. legati, ff. ex quib. caus. maiores.* Et Romæ decessit, priusquam sciret sibi delatam matris hereditatem ex SC. Orfitiano, vel bonorum possessionem ex persona eius. heres desiderabat restitui in integrum, quasi defunctus in captionem inciderit propter absentiam & ignorantiam, vt scilicet ab eo amissam bonorum possessionem vel hereditatem ipse adquireret, quod stricto iure non recte desiderabit, quia restitutio in integrum non competiit defuncto intra diem aditionis, ergo neque heredi eius competere potest: & tamen Diuus Pius sine respectu superioris distinctionis, id est siue intra, siue post diem aditionis vel petitionis filius decesserat, constituit, restitutioni in integrum locum esse ex persona defuncti, quasi & defuncto competierit, quæ tamen ipso iure non competiit, cuius constitutionis humanitatem, beneuolentiam, benignitatem, Papinianus etiam censet esse porrigendam ad propositam speciem. In vtraque specie dandam restitutionem in integrum heredi, quasi ex persona defuncti, licet stricto iure, (opponit strictum ius humanitati) defuncto non competierit, quum defunctus est intra diem aditionis, iuris sui ignarus. Duplex est ratio, vna absentia Reipub. causa, altera iusta ignorantia: altera tamen ratio non sufficeret: est enim hoc ius singulare & benigne receptum. quod tamen non est trahendum ad consequentias, vt quam minimum fieri potest, recedamus à iure stricto & scripto, *l. qui negotia, ff. mand. l. peregre, §. quæsitum, de adquir. poss.* Et obseruandum est illo loco huius legis, *refert, in eo qui legationis causa Romæ erat. & filium,* legendum *& filio,* vt in vulgatis libris, non *& filium,* vt in Florentinis, non *& in filio,* sed *& filio,* vno tractu, quasi sit vna species, legendum est, *refert in eo qui legationis causa Romæ erat & filio, qui matris delatam possessionem.* hoc igitur loco non notari duas species, vnam absentiæ legationis Reip. causa, alteram absentiæ cuiuslibet, ex causa probabili, vt Dd. vaticinantur, sed vnam tantum notari speciem, quam exposui de legato patriæ suæ, qui Romam venerat, & interim ibi matris delatam bonorum possessionem amiserat, moriens non cognita morte matris: non ergo cuilibet absenti idem dabimus, sed absenti Reip. causa tantum, non etiam idem dabimus minori defuncto intra diem aditionis vel petitionis, quoniam nec infanti hoc datur, *l. si infanti, §. fin vero, C. de iure deliber.* in quo valde falluntur interpretes nostri. Hæc est sincera huius responsi interpretatio.

Ad §. rei.

Rei perduellionis hereditatem suspensa cognitione filius emancipatus, cui de patris innocentia liquet, potest quærere.

Reus perduellionis si moriatur in reatu, crimen non extinguitur, hoc est notissimum, *l. vlt. ff. ad leg. Iul. maiest.* sed post mortem eius cognitio peragitur. At suspensa, inquit, cognitione, vt in *l. pen. C. de crim. exp. hered.* suspenso crimine, *l. pen. inf. de accus.* quæritur, an filius emancipatus, cui de patris innocentia liquet & constat certo, hereditatem eius adire possit aut adquirere bonorum possessionem? Et respondet Papinianus, posse, quia iuris sui certus est, incertus & dubitans non posset adire, *l. cum falsum, sup. hoc tit.* certum iuris sui, certo animi iudicio ad aditionem hereditatis accedere oportet, vel ad petitionem bonorum possessionis, qua de causa dicitur pupillus non posse adire sine tutoris auctoritate, quia nihil scire intelligitur, aut nullius rei esse certus aut compos, sed si postea forte damnaretur innocentis patris memoria iniquo iudicio, fiscus ei auferret hereditatem.

Ad §. vltimum.

Pro herede gessisse filium placet, qui moriens, comperto matrem suam intestato vita decessisse, codicillis petit ab herede suo, vt maternorum bonorum seruum manumitteret, ac sibi parentibusque suis in possessionem matris monumentum extrueret.

Sequitur in §. vltimo, hereditatem adquiri non tantum adeundo, sed etiam pro herede gerendo, quod est notissimum, & docet in hoc §. *vlt.* pro herede gerere eum videri filium, qui cognita morte matris intestatæ, moriens & ipse postea, codicillis petiit ab herede suo, vt maternorum bonorum, seruum manumitteret, vel vt monumentum extrueret in prædio materno sibi parentibusque suis. quæ verba in titulis monumentorum sunt frequentissima, quoniam iis indiciis plane moriens demonstrauit se agnoscere & amplecti maternam hereditatem, proinde transmittit eam ad heredem suum, tanquam adquisitam. Idem etiam erit, si moriens testamento sua bona materna alij reliquerit, vt in *l. si adeat, C. de iure deliber.* Itaque adquisitio hereditatis siue gestio pro herede, aut geritio, non est tantum actus viuentis, sed etiam morientis.

Ad l. 27. si quis omiss. caus. testamenti.

Mater secundis tabulis impuberi filio substituta, locum edicti facit, si omisso testamento legitimam hereditatem filij possideat. Idem iuris erit & si filio heres data sit, & substituta.

Ad speciem huius initij adnotemus: quod si testamento heres institutus sit is, qui & ab intestato testatori heres esse potest, & ab eo legata relicta sint, eo non expresso, vt & ab intestato deberentur, vt in *l. eam, C. de fideicomm.* vel non adiecta clausula codicillari, & is in fraudem legatariorum prætermisso testamento, prætermissa institutione ab intestato, hereditatem totam, partemve eius possidere cœperit, vt legatarij carerent legatis, quæ sane non debentur iure ipso, non adita hereditate ex testamento, id est, destituto, & deserto testamento, prætor ex hoc edicto, quod hic proponitur, calliditati eius occurrit, data in eum legatariis vtili actione, quasi ex testamento, perinde atque si ex testamento adiisset hereditatem, tametsi repudiauerit causam testamenti, & ab intestato rem tenere cœperit, quod primo responso huius legis ostenditur non seruari tantum in testamento principali, tametsi edictum prætoris de principali tantum testamento loquatur, sed etiam ex sententia edicti, in testamento pupillari, quod pater filio pupillo fecit, vt si filio impuberi substituta sit mater in secundum casum, & ab ea legata relicta sint, & filio impubere mortuo, omissa substitutione pupillari, omisso testamento pupillari, maluerit mater iure intestati ex Senatusconsulto Tertull. filij hereditatem amplecti, nihilominus vtilibus actionibus iis tenetur, quibus in substitutione siue testamento pupillari legata relicta sunt. Et addit Papinianus, Idem esse, si mater filio impuberi coheres adiecta & substituta sit, & mortuo filio impubere, partem hereditatis, quæ filio obuenerat noluerit mater capere iure substitutionis, sed eam possederit ab intestato ex Senatusconsulto Tertull. Nam & edictum prætoris, non tantum eum complectitur, qui hereditatem ex testamento repudiauit totam, sed &, qui partem vel rem vnam hereditariam eamque possidet ab intestato, *l. 1. in princ. § non quærimus, l. etsi non totam, hoc tit.*

Ad §. in sententiam.

In sententiam edicti, propter legatorum causam frater incidisse non videbatur, qui filium suum substitutum impuberi testamento fratris non emancipauit, sed ab intestato per eum bona possidere cœpit.

Secundi responsi species hæc est pulcherrima: frater meus filio impuberi suo heredi instituto, in secundum casum substituit filium meum sub conditione, si eum emanciparem, vt mihi per eum non adquireretur hereditas, quæ conditio erat olim frequentissima in institutione filij alieni, vt docui ad Africanum in *l. 46. de hered. instit.*

B Ab eodem autem filio meo in secundis tab. in substitutione pupillari frater meus legata reliquit. ego filio fratris mortuo intra pubertatem nolui filium meum emancipare, vt ex substitutione pupillari caperet hereditatem: sed ab intestato per eum bona filij fratris possidere cœpi: recte ait: *Bona*, non *hereditatem*, quia nolui filij fratris mei heres esse iure legitimo, qui eram ei proximior, & malui filium meum venire ab intestato me deficiente, petita scilicet bonorum possessione vnde cognati, quia ante Iustinianum in legitimis hereditatibus successioni non erat locus, sed deficiente proximo herede legitimo, sequentes vocabantur, non vt legitimi, quia legitimus legitimo non succedit, sed vocabantur ex parte vnde cognati, §. *placebat, Instit. de leg. agn. success.* Et Paulus *4. Sentent. tit. 8.* Sed per filium meum, postquam is agnouit bonorum possessionem vnde cognati, me iubente, vel ratum habente, vt in *l. 1. C. qui admitti,* ego ea bona possidere cœpi: Quæritur, an me legatarij conuenire possint, quasi commiserim in edictum? Posset tentari, posse legatarios me conuenire, non quidem ex verbis edicti, quæ sunt de herede scripto, & filius meus scriptus est, non ego, sed ex sententia edicti, quia nihil interest, ego an filius meus heres scriptus sit, *l. 1. §. 1. l. si filius meus, hoc tit.* At verius est me non incidisse in sententiam edicti, ac proinde legatariis non teneri, quia quod dicitur, nihil interesse, ego an filius meus heres institutus sit, quod ad vim edicti attinet ita procedit, si per filium meum ex testamento hereditatem meam adquirere potuerim, & omissa causa testamenti filij nomine ab intestato bonorum possessionem acceperim, vel per eum ab intestato bonorum possess. adquisierim, vt in supradictis ll. At in specie proposita, per filium meum ex testamento hereditatem adquirere non potui, quia institutioni filij mei vel substitutioni fuit inserta conditio emancipationis, & ideo non committo in edicti sententiam, si eum nolo emancipare, id est, si eum nolo sibi hereditatem adquirere, sed malo ei cedere proximo loco successionis ab intestato, vt veniat ad bona patruelis siue consobrini sui ex parte vnde cognati, eaque mox mihi per eum adquiratur non per memetipsum. Nec obstat quod dicitur, conditionem quæ in nostra potestate est, quæ vno verbo dicitur Potestatiua, pro pura haberi, *l. 1. §. qui sub conditione, h. t.* & cõditionem emancipationis esse in potestate mea, quoniam hoc ita verum est, si illa conditio mihi imponatur: at cum filio meo imponitur, *si te pater emancipauerit,* profecto casualis est conditio, non potestatiua, neque enim patri inuito filius extorquere emancipationem potest.

Ad §. vltimum.

In eum, qui testamento scriptus heres non fuit, si fraudis consilio cum heredibus scriptis participato, legitimam hereditatem solus possideat, actio legatorum ex sententia prætoris dabitur.

A Ex verbis edicti legatariis tenetur heres, siue legatorum actio datur in heredem scriptum, qui omissa causa testamenti ab intestato possidet hereditatem. Ex sententia autem & mente edicti datur etiam quandoque actio legatorum in non scriptum heredem, veluti in legitimum heredem, qui id egit dolo malo cum herede scripto in fraudem legatariorum, vt repudiaret hereditatem ex testamento, atque ita tota hereditas ab intestato ad eum perueniret. hoc casu etiam in heredem legitimum competunt vtiles legatorum actiones: hoc tamen ordine seruato, vt si heres scriptus pecunia accepta à legitimo herede testamenti causam omiserit, ipse prior conueniatur à legatariis, & excutiatur, & post eum legitimus heres, qui cum eo fraudem participauit: si gratuito omisit testamentum, vt prior conueniatur heres legitimus, *l. 2. l. 4. l. 10. §. vlt. hoc tit. l. 1. C. eod. tit.* Posui hereditatem totam ad heredem legitimum peruenisse, vt Papinia. solum eum, inquit, hereditatem possidere, quia si partem tantum hereditatis possideret heres legitimus, maxime gratis, pro ea duntaxat parte teneretur respondere legatariis, *l. 10. in princ. & l. 24. hoc tit.*

Ad l. 4. de SC. Syllan.

C *Qui postumos heredes instituerat, non natis postumis, vxorem secundo loco scripsit heredem. cum à familia necatus diceretur, vxor diem suum obierat, heredes mulieris actiones ex constitutione sibi dari postulabant: eos ita demum audiendos esse respondi, si mulier quam in vtero nihil gestare constabat, propter Senatusconsultum hereditatem adire noluit, alioqui prægnante ea defuncta, nullam iniuriæ querelam interuenisse.*

In hac l. hæc species proponitur: quidã postumos heredes instituit, eisque si non nascerentur, vxorem substituit, & cum is à familia necatus diceretur, vxor mortua est ante aditam hereditatem, quæritur: an ad heredem suum vxor transmiserit vtiles actiones hereditarias, vt *l. prox. §. pen. sup. hoc tit.* ostenditur, si heres metu SC. Syllan. id est, metu amittendæ hereditatis, quoniam SC. Syllan. cauetur, vt heredi fiscus hereditatem auferat quasi indigno, si, cum testator à familia necatus diceretur, eius hereditatem adierit apertis tabulis testamenti, antequam de seruis quæstio haberetur, si, inquam, heres metu Senatusconf. Syllaniani hereditatem non adierit, & pendente eius rei inquisitione diem suum obierit, in heredem suum stricto iure non transmittere actiones hereditarias, propter regulam iuris quæ dictat, hereditatem non aditam, in heredem non transmitti, *l. vn. §. in nouissimo, C. de cad. toll. l. 6. in fi. & l. 7. sup. de inof. test. l. 1. C. Theod. de legit. hered. l. 2. C. Hermog. de success.* Sed transmittere tamen in heredem constitutione quadam Principum h. l. demonstrat, nisi malis in ea, vt est in nonnullis libris, & videtur esse rectius, legere *ex substitutione,* non *ex constitutione.* Et ratio dandarum vtilium actionum hæc est, ne fiat iniuria heredi instituto vel substituto, quem SC. impediuit & deterruit ab adeunda hereditate, si interim defunctus nihil transmittat ad heredem suum, qui voluit quidem adire, sed impeditus fuit SC. quia noluit cum periculo adire. vnde quæritur in hac lege, an etiam non editis postumis, mortua vxore ante aditam hereditatem, quod metu SC. territa fuisset ab adeunda hereditate, quod maritus à familia necatus diceretur: an audiendi sint heredes vxoris, qui ex substitutione vtiles actiones sibi dari postulant? Et ita distinguit Papin. vt, siquidem cum vxori liqueret, se nihil gestare in vtero, solius Senatusconf. metu non adiret hereditatem, tum vt intelligatur in heredes suos, si interim mortua sit, transmisisse vtiles actiones hereditarias, sed si,

cum existimaret se esse prægnantem, vel propter sarcosin vteri, quæ vulgo *mola* dicitur à Medicis, vel qua alia ratione, vel etiam si cum reuera esset prægnans, hereditatem non adierit, non tam metu Senatusconf. quam quod sciret non posse adiri hereditatem à substituto, quamdiu institutus speratur, vt in *l. cum quidam*, *§. 1. & seq. sup. de adqu. hered. l. antiqui, l. illud. si pars heredit. pet. l. 4. in fi. inf. de bonor. poss. contra tab. l. pen. §. vlt. ff. vnde legitimi*, hoc casu nihil in heredem suum transmittit, quoniam aliud fuit impedimentum adeundæ hereditatis, quam metus Senatusconsulti, spes scilicet nasciturí postumi, quod reuera esset prægnans, aut se esse existimaret, hoc, inquam, casu, nihil in heredem suum transmittit, ergo nec directas, nec vtiles actiones, quod maxime congruit cum *l. prox. §. vlt. sup.* quia nec etiam recte & iuste queri heres potest sibi vel defunctæ iniuriam fieri, si ab ea nihil ad se transmittatur, quod his verbis significat Papinianus dum ait: *Eo casu nullam iniuriæ querelam interuenire*. Plus dico, etiam non esse subueniendum vxori, vel heredi eius, exemplo filij vel heredis eius, si postumus præteritus dum speratur, dum testamentum est in causa rumpendi, ei fuerit impedimento in adeunda hereditate, quia filio subueniri æquum est, propterea quod omnimodo, id est, siue nascatur postumus, siue non, patri heres aut bonorum possessor futurus est, quæ est ratio legis *ventre, sup. de adquir. hered.*

Ad leg. 21. eod.

Propter veneni quæstionem tempus petendæ possessionis non profertur, cum eo quoque suspenso crimine recte petatur. Aliud senatui placuit, cum à familia dominus necatus dicitur, seruorum videlicet causa: quorum libertatem quæstionis habendæ gratia negligi necesse est.

NOtandum est multum interesse, vtrum dominus per vim à familia, aut præsente familia, quod perinde est, necatus esse dicatur, an veneno, aut veneficio siue vi carminis: nam si dominus vi aperta à familia necatus esse dicatur, ex Senatusconsulto Syllan. hereditas eius adiri non potest, antequam de seruis, qui sub eodem tecto fuerunt, qui, vt veteres dicebant, *subfuerunt*, quo tempore dominus occisus est, quæstio habita sumptumque de noxiis supplicium fuerit, qui vel occiderunt, vel auxilium domino non tulerunt. Cuius iuris duplex est ratio, ne heres facinus familiæ occultet propter suum compendium, dum mauult seruos noxios habere vt distrahat, quam pœna eos consumi, *l. 3. §. non tantum, hoc tit.* Notatur & altera ratio initio huius l. ne forte seruis quibusdam testamento manumissis competat libertas, si hereditas statim adeatur ante quæstionem de familia habitam sumptumque supplicium, & necesse sit, si res ita procedat, de liberis hominibus quæstionem haberi, tanquam de seruis neglecta eorum libertate, quam melius esset non negligi, quoniam liberi homines vix quæstioni subiiciuntur: sed tamen necesse esset hoc casu eos subiicere quæstioni, cum à familia necatus dominus esse dicitur, & hoc est quod ait, *seruorum causa*, quorum libertatem quæstionis habendæ gratia negligi necesse est: *quorum libertatem*, quæ scilicet competeret statim, si statim liceret adire hereditatem, & quorum libertatem negligi necesse est, & tamen melius esset eam non negligi. Quod si dominus veneno necatus esse dicatur, clam & per insidias, non per vim, heres non prohibetur statim adire hereditatem aut bonorum possessionem petere suspensa cognitione huius criminis, *l. 1. §. occisorum, l. necessarios §. vlt. l. prox. sup. hoc ti. l. 9. C. de iis quib. vt indign.* quia aduersus venenariorum, vel veneficorum insidias quid auxilij familia vel quisquam ferre potest? Nihil prorsus: & ideo domino extincto eo modo clanculum etiam non habetur quæstio de seruis qui sub eodem tecto fuerunt. Et hæc est sententia huius responsi.

Ad §. neptis.

Neptis quæ possessionem auiæ petierat, mortem eius, interfectam sciens, non defenderat: fidei commissum, quod auia ex alio testamento nepti debuit, in restituendis fisco bonis non esse deducendum placuit. dolus enim heredis punitus est. si autem negligentia mulier emolumentum bonorum amiserit, fideicommissum esse retinendum, integrato iure debiti, rationis est.

B SCiendum est, heredem posse adire hereditatem occiso testatore, etiamsi nondum vltus sit necem testatoris, id est, si modo non à familia, sed ab alio occisus esse dicatur, *l. eius §. vlt. inf. de iure fisci. l. eum qui, §. bonis, inf. de iis quibus vt indign.* neque huic sententiæ refragatur *l. 6. C. eod. tit.* quoniam, vt ibi ostenditur, ea l. pertinet ad Senatusconsultum Sillan. id est, ad casum domini à familia necati, aut qui à familia præsumitur esse necatus, vel familiæ opera, vel conniuentia, de quo casu non est hoc secundum responsum, sed si post aditam hereditatem non vlciscatur heres, & defendat necem defuncti siue sciens, siue ignorans, vindictam & defensionem omiserit, indistincte ei aufert hereditatem
C fiscus, vt indigno. verum quæritur, an, si forte defunctus heredi debuerit fideicommissum ex alio testamento, quæ actio fideicommissi alio testamento relicti à defuncto aditione confusa & extincta fuit, quia debitoris hereditatem creditor adiuit, creditor, inquam, adiuit hereditatem debitoris fideicommissi: quæritur erepta ei per fiscum hereditate, quod inultam reliquerit cædem defuncti, an saltem ei ea actio restituenda sit, quæ aditione quidem confusa est? Sed æquum videtur, vt redintegretur ablata ei, si adiit hereditatem. Et distinguit Papin. hoc loco, vt in *l. heredem, inf. de iis quib. vt indign.* Aut sciens heres dolo malo inultam reliquit cædem defuncti, & tunc confusa actio non restituitur, vt dolus
D eius puniatur. Aut ignorans negligentia quadam non inquisiit nimirum in genus mortis defuncti, mortem eius inultam reliquit, hoc casu, quia dolus abest, æquum est ei, actionem confusam restitui & redintegrari, & ex hereditate fisco restituenda deduci & retineri fideicommissum, quod ei defunctus debet: & huic responso lex, quam obiicit Accurs. nullo modo aduersatur *l. duo, in fi. sup. t. prox.* quia non loquitur de actione confusa per aditionem, quæ tamen, quod notandum, herede omissa causa testamenti hereditatem adeunte ab intestato, confunditur, si quid heredi defunctus debuerit, nec sane restituitur, quia hereditas ei non aufertur.

Ad §. vlt.

E *Præsidis iniquitate reis illatæ cædis absolutis heredibus qui non defunctorie debitum officium impleuerant: quamuis non prouocassent, hereditatem auferri non oportere visum est.*

NOtandum est ex vlt. responso h. l. non auferri hereditatem heredi, vt indigno, si reos cædis defuncti postulauerit, & peregerit sedulo, non defunctorie, non dicis causa, licet absoluti rei fuerint iniquitate iudicis, nec ipse heres à sententia appellauerit. Ab herede exigimus, vt crimen illatæ cædis peragat & perducat ad sententiam, non etiam, vt vincat, quoniam hoc etiam in eo non est, non item vt victus appellet. Neque huic responso quidquam obstat *l. 6. C. de iis quib. vt indign.* quoniam in eius l. specie heres vicit & condemnauit auctorem cædis, & ideo, si condemnatus appellet, sane erit in dolo aut magna negligentia, nisi appellationem perse-

quatur. In hac autem ſpecie heres non vicit, heres non habet ſententiam, quæ pro ſe faciat, nec neceſſe habet appellare aut litigare peruicacius: Et nihil eſt præterea in hac lege.

Ad l.75. de leg.2.

Miles ad ſororem epiſtolam quam poſt mortem ſuam aperiri mandauit, talem ſcripſit: ſcire te volo donare me tibi aureos octingentos. fideicommiſſum deberi ſorori conſtitit, nec aliud probandum in ſuprema cuiuſlibet voluntate: placet enim conſiſtere fideicommiſſum ac ſi defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur.

DVo ſunt breuia reſponſa in hac lege. In primo oſtenditur recte fideicommiſſum relinqui, etiamſi B nemo rogetur præſtare fideicommiſſum, id eſt, ſi cum herede non loquatur teſtator, ſed cum fideicommiſſario, vt in *l. peto, h.t. Peto Cai Sei, contentus ſis centum aureis*, vel vt in ſpecie h. legis: *Scire te volo donare me tibi aureos octingentos.* Dono, eſt verbum directum, *l. Aurelius §. Titius Seio, de liber. leg.* At in hac ſpecie verbum *dono* pro precario accipitur, quia ſcriptum eſt in epiſtola, in qua nihil directo ſcribi poteſt, & quæ ob eam rem dicitur epiſtola fideicommiſſaria, *l. cum quis, §. Seie, titu. ſeq. l. 7. qui teſtam. fac. poſſ.* Et ideo, ex voluntate militis qualis fuit teſtator in hac ſpecie, vis eius verbi, *dono* conuertitur in cauſam fideicommiſſi, vt in *l. precibus, in fi. C. de impub. & ali. ſubſtit. & l. centurio, de vulg. ſubſtit.* Nec igitur idem eſſet in pagano. Nec obſtat quod ſubiicit: C *non eſſe aliud probandum in cuiuſlibet ſuprema voluntate.* Ergo nec in pagani voluntate, quoniam hoc ad ſpeciem eandem fideicommiſſi non reſpicit, quæ proponitur initio huius legis, ſed ad generalem definitionem, quam ſubiicit, *fideicommiſſum conſiſtere & ſi defunctus*, ſic eſſe legendum iampridem oſtendi ex Græcis, non, *ac ſi defunctus*: conſiſtere igitur fideicommiſſum, etſi defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur, id eſt, cui fideicommiſſum relinquit, non cum eo à quo relinquit, puta, herede, vt in exemplo *d. l. Peto Cai Sei, ſis contentus illa re, vel pecunia, &c.* vbi nullum eſt verbum directum, vel etiam, vt in *l. fideicommiſſa, §. ſi quis ita, tit. ſeq. Cai Sei ſufficit tibi illa res*, vbi etiam nullum eſt verbum directum, quod inflecti neceſſe ſit, vel etiam, vt apud Paul. initio 4. Sent. *volo tibi illud præſtari,* D vbi eſt verbum precarium volo, & ibi quoque idem Paulus generaliter definit, eum, qui fideicommiſſum relinquit, cum eo cui relinquit, loqui poſſe.

Ad §. pro parte.

Pro parte heres inſtitutus cui præceptiones erant relictæ, poſt diem legatorum cedentem, ante aditam hereditatem, vita deceſſit. partem hereditatis ad coheredes ſubditos pertinere placuit. præceptionum autem portiones, quæ pro parte coheredum conſtiterunt, ad heredes eius transmitti.

NOn ignoratis quod ſæpiſſime iactaui, heredem inſtitutum ex parte, cui prælegata ſiue præceptiones relictæ ſunt, partem prælegatorum accipere à cohe- E redibus iure legati, partem à ſemetipſo iure hereditario, *l. in quartam, ff. ad leg. Falcid. l. legatum §. 1. ſup. tit. prox.* Nunc finge: tres heredes inſtituti ſunt ex æquis partibus, primus, ſecundus, tertius, adeoque inuicem ſubſtituti ſunt, & primo quidem prælegata data ſunt. primus deinde moritur ante aditam hereditatem, & poſt diem cedentem prælegatorum. id eſt, poſt mortem teſtatoris, vel, vt olim, poſt apertas tabulas ex l. Papia, vel poſt exiſtentem conditionem legatorum. Certum eſt portionem eius hereditariam ad coheredes pertinere iure ſubſtitutionis reciprocæ. de prælegatis quæritur, A an ea pertineant ad heredem primi iure tranſmiſſionis, quod poſt diem eorum cedentem vita deceſſerit, quæ ceſſio diei facit, vt legata tranſmittantur ad heredem? verum vt Papin. reſpondet hoc loco, non tranſmittuntur integra, ſed deducta portione hereditaria, quam in eis legatis habet pro rata ſuæ portionis, quæ pars pertinet ad ſubſtitutos coheredes, reſiduum ad heredem primi, quod pro parte coheredum habuit iure legati. Huic reſponſo valde obſtat *l. qui filiabus, §. vlt. & l. ſeq. ſup. tit. prox. & l. cum reſp. C. de leg.* vbi proponitur heres inſtitutus ex parte, cui prælegata data ſunt, ſe abſtinere hereditate tantum, non prælegatis, & capere prælegata integra vel tranſmittere ad heredem ſuum, non deducta portione hereditaria, quaſi tota capiantur iure legati, cumque ſpreuit hereditatis portionem, quæ ſibi adſcripta eſt: eo caſu prælegata non diuerſo iure capiuntur, ſed vno tantum iure: & vt reſpondeamus, recte ponitur in illis ll. heres omiſiſſe hereditatem, quo caſu totum prælegatum retinet, quoniam ſeparauit hereditatem à prælegato, ſpreuit hereditatem & elegit legatum. At in ſpecie huius reſponſi heres non omiſit, nec repudiauit hereditatem, non ſeparauit eam à prælegato, ſed mortuus eſt ante aditam hereditatem, quum conſultabat, & deliberabat, id eſt, antequam ſibi prælegata retineret, neglecta hereditate, antequam ſepararet hereditatem à prælegato, & ideo totum prælegatum in heredem non tranſmittitur, ſed partes tantum, quæ ex perſona heredum conſtiterunt. Et ita Accurſius ſtatim, ſine ambagibus reſpondit in *l. filio, ſup. tit. prox.* At hic tres adfert ſolutiones. ſecunda eſt ea, quam attuli & veriſſima. Prima hæc eſt: hic agi de ſubſtituto coherede, ibi de non ſubſtituto coherede, & iure ſubſtitutionis etiam prælegati portionem hereditariam ad ſubſtitutos pertinere: iure adcreſcendi, non item, quam differentiam refellit *l. Sextilia, tit. ſeq.* Tertia autem ſolutio conſtituit differentiam inter ſuum & extraneum heredem, quam differentiam etiam euertit *l. quæſitum §. duobus, ſup. tit. prox.* Ergo permaneamus in ſecunda.

Ad leg. 22. de adim. & transf. leg.

Ex parte heres inſtitutus, etiam legatum acceperat: eum teſtator inimicitiis grauiſſimis perſecutus, cum teſtamentum aliud facere inſtituiſſet, neque perficere potuiſſet, præteriit. hereditariæ quidem actiones ei non denegabuntur, ſed legatum ſi petat, exceptione doli mali ſubmouebitur.

MEmoria repetendum eſt quod habuimus in *l. militis, §. veteranus, ſup. de teſtam. milit.* cum quo & hanc legem diximus eſſe coniungendam, Hereditatem teſtamento datam nuda voluntate non adimi, ſed alio teſtamento ſolemni & iure perfecto. Legatum autem adimi, etiam nuda voluntate minuſve ſolemni, non quidem ipſo iure, ſed beneficio exceptionis doli mali oppoſitæ legatario petenti legatum. hæc differentia inter hereditatem & legatum aperte demonſtratur in hac lege. Finge: Heredi inſtituto ex parte prælegata data ſunt, & poſt teſtamentum inter eum heredem & teſtatorem capitales & grauiſſimæ inimicitiæ interceſſerunt, quibus adductus teſtator cum alio facto teſtamento eum heredem inſtituiſſet mutare, id non potuit perficere morte præuentus, atque ita eum heredem præteriit, id eſt, non vt conſtituerat exheredauit. Papinian. ait, ei heredi hereditarias actiones competere ſine metu illius exceptionis, quia hereditas ei adimi non potuit nuda voluntate. Eundem autem heredem petentem legatum repelli exceptione doli mali. Petentem legatum officio iudicis famil. erciſcundæ exceptione doli mali, quaſi adempto legato pro parte coheredum, vt in *l. pen. §. pen. hoc tit.* quæ eſt ſententia huius legis. Ne autem dixeris in hac ſpecie, in hereditate fiſco locum eſſe; quoniam

hoc vetat oratio Diui Pertinacis, de qua in §. *pen. Instit. quib. mod. test. infirm.* Et ita Iulius Capitolinus in Pertinace: *legem*, inquit, *tulit, vt priora testamenta non prius essent irrita, quam alia perfecta essent, neue ob hoc fiscus aliquando succederet.* Ergo ne dicas in hereditate fisco locum esse. Et ad hoc dicendum minime te compellat *l. hereditas. C. de his, quib. vt indig.* in qua testator propalam declarauit heredem à se scriptum indignum & immerentem esse, quod hic non declaratur. Itaque in illa specie vocatur fiscus, non in hac specie. Ad id quoque dicendum minime te compellat *l. cum quidam, de iis, quibus vt indig.* in qua proponitur testatorem secundum testamentum solemniter perfecisse, licet in eo scripserit heredem incapacem nesciens, & ideo primo testamento scriptum heredem non habere supremam voluntatem defuncti, quamobrem fiscum vocari in locum incapacis, nec excludi à primo herede, qui non habet supremam voluntatem defuncti. In hac autem specie heres scriptus primo testamento videtur habere supremam voluntatem defuncti, cum nulla alia superfit voluntas, nullum aliud testamentum, quod sit perfectum, & ideo fisco locus non est in hac specie. Ne dixeris etiam in legato, quod heredi ademptum intelligitur, fisco locum esse, quia etiamsi capitales inimicitiæ interuenerint inter legatarium & testatorem, & ideo legatum ei præsumamus testatorem noluisse præstari, tamen fisco locus non est, nisi vno casu, qui proponitur in *l. si inimicitiæ. ff. de iis, quib. vt indig.* videlicet, si legatarius testatori mouerit controuersiam status, si vindicauerit in seruitutem, quod est caput petere testatoris, quoniã eo modo impugnat testamentum, vt *l. 16. eod. tit.* Et ideo vt indignus repellitur ab eis, quæ ei testamento relicta sunt quoquo titulo id impugnauit: si vt indignus repellitur, ergo in locum eius venit fiscus: fiscus est successor indignorum & ingratorum heredum.

Ad legem 15. de his quibus vt indignis.

Heredi, qui falsos codicillos esse dixit, neque obtinuit, hereditas non aufertur, si tamen aliquid à coherede codicillis acceperit, eius actio denegabitur: itaque si bonorum inter heredes diuisionem defunctus codicillis fecerit, partes quidem hereditarias, in quibus legatum consistere non potuit, tenebit: sed Falcidiæ beneficio non vtetur; si tantum in amissis portionibus erit, quod Falcidiam æquitate compensationis recusaret.

SCiendum est eum, qui testamentum falsum dixit, nec obtinuit, & à testamento repelli, & à codicillis ad testamentum factis, & in locum eius quasi indigni fiscum vocari, quia vtrumque instrumentum & testamenti scilicet & codicillorum improbasse & coarguisse videtur: qui totum improbat atque coarguit, & partem improbat. Codicilli autem pro parte testamenti habentur. Verum aliud dicendum è contrario, si codicillos tantum esse falsos dixerit nec obtinuerit: non enim hic repellitur à testamento, sed à codicillis tantum, quia non videtur etiam testamentum improbasse, *l. 5. §. qui principale, hoc tit.* Qui partem improbat non continuo & totum improbat: & ideo, vt hoc loco Papin. ait, ei à fisco hereditas testamento data non aufertur. verum si codicillis prælegatum ei relictum sit, id ei fiscus vt indigno aufert & eripit, non quidem integrum, sed pro partibus tantum, quas à coheredibus accepit iure legati. Partem autem, quam à semetipso accepit iure hereditario, quod pro ipsius parte legatum consistere non possit, vt in *l. eum, qui §. vlt. h. t.* eam partem retinet quasi ex testamento principali. hoc cognito, Finge: Testator, qui mille habuit in bonis, duos in testamento heredes scripsit æquis partibus, primum & secundum, codicillis autem inter eos coheredes bonorum suorum diuisionem fecit: primo adsignatis rebus Italicis quæ dignæ erant ducentis, secundo prouincialibus quæ erant dignæ octingentis. Ipso iure ij heredes habent semisses omnium bonorũ, id est, singuli quingenta, cuius portionis Falcidia siue quadrans est 125. At vice mutua videtur testator eis prælegasse, primo partem, quam secundus haberet in rebus Italicis, id est, centum: secundo autem partem, quam primus haberet in rebus prouincialibus, id est quadringenta, *l. ex facto proponebatur, de hered. inst.* Atque ita fit officio iudicis familiæ erciscundæ cognoscentis, vt res Italicas primus capiat, partim iure hereditario à semetipso, partim iure legati à coherede secundo, & similiter secundus res prouinciales. At si idem primus codicillos, in quibus illa prælegata sunt sibi & coheredi facta inter eos diuisione bonorum, falsos dixerit, nec obtinuerit, fiscus ei auferet semissem rerum Italicarum, quem ex codicillis à coherede accepit iure legati: alterum semissem, id est, centum primus sibi retinebit iure hereditario veluti ex testamento, quod non accusauit. Ex semisse autem rerum prouincialium, quem primus secundo coheredi suo iure legati præstare debet, si velit retinere, quod Falcidiæ portioni suæ deest: nam & Falcidia retinetur ex prælegatis, *l. 15. §. vlt. ad l. Falcid. l. à coherede, C. eod. tit.* Desunt Falcidiæ portioni suæ 25. quoniam ipso iure Falcidia portionis cuiusque est 125. & is centum duntaxat habet iure hereditario. Si igitur velit retinere illa 25. ex semisse bonorum prouincialium coheredi præstando, repellitur per exceptionem doli mali, opposita compensatione eius, quod vice mutua percipit à coherede, quia semis rerum Italicarum, qui est centum, quem à coherede vice mutua percipit, & amisit sua culpa temere accusando codicillos, abunde supplet, quod iure ex Falcidiæ semisse rerum prouincialium deducere desiderat. Et de hoc genere compensationis satis iam ante diximus in *l. qui non militabat, de hered. inst.* explicata *l. Nesennius. & l. filio, ad l. Falcid. & l. filium quem, C. fam. ercisc.* quibus etiam eadem ratio compensationis approbatur. Et hæc est huius responsi sententia.

Ad legem 76. de condit. & demonst.

Fideicommissum à filiis relictum, si quis ex his sine liberis diem suum obierit, adoptionis commento non excluditur.

SEntentia hæc est: Conditionem, *si sine liberis decesserit*, de liberis naturalibus intelligi, non de adoptiuis, alioquin nullum non fideicommissum sub ea conditione relictum eluderetur & excluderetur commento adoptionis. Commentum vocat, quia adoptio est imago naturæ, *l. filio, de liber. & post.* Calphurnius Flaccus in declamationibus, *Adoptio*, inquit, *sancta res est, quæ beneficium naturæ & iuris imitatur.* Ausonius:

Imitatur adoptio prolem,
Quam legisse iuuet, quam genuisse velit.

Adoptiui igitur commentitij sunt liberi. Improbatur igitur in hac lege adoptio, quæ fit in fraudem fideicommissarij. Et sic in *l. cum ratio, §. ex bonis, ff. de bon. damn.* Portiones quæ liberis seruantur ex bonis damnatorum dicuntur ita demum seruari etiam liberis adoptiuis: si non fraudis causa facta sit adoptio: & in *l. libertus, §. in adoptiua, ad municip.* significatur ideo ius originis in suscipiendis muneribus ciuilibus adoptione non mutari, quia inest adoptioni suspicio fraudis, quasi fiat in fraudem Reipubl. ciuilium munerum euitandorum causa: & omnino recte. M. Tull. pro domo sua: *In adoptione neque calumniam, neque dolum, neque fraudem adhibendam esse.*

Ad leg. 6. de collat. dot.

Pater filium emancipatum heredem instituit, & filiam

exheredauit, quæ inofficiosi lite perlata partem dimidiam hereditatis abstulit, non esse fratrem bona propria conferre cogendum, respondi: nam & libertatem competere placuit.

HVius l. sententia hæc est. Pater filium emancipatum ex asse heredem instituit, filiam quam retinuerat in familia exheredauit. filia egit querela inofficiosi testamenti, & fratri euicit semissem hereditatis paternæ, eumque semissem habet iure intestati: alterum semissem frater habet iure testati. Nam etsi ab initio paganus non possit esse pro parte testatus, pro parte intestatus, tamen ex postfacto, maxime per querelam inofficiosi testamenti, pro parte fieri potest intestatus & pro parte manere testatus, vt in *l. nam etsi parentibus §. vlt. l. mater, l. circa, sup. de inoffic. testam.* Et in hac specie, in qua B hoc quæritur, an debeat filius emancipatus sorori conferre bona propria & vicissim soror, an debeat fratri conferre dotem profectitiam, respondetur neutrum teneri conferre: optima ratione, quia inter fratres, tunc demum collationi locus est quum eodem iure veniunt ad bona patris, puta omnes per bonorum possessionem contra tabul. vel bonorum possess. vnde liberi, vel etiam per querelam inofficiosi testamenti extraneis heredibus scriptis, & in totum rescisso testamento per querelam, *l. vt liberis, C. de collat.* non etiam collationi locum esse, si diuerso iure veniant ad bona patris, vt est in *l. seq. hoc tit. l. filium §. videamus. sup. de bon. poss. cont. tab.* In hac autem specie veniunt iure diuerso, soror iure intestati, frater autem iure testati, qua ratione & libertates testamento relictæ omnimodo valent, quia testamentum C consistit pro parte, & libertas diuidi non potest. Legata autem valent pro parte, *l. iudicatæ, inf. de exec. rei iud. l. cum filio, in pr. de leg. 2. l. cum duobus, de inoff. testam.* Ergo in hac specie cessat collatio inter fratrem & sororem.

Ad l. filiusfam. 8. si tab. testam. nullæ exst.

Filiusfamilias vt proximus cognatus, patre consentiente, possessionem agnouit. quamuis per conditionem testamento datam, quod in patris potestate manserit ab hereditate sit exclusus: tamen vtiliter possessionem agnouisse videbitur, nec in edicti sententiam incidet, quoniam possessionem secundum tabulas non agnouit, cum inde rem habere non poterit, D nec in filij potestate conditio fuerit, nec facile pater emancipare filium cogi poterit.

IN huius legis specie proponitur quidam filium cognati sui heredem instituisse sub hac conditione, *si à patre emancipatus esset*, quoniam erat in potestate patris hanc adiecit conditionem, dum apud filium bona sua permanere cupit, non per eum patri acquiri manentem in familia & potestate eius. Quamobrem testatores sæpe filiorum alienorum institutioni eam conditionem adiiciunt, vel perosi patrem, vt in *l. si quis in suo §. vlt. C. de inoff. testam.* vtque apud Plinum 8. Epist. Curtius quidam perosus generum suum dicitur filiam generi sui, neptem suam heredem instituisse sub conditione, *si esset E manu patris emissa*, ne ad illum bona sua peruenirent: vel etiam quod testatores nonnunquam male suspicentur de moribus patris, vt in *l. filiis, C. de inoffic. testam.* Neque enim temere bona nostra relinquimus eis, quos suspicamur ea per luxum statim consumpturos. Et sic in *d. l. filiis*, proponitur mater filios suos heredes instituisse sub conditione emancipationis, quod secus suspicaretur de moribus mariti: sed erat etiam olim in matre alia maior ratio, qua adducta filium institueret sub conditione emancipationis, quia nec marito donare poterat constante matrimonio, nec maritum heredem instituere ex l. Papia. Ergo nec filium qui esset in potestate mariti, quia marito quæreretur statim, vt *l. 3. §. verbum, de donat. int. vir. & vx.* Eandem conditionem apponunt

A extranei plerumque quum filios alienos heredes instituunt, vt in hac *l. & l. quidam. ff. de hered. instit. l. 3. §. etsi heres, de minorib.* Sed frequentius in iure proponitur mater aut auia sub ea conditione filium heredem instituere vel nepotem, aut filio nepotive donare inter viuos, vt in *l. vlt. sup. de pet. hered. l. Diui, de iure codic. l. duos, l. auia, de cond. & demonst. l. 3. C. de instit. & subst.* Et apud Sueton. in Vitellio: *filium*, inquit, *à matre heredem sub hac conditione institutum, si de patris potestate exiisset, manu emisit.* Institutioni sub ea conditione conceptæ, plerumque adiiciebatur dies centesimus: *si à patre intra dies centum emancipatus erit*, vt in *d. l. 3. §. etsi heres, de minor.* quia intra centum dies cernenda & adeunda hereditas erat. non ergo dies decimus adiici vulgo solebat, vt Glossa ponit hoc loco. In donatione autem inter viuos collata in filium alienum vel in filium proprium à matre sub eadem conditione adiiciebatur quælibet alia dies, veluti si intra biennium emancipatus erit, vt *l. 1. C. de donat. quæ sub modo.* Et ex iis quidem apparet, quam sit falsa doctorum quorundam opinio, qui existimarunt etiam ante Constantinum, id est, ante *l. 1. C. de bon. mat.* filiumfamil. non quæsiisse bona materna, quia si ei non quæsiuit bona materna, superuacua & inepta est conditio emancipationis, quam institutioni filij plurimum inserit mater. Et sane ante Constant. filiumfamil. patri quæsiisse etiam hereditatem maternam pleno iure probat *l. 6. in pr. & l. filiusfam. de adquir. hered. l. 1. §. qui operas, ad Senatusc. Tertul. l. 3. §. verbum, de donat. int. vir. & vx. l. 1. C. de lib. exh.* Et hoc probat etiam Accursius ipse, & Stephanus alter Græcorum Accurs. in *d. l. 1. C. de bon. matern.* His cognitis, fac quod filius sororis meæ, cui ego sum auunculus, filium meum consobrinū suum heredem instituit sub conditione, *si à me in dieb. centum emancipatus esset*, & ab eo multa legata reliquit, ac me nolente filium emācipare, filius coactus est omittere causam testamenti, ad quam peruenire non potest ob defectum conditionis testamento datæ, quæ in eius potestate non est. Omisso testamento mihi tanquam proximiori cognato, nempe auunculo, delata est successio defuncti ab intestato, vt in *l. 6. C. comm. de success.* Quam tamen successionem ego omisi aut repudiaui, vt filius meus, qui sequentem gradum occupat, ad ea bona veniret, vt proximus cognatus, me omittente successionem, qui eum gradu præcedebam, atque ita consentiente & cedente patre filius ab intestato agnouit bonorum possessionem vnde cognati, & iure patriæ potestatis per eum ego cœpi ab intestato possidere bona filij sororis meæ. quæritur in hac l. an filius meus inciderit in edictum, si quis omissa causa testamenti, atque ideo, an teneatur legatariis perinde, atque si ex testamento bonorum possessionem secund. tabulas accepisset? quod videtur dicendum, quia omisit causam testamenti, quam tamen amplecti potuit etiam pendente conditione emancipationis, non quidem adita hereditate, quia adiri non potest ante conditionem impletam, sed petita bonorum possessione secundū tabulas, quam vtique prætor dat etiam pendente conditione, *l. 2. § si sub cond. l. 5. & 6. de bonorum possess. secund. tabul. l. inter omnes, qui satisd. cog.* Ergo videtur ei imputari posse, quod non agnouerit bonorum possessionem secund. tabulas, quam potuit etiam suspensa conditione agnoscere: denique videtur conueniri posse à legatariis, perinde atque si accepisset bonorum possessionem secund. tabulas, iuxta sententiam edicti, *si quis omissa causa testamenti.* Aliud tamen Papinianus respondet in hac l. cui coniungenda est *l. mater §. 1. si quis omissa caus. test.* quæ idem statuit, filio alieno instituto sub conditione emancipationis, quod hæc filiofamil. instituto sub eadem conditione, vt in specie proposita, non intelligatur filiusfamil. incidisse in edictum, *qui omisso testamento*, id est, omissa bonorum possessione secund. tabulas, ab intestato agno-

uit bonorum possessionem vnde cognati. Et ratio huius A responsi hæc est, quia is tantum incidit in edictum, qui causam omittit testamenti, quam cum re, id est, cum effectu amplecti potuit: at filius meus cum à me non emanciparetur in diebus centum, causam testamenti cum effectu amplecti non potuit. Nam etsi bonorum possessio secundum tabulas ei data foret pendente conditione emancipationis, tamen sine re constitueretur, & sine effectu postea conditione defecta, puta, non secuta emancipatione, cuius conditio non fuit in potestate filij mei, nec mihi inuito extorqueri potuit emancipatio, quia patris potestas est res inæstimabilis, vt *l. filiusfam.* §. *2. de leg. 1. l. 4. de emancip. lib.* Et ait, facile patrem emancipare filium non cogi, quia existunt certæ causæ, propter quas nonnunquam extra ordinem non iure ipso pater cogitur filium emancipare, vt in *l. vlt. si quis à par. man. erit.* B *l. nonnunquam, de adop. l. si cui leg. de cond. & demonst. l. pen. sup. de curat. fur.* Recte autem Vlpianus *lib. sing. reg. t. 23. & 28.* bonorum possessionem, aut cum re dari, aut sine re. *Cum re*, si is qui accipit cum effectu bona retineat: *sine re*, cum alius iure ciuili euincere hereditatem potest, vt si suus heres sit, inquit: Intestati bonorum possessio sine re est, quoniam suus heres euincere hereditatem iure legitimo potest, & ita in *l. filiis, C. de inoffic. test.* dicitur filiis à matre institutis sub conditione emancipationis, patrem, qui conditioni non obtemperat, cum re bonorum possess. secund. tabul. non accipere videri. Accipere quidem bonorum possess. secund. tabulas, quia nihil est quod facilius concedat prætor cuilibet petenti, sed accipere sine re. Et ita à nobis Diuus Ambrosius 9. Epist. C *Sunt heredes sine re, sunt & cum re: vt viuente testatore qui scripti sunt, heredes sunt sine re.* & infra, *heredis nudum nomen habent.* & infra, *tanquam clausis tabulis cernunt hereditatem, rem non possident.* Et ex iis quidem facile, quæ sit sententia huius legis intelligi potest, dum ait, filiumfamil. scilicet, à cognato, veluti à consobrino, vt posui speciem, non à matre, vt Glossa ponit, heredem institutum sub conditione emancipationis, omissa causa testamenti, quod non emanciparetur à patre, agnouisse ab intestato bonorum possessionem vnde cognati, non vnde legitimi vt Glossa tentat, quia non de matris, sed de cognati hereditate quæritur: agnouisse igitur bo- D norum possessionem vnde cognati, patre consentiente & filio cedente locum, nimirum malente patre per filium, quam per se ea bona ab intestato possidere, quandoquidem per se venire potuit pater tanquam proximior cognatus, sed maluit filium venire ex successorio edicto, quo Papin. ait, tametsi hereditate ex testamento exclusus sit, defecta conditione emancipationis testamento datæ, id est, non sequuta emancipatione intra dies centum, tamen vtiliter, quod etiam Glossa nescit vt explicari debeat vtiliter, id est, cum re, in Basil. ἐνδυνάμως; ab intestato agnouisse vt proximum cognatum bonorum possessionem vnde cognati, nec incidisse in edictum, *si quis omissa causa testamenti*, propter causam legatorum aut fideicommissorum, quod non agnouerit bonorum possessionem secun. tabulas, quia, inde, in- E quit, rem obtinere non potuit, id est, ex parte secundum tabulas, quoniam ex ea parte bonorum possessio futura erat sine re non impleta conditione emancipationis: denique filium habuisse iustam causam omittendi testamenti, ex quo nomen nudum heredis capessere tantum potest, non rem obtinere. Notandum est hanc legem esse de bonorum possessione vnde cognati, nec tamen alienam à titulo qui talis est, si tabulæ testamenti nullæ exstabunt, vnde liberi, tametsi non sit de bonorum possessione vnde liberi, sed de bonorum possessione vnde cognati, quia huius tit. duæ sunt partes, vna generalis, si tabulæ testamenti nullæ extabunt: altera specialis, vnde liberi: & hæc lex, etsi non pertineat ad specialem, pertinet tamen ad generalem. Postremo notandum est etiam huic responso locum esse, si filiusfam. à cognato heres institutus sub ante dicta conditione, nec coheredem, nec substitutum habuerit: nam si vel hunc vel illum habuerit, vt in specie *l. filiis, C. de inoff. test.* sine re videbitur agnouisse bonorum possess. vnde cognati. in specie l. *filiis*, coheredem vel substitutum habuerit necesse est, cum de querela inoffic. testa. in ea agatur, an pater eam filij nomine intendere possit non emancipato filio. Nam querela inofficiosi testamenti non datur contra testamentum, non datur contra lignum, vt dicitur de bonorum possessione cont. tab. quæ datur contra testamentum, etiamsi nullus heres extiterit ex testamento, sed datur contra heredem, qui adierit hereditatem ex testamento. Cum ergo quæratur, an agi possit querela, in specie illius l. existit igitur aliquis heres primus aut secundus, in quem agi possit eo iudicio. Et breuiter summa sententia l. *filiis*, hæc est: filiisfamil. à matre heredibus institutis sub conditione emancipationis, non emancipantem patrem filiorum nomine, neque bonorum possessionem secundum tabulas cum re accipere posse, neque agere posse querela inofficiosi testamenti aduersus coheredes vel substitutos filiorum, quoniam non iniuriæ causa, sed vt consuleret filiis, mater institutioni filiorum eam conditionem præposuit, & ideo pater, qui forte acceperat bonorum possessionem secundum tabulas, sed sine re, rem tenetur restituere coheredibus vel substitutis. Quod autem nos dicimus, *cum re*, vel, *sine re*, heredem aut bonorum possessorem, id etiam alij auctores imitantur sumentes à nobis, vt Velleius Paterculus 2. dum ait: *Sillani imaginem Tribunitiæ potestatis sine re reliquisse.* & Ouid. 3. Amorum, de illo Deo:

Aut sine re Deus est, nomen frustraque timemus,
Nudum nomen habet.

Ad l. 9. vnde cognati.

Octaui gradus agnato iure legitimi heredis, etsi non extiterit heres possessio defertur, vt proximo autem agnato, quamuis extiterit heres, non defertur.

IN hac l. proponuntur duo responsa: & in priore differentia est inter cognatos & agnatos, quod agnati in infinitum, etiam si decimo vel vlteriore gradu sint ab intestato, ad hereditatem vocantur iure ciuili, id est, ex XII. tabul. vel ad bonorum possession. vnde legitimi, quæ edicto prætoris comparata est, agnatorum gratia. Nam legitimos prætor vocat agnatos, quos lex vocat ad hereditatem, vt ipse similiter, ad bonorum possessionem. Denique ab intestato agnati veniunt gradatim vsque in infinitum, vel iure ciuili, vel iure prætorio per bonorum possessionem vnde legitimi, *l. 2. §. agnati, de suis & legit. §. pen. Inst. de suc. cog.* Et deficientibus agnatis, ad hereditatem etiam in infinitum ex XII. tabul. vocabantur gentiles, id est, ingenui homines ex ingenuis parentibus orti, qui eiusdem essent nominis, licet non eiusdem familiæ: agnati sunt eiusdem nominis & familiæ, & habent easdem imagines: *mesmes armes.* gentiles sunt eiusdem nominis tantum, non eiusdem familiæ, vnde rectissime, quos in Timæo Plato vocat ὁμωνύμως M. Tullius interpretatur gentiles: & ipse etiam eadem ratione dicit se esse gentilem Seruij Tul. regis. Verba 12. tab. quibus vocantur gentiles ex Vlpi. hæc esse didicimus: *si agnatus nec escit, gentilis familiam habeto.* Hodie iura gentilitia in vsu non sunt, sed iura agnatitia tantum, quæ porriguntur in infinitum. Proinde octaui vel decimi vel vlterioris gradus agnato defertur hereditas, vel bonorum possessio vnde legitimi, etiam si iure legitimo heres non extiterit, vt Papinia. ait hoc loco, id est, etiam si hereditatem non adierit iure ciuili, vel se pro herede gesserit. At eidem agnato octaui, noni vel decimi gradus

gradus,non defertur bonorum poſſeſſio vnde cognati, quamuis & cognatus ſit.Quia qui eſt agnatus,& cognatus eſt, non contra: tamen decimi gradus agnato non defertur bonorum poſſeſſio vnde cognati, etiamſi iure legitimo heres extiterit, vt cœpi dicere, id eſt, etiam ſi hereditatem adierit vt agnatus, non poterit accipere bonorum poſſeſſionem, vt cognatus, qui eſt octauo aut decimo gradu, quia vltra ſextum gradum, nec agnatis quidem (licet iure ciuili hereditatem adierint) quaſi cognatis defertur bonorum poſſeſſio, ſed intra ſextum gradum tantum. Non eſt nouum, vt qui iure ciuili heres extitit, velit etiam accipere bonorum poſſeſſionem. Plerique melius ſibi iurique ſuo proſpici putant auxilio prætoris quam iure ciuili, ideoque non ſatis habent adiiſſe hereditatem iure ciuili, ſed petunt etiam bonorum poſſeſſionem ſicut in tit.de Carb. edicto, oſtenditur, eum, qui accepit bonorum poſſeſſionem edictalem, nonnunquam petere bonorum poſſeſſionem decretalem, qualis eſt Carboniana. Et vice verſa. At bonorum poſſeſſio vnde cognati, non datur cognato octaui gradus, licet iure ciuili heres exſtiterit, quia hæc bonorum poſſeſſio ſextum tantum gradum cognatorum complectitur, & ex ſeptimo gradu duas perſonas videlic. ſobrina natum vel natam, non totum ſeptimum gradum, *l. 1. §. hæc autem, h.t. §. vlt. Inſt. de ſucc. cogn.* Et ratio cur tantum prætor cognatorum fecerit ſex gradus vel ſolum ſeptem, propter duas illas perſonas hæc eſt. Quia vltra eum fere gradum cognatorum, rerum natura cognatorum vitam vel gradum conſiſtere non patitur, *l. non facile, in pr. inf. de grad.* & *adfin.* vel vt Paulus ait 4. Sent. *quia vlterius per rerum naturam, nec nomina cognatorum propria inueniri, nec vita ſuccedentib. prorogari poteſt.* Et hac ratione ſex tantum vel ſeptem gradus cognatorum, ſex vel ſeptem gradus cognationis conſtituuntur: & l. Iulia & Papia finitur cognatio vſque ad ſextum gradum quo capite dant maritis ſolidi capacitatem. *Si cognati*, inquiunt, *inter ſe coierunt vſque ad ſextum gradum*; apud Vlp. lib. reg. tit. *de ſolidi capac.* & l. Iulia publicorum iudiciorum, ex qua aduerſus cognatos inuiti teſtimonium non dicunt, nominantur tantum ſobrinus, id eſt, conſobrini filius & ſobrino natus, non quod excuſentur etiam à perhibendo teſtimonio aduerſus cognatum cognati priorum graduum, ſed quod finiatur cognatio in perſona ſobrini, & ſobrino nati, hoc ex ſexto gradu, & ex ſeptimo adſumpto tantum ſobrino vel ſobrina nato natave, *l. 4. ſup. de teſt.* Et in l. Iulia repetundarum, vt ei, qui in magiſtratu eſt, à ſobrinis impune pecuniam accipere liceat, id eſt, ab omnibus cognatis vſque ad ſextum gradum, cui ex ſeptimo licet addere ſobrino natum, *l. 1. ad l. Iul. repet.* Et in l. Cornelia de iniuriis, vt de iniuriis non iudicet, qui ei, qui agit iniuriarum, ſobrinus erit, cui ex ſeptimo gradu addi poteſt ſobrino natus, ſignificatur vlteriorem iudicare poſſe, quaſi ſit extra numerum cognatorum, *l. 5. in prin. de iniur.* Ideoque quod ad iſtud reſponſum attinet breuiter conſtituamus, vt adoptio in adoptionem & adrogationem diuiditur, adoptionis nomine accepto pro genere & ſpecie, ita cognatio diuiditur in agnationem & cognationem: cognati diuiduntur in agnatos & cognatos, qua ratione recte dicitur eos, qui agnati ſunt, & cognatos eſſe, non vtique autē cognatos omnes & agnatos eſſe, vt in *l. Iuriſc. §. 1. de gradib. & affin.* vt patruus meus, mihi agnatus & cognatus eſt; auunculus cognatus eſt tantummodo, non agnatus, quia agnatus me contingit per patrem, cognatus per matrem. ergo patruus, id eſt, frater patris, mihi agnatus & cognatus eſt: at frater matris, id eſt, auunculus mihi cognatus non agnatus eſt. Agnatus eiuſdem nominis eſt, & familiæ; cognatus eiuſdem nominis & familiæ non eſt, quia tamen, qui agnatus eſt, & cognatus eſt, cognati nomine accepto generaliter; ideo agnato ab inteſtato non tantum defertur hereditas & bonorum poſſeſſio vnde legitimi, quæ proprie agnatis competit, ſed etiam bonorum poſſeſſio vnde cognati, cum & ipſi ſint cognati: ſed hoc intereſt, quod bonorum poſſeſſio, vnde legitimi, defertur agnato cuiuſcunque gradus, etiamſi iure ciuili non adierit hereditatem: bonorum poſſeſſio vnde cognati, defertur tantum agnato ſexti gradus, & ex ſeptimo gradu duabus perſonis tantum ſobrino ſobrinave, nato natave. vltra eum gradum eaſque perſonas ne agnato quidem defertur bonorū poſſeſſio vnde cognati, ſed intra eum gradū ſane defertur agnato bonorum poſſeſſio vnde cognati, etiāſi iure ciuili heres extiterit vt agnatus, quaſi ex abundanti etiam accepta bonorum poſſeſſione vnde cognati.

A §. fratris.

Fratris filius pro parte heres inſtitutus, cum patruum ſurdum eſſe contenderet, atque ideo teſtamentum facere non potuiſſe, poſſeſſionem, vt proximus cognatus accepit, ex die mortis, temporis haberi rationem placuit, quia veriſimile non videbatur tam coniunctum ſanguini, defuncti valetudinem ignoraſſe.

Bonorum poſſeſſio vnde cognati, quæ agnatis & cognatis defertur, petenda eſt intra centum dies ex edicto ſucceſſorio, numerando à tempore mortis eius, cuius de bonis agitur, *l. 3. hoc tit. l. 1. §. ſi intra, tit. ſeq.* Hoc cognito fac, quod filius patris teſtamento patrui heres inſtitutus eſt adiecto coherede extraneo, & dicit filius fratris neque ſe, neque coheredem ex teſtamento hereditatem adire poſſe, quod ſurdus fuerit patruus, ſurdo non fuiſſe teſtamenti factionem, vt in *l. 6. §. 1. & l. 7. qui teſt. fac. poſſ.* quod obtinuit ante conſtitutionem Iuſtin. id eſt, ante *legem diſcretis, C. qui teſt. fac. po.* Et ideo filius fratris quaſi nullo teſtamento, cum re videtur agnoſcere bonorum poſſeſſionem vnde legitimi, vel vnde cognati, ſi hoc maluerit, intra centum dies, ſcil. vtiles, quibus ſcierit ſibi ab inteſtato deferri patrui hereditatem. Centum dies cedunt ſcienti, non ignoranti cauſam inteſtati, ſiue cauſam ab inteſtato delatæ hereditatis: cedunt ergo ei centum dies ſtatim à morte patrui, quia præſumitur ſciuiſſe aduerſam valetudinem, id eſt, ſurditatem patrui, *non eſt*, inquit, *veriſimile tam coniunctum ſanguini defuncti valetudinem ignoraſſe*, ſicut dicitur etiā non ignoraſſe conditionem, & ſtatum capitis ſui cognati, *l. ſi filium, C. de lib. cauſa.* Item non eſſe veriſimile, proxima neceſſitudine coniunctum ignoraſſe ætatem cognati, *l. 7. C. de in integr. reſti. min.* Et hæc eſt ſententia huius reſponſi.

Ad l. vlt. de ſucceſſ. edic.

Inferioris gradus cognatus beneficium edicti ſucceſſorij non habuit, cum prior ex propria parte poſſeſſionem accepiſſet, nec ad rem pertinuit quod abſtinendi facultatem ob auxilium ætatis prior cognatus acceperat: igitur fiſco vacantia bona recte deferri placuit.

Proximioris gradus cognatus, puta, frater, cum eſſet minor 25. annis ab inteſtato agnouit bonorum poſſeſſionem vnde proximi cognati: deinde beneficio ætatis in integrum reſtitutus eſt, vt ſe illis bonis fraternis abſtineret. Quæritur, an inferioris gradus cognatus ad ea bona admittatur ex ſucceſſorio edicto? Et reſpondet Papinianus, non admitti, quia prior cognatus illum prorſus excluſit ab initio ſemel agnita bonorum poſſeſſione vnde cognati, & non eſt regreſſus cuiquam ad ius, quo ſemel excluſus eſt, ſiue beneficium ſucceſſorij edicti ita demum da-

tur sequentis gradus cognatis, si priores omiserint, aut repudiauerint bonorum possessionem, si eam non petierint intra constituta tempora, non etiam, si eam semel agnouerint, licet postea abstenti sint, vnde sequitur fisco ea bona deferri tanquam vacantia & ἀκληρονόμητα. Deficiente successorio edicto fiscus vocatur, quod *l.1. in princip. hoc tit.* demonstrat, dum ait: Prætorem præstituere tempus iis, quibus defert bonorum possessionem, & dare inter eos successionem, vt creditores scire possint, vtrum habeant cum quo congrediantur, an vero vacantia bona fisco sint delata, & in §. *qui semel*, vbi quis noluit amplecti sibi delatam bonorum possessionem vt proximiori, iam cepisse eam ex edicto successionem ad alios pertinere, aut fiscum inuitare. In hac specie fiscus inuitatur, quia nemo est ad quem bonorum possessio cum effectu pertineat. ad priorem cognatum cum effectu non pertinet, quia abstinuit se beneficio restitutionis in integrum. Ad inferiorem cognatum etiam non pertinet, quia semel exclusus est. Ad coheredem quoque prioris cognati, vel ad substitutum prioris verbis fideicommissi (substitutio enim recte fit etiam ab intestato) etiam non pertinet aut non competit ius vindicandorum eorum bonorum, quia nullum coheredem eiusdem gradus, aut substitutum habuisse proponitur in hac lege: si habuisset coheredem vel substitutum fideicommissarium, is proculdubio in vacantem portionem fisco potior esset, *l. si minor, sup. de adq. hered. l. si pupill. sup. ad SC. Treb. l. ex contractu, de re iud.* Quod & Græci notant recte hoc loco 45. Basil. Cum ergo nullus superfit, ad quem cum re pertineat bonorum possessio intestati, in hac specie consequens est, fisco bona deferri tanquam vacantia. Et hæc est species & sententia huius responsi. Itaque Glossæ omnes delendæ sunt. Quatuor tantum sunt leges, quæ huic responso opponuntur. opponitur *l. 1. §. si quis adita, ad SC. Tertull. l. 2. §. si bonorum, eod. tit. l. 6. §. si filius, de bon. libert.* & quarto *l. 2. §. interdum, de vulg. substit.* In l. 1. §. *si quis adita, ad SC. Tertull.* hoc proponit, quod si filius intestatæ matris ex Senatusconsulto Orfitiano adierit hereditatem maternam, vel agnouerit bonorum possessionem vnde legitimi, quem constat præferri omnibus agnatis mulieris ex Senatusc. Orfitiano, quamuis non sit agnatus matris, sed cognatus tantum, deinde vero abstinuerit se bonis maternis per restitutionem in integrum, tum ait, agnatos defunctæ vocari ad hereditatem. Cur ergo eodem exemplo, si prior cognatus agnouerit bonorum possessionem, deinde abstinuerit se beneficio restitutionis in integrum, non vocatur ad successionem sequentis gradus cognati, perinde atque si prior nunquam agnouisset bonorum possessionem, cur fiscus vocatur illo excluso? Non est alia quærenda ratio, quam ea, quæ proponitur in *d. §. si quis adita*, quia verba SC. Orfitiani extensiua sunt, vt loquitur *l. filij, §. 1. eod. tit.* Extensiua & παρατατικά, id est, tractum temporis habent, extenduntur scilicet & protrahuntur in annum, intra quem petenda est liberis bonorum possessio, *l. 1. §. largius, hoc tit.* nimirum, quia ita sunt concepta verba Senatusconsulti Orfitiani, *si nemo filiorum, eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur*, vbi obiter exponamus *eorumve quibus simul*, puta, nepotum ex filiis iam ante mortuis, qui concurrunt cum auunculis & materteris, iure, vt vulgo dicitur, repræsentationis: si nemo igitur filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet eam hereditatem ad se pertinere, ius antiquum esto, id est, tum agnati defunctæ mulieris vocantur ad hereditatem legitimam. Verbum illud *volet*, extensiuū est, id est, tractum temporis habet, & admittit pœnitentiam, variationem vsque ad annum, constituentis modo se velle, modo se nolle heredem esse, & satis est, si nunc nolit heres esse, licet aliquando voluerit esse, vt ius antiquum locum habeat, id est, vt veniant agnati defunctæ in hereditatem legitimam. Eadem ratio reddenda est circa Senatusc. Tertyll. ad *d. l. 2. §. si bonorum*, filius defuncti præfertur matri defuncti. Ita est, sed si filius defuncti emancipatus petierit & agnouerit bonorum possessionem vnde liberi, atque ita excluserit matrem defuncti, deinde abstinuerit se bonis paternis per restitutionem in integrum, an mater defuncti vocabitur, quæ semel exclusa fuit? sic videtur, quia & Senatusc. Tertyll. verba fuerunt extensiua, si nemo defuncti filiorum hereditatem ad se pertinere volet, tum mater defuncto heres esto. Verba edicti successorij non sunt extensiua. Proinde alia est ratio successionis inductæ Senatusconf. Tertyll. longe alia ratio successionis inductæ edicto successorio. Verum obstat etiam huic responso *l. 6. §. si filius, de bonis libert.* Filius liberti præfertur patrono in successione legitima liberti intestati, & si filius liberti adierit hereditatem, atque adeo patronum excluserit, deinde abstinuerit se bonis, abstinuerit se per restitutionem in integrum, an patronus vocabitur? lex ait, patronum vocari, & pro excluso non haberi per aditionem filij liberti. Sed vt respondeamus, vtitur his verbis, *poterit quis patronum admittere*, id est, poterit hoc dare reuerentiæ & verecundiæ patronali, quæ est ratio illius responsi. Sicut & hoc datur reuerentiæ & verecundiæ patronali in *l. qui duos §. si cum filio, de reb. dub.* vt patre libertino, & filio eius commorientibus vno eodemque momento, pater intelligatur superuixisse filio, ne patronus excludatur, qui excluderetur, si filius intelligeretur superuixisse patri, secundum ordinem naturæ, quem in aliis causis fortuna sequuta intelligitur, & prius extinxisse patrem quam filium, sed non ita intelligitur fortuna seruasse ordinem, si interueniat patronus, nisi perspicue probetur filium superuixisse patri. Postremo lex *2. §. interdum, de vulg. & pupill. substit.* quidam extraneum heredem instituit, filium exheredauit, & exheredato substituit in secundum casum, id est, pupillariter, deinde heres institutus repudiauit testamentum, destituto testamento principali, quod contingit per repudiationem heredis instituti, sane corruit pupillare testamentum. At finge, heredem institutum, qui repudiauit, cum esset minor xxv. annis, postea fuisse in integrum restitutum adeundi causa, an conualescit substitutio pupillaris? sic videtur. & ratio eius rei propria hæc est, quia quo tempore heres institutus repudiauit primum, deinde adiuit, nondum erat delata pupilli hereditas ex substitutione pupillari, quia pupillus vixit: sed delata fuit pupillo mortuo post aditionem heredis instituti, quo casu substitutus vocatur, & dantur ei vtiles actiones persequendæ substitutionis pupillaris. At si mortuus fuisset pupillus ante aditionem heredis instituti, sane substitutus non vocaretur ad bona pupilli, sed proximus agnatus siue legitimus heres pupilli ab intestato. hæc si examinaueris, intelliges quam dissentiant quæ Azo Accurs. & Placentinus comminiscuntur.

Ad l. 49. de manumiss. testam.

Testamento militis ita manumissam: Samiam in libertate esse iussi. directam libertatem iure militiæ cœpisse placuit.

PRæter alia multa, quæ in hoc lib. Pap. docuit data esse præmia militiæ ostendit in hac lege à milite in testamento directam libertatem ancillæ iure datam videri his verbis: *Samiam in libertate esse iussi*, licet ante non iusserit eam esse liberam. In pagano autem aliud esse, quia datio libertatis directæ non recte confertur in præteritum tempus, sed in præsens tantum, vt liber esto, liberum esse iubeo: in milite

voluntatem nudam spectamus, non verba. Voluntas quælibet militis statuentis de rebus suis, pro iusto & legitimo iudicio est. Itaque in hac specie, iure militiæ directa libertas data videtur.

Ad legem 18. §. vltimo, de iure fisci.

Papinianus tam libro sexto quam vndecimo Responsorum scribit, ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem : aut postea cognouit, antequam consumeret pecuniam. Sed placet omnimodo ei pecuniam auferendam esse, etiamsi ignorauit cum consumeret. & postea quidam principes directam actionem competere ablata pecunia rescripserunt, vt & Marcellus libro 7. Digest. scribit.

RESTAT vnus locus tantum, quo Marcianus vtitur Papiniani auctoritate in *l. 18. §. vlt. de iure fisci.* In hac specie debitor fisci & priuati cuiusdam creditoris, priuato creditori pecuniam debitam soluit, nec superest ei, vnde etiam fisco quod debet soluat: quæritur, an fiscus iure sui priuilegij, quo inter omnes creditores chirographarios primum locum tenet, priuato creditori solutam pecuniam auferre possit, vel extraordinario remedio: vt in *l. 5. Cod. de priuileg. fisci.* Et Papinianus cum hoc libro, tum etiam 11. perseuerans in eadem sententia, non aliter fisco permittebat, auocare pecuniam recte solutam priuato creditori, quam si priuatus creditor sciisset debitorem suum, fisci quoque debitorem esse, vel, si cognouisset, antequam consumeret solutam pecuniam, ignoranti creditori bona fide acceptam pecuniam fiscum auferre non posse, sed hæc distinctio Papiniani inter scientem & ignorantem Marciano & Marcello displicet, qui indistincte dant fisco persecutionem pecuniæ alij creditori solutæ, creditori tamen restituta pristina actione in debitorem principalem & in fideiussores, *l. 20. hoc tit.* restitutis etiam pignoribus, si qua interuenerint, *l. 21. eod. tit.*



IACOBI CVIACII
IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS
in Lib. VII. Responsorum Æmilij Papiniani.

Ad l. 57. de vsufr. & quemadmod. qu. vtat.

Dominus fructuario prædium, quod ei per vsumfructum seruiebat, legauit, atque prædium aliquandiu possessum legatarius restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est, mansisse fructus ius integrum ex post facto apparuit.

IN primo responso proponitur dominus proprietatis in testamento suo prædium legasse, quo verbo significatur proprietas prædij, L. Titio, qui erat dominus vsusfructus, id est, qui in eo prædio vsumfr. habebat, vel vt eleganter scribit Papinianus, cui prædium per vsumfructum seruiebat. Alia est seruitus, per quam homo homini seruit, alia per quam prædium prædio, alia per quam prædium homini seruit, veluti, per vsumfructum, vel per vsum, vel per habitationem. Item testator proponitur extraneo herede instituto filium exheredasse, & filium recte per-

A tulisse querelam inofficiosi testamenti, quomodo idem Papinianus locutus est in *l. 16. §. vlt. de inoffic. testam. pertulisse querelam inoffic. testamenti,* hoc est, hereditate petita ex causa inofficio. testam. heredi scripto euicisse hereditatem, & fecisse patrem intestatum rescisso testamento: atque ita Lucium Titium possessionem prædij, in quo vsumfructum habuit, quod aliquando possederat vt dominus, fuisse coactum restituere filio, vt vero domino prædij, veroque heredi ab intestato. Fructuarius per vsumfructum solum non possidet prædium, in quo vsumfructum habet, sed quasi possidet ius tantum vtendi, fruendi, *l. acquiritur §. vlt. de adquiren. rer. domin. l. 1. §. quod ait, quor. legat. l. ait prætor §. 1. ex quibus caus. mai. l. 3. §. vlt. vnde lib.* Aliud est possessio, aliud B vsusfructus, *l. vlt. D. vti possid. Plurimis rebus,* inquit Apuleius 1. Apol. *possessione caremus, vsu fruimur.* Proinde in causa possessionis siue interdicto etiam vti possidetis proprietarius est potior aduersus fructuarium, & ita filius exheredatus, qui tenuit & pertulit causam inofficiosi testamenti aduersus heredem scriptum, recte fructuario auocat possessionem prædij, quam tenet iure legati, quia per querelam inofficiosi testamenti, non tantum heredis institutio, sed etiam legata infirmantur & fideicommissa, & libertates, & omnis omnino scriptura, vel nuncupatio testamenti, & aliud quodcunque ad causam testamenti pertinet, vt semper obtinuit ante C Iustinianum, *l. Papinianus §. pen. de inoffic. testam.* At ius vsusfructus Lucius Titius retinet integrum, quoniam id non habet ex hoc testamento, sed alio iure, & vt ex post facto testatorem intestatum decessisse apparuit, lite data secundum filium exheredatum; ita simul ex post facto apparuit acquisitione dominij, id est, proprietatis, quæ & confusio dicitur & consolidatio, extinctum vsumfructum non fuisse. Sententia, quod maxime notandum est, dicta in causa inofficiosi testamenti retrotrahitur, quia creditur defunctus quasi furiosus aut demens non habuisse testamenti factionem, *l. qui repudiatis §. vlt. de inoffic. testam. l. nec fideicommissa, de leg. 3.* Et in hanc rem est singulare istud responsum, dum vult re iudicata D secundum eum, qui egit querela inofficiosi testamenti, omnia æstimari ex post facto, perinde, atque si ab initio nullum fuisset testamentum. Neque vero huic responso obstat lex *si tibi, quibus mod. vsusfr. amitt.* quam opponit Accursius, quia in eius legis specie, reuera vsusfructus extinctus fuit consolidatione. In huius responsi specie ex post facto apparuit, non fuisse extinctum consolidatione, id est, cum re, & vtiliter fructuario iure legati quæsitam prædij fructuarij proprietatem non fuisse. Inepte etiam Accursius huic responso opponit leg. *euidenter, D. de except. rei iudic.* qua definitur, contra æquitatem esse, imo & contra naturam condemnationis esse, vt condemnatio proficiat condemnato. Nam & in specie proposita sane non proficit condemnato, condemnatio scilicet fructuarij, vt filio testatoris prædij possessionem restituat, fructuario non proficit, cum ei eripiat E proprietatem & possessionem: non proficit etiam fructuario in hoc, vt nunc saluum habeat vsumfructum, quoniam non ex condemnatione eum habet, sed ex pristino iure. Ad hæc notandum, quod non debuit Glossa omittere, hodie ex Nouel. Iustiniani huic responso locum non esse, quia hodie querela inofficiosi testamenti legata non infirmat, sed heredis institutionem tantum. Et hoc est quod dicitur, ex causa exheredationis vitiari institutionem, cætera firma manere. Vsusfructus igitur in hac specie reuera extinctus est consolidatione, siue proprietatis acquisitione, quæ contingit iure legati, nec filio, qui pertulit querelam inofficiosi testamenti legatarius possessionem prædij restituere tenetur, quam habet ex legati causa, quod querela inofficiosi non infirmat.

Ad §. per fideicommissum.

Per fideicommissum fructu prædiorum ob alimenta libertatis relicto partium emolumentum ex persona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrit.

TEstator libertis suis per fideicommissum reliquit certorum prædiorum vsumfructum, cum hac adiectione, *ob alimenta*: heredes facta distributione pro rata *au sol la liure*, ex fructu eorum prædiorum libertis alimenta præstiterunt; deinde vnus ex eis libertis alimentariis siue fructuariis ob alimenta, vita decessit: quæritur, vtrum partis eius emolumentum adcrescat cæteris collibertis superstitibus, an ad heredes testatoris, vel ad heredem recurrat, qui proprietatis est dominus? Et ait, B partium emolumentum ex persona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrere. Si simpliciter libertis suis prædiorum vsumfructum legasset nullo alio adiecto, vno deficiente pars eius adcresceret aliis, quia omnibus coniunctim vsusfructus relictus esse intelligitur. sed quum relictus est vsusfructus, hoc adiecto, *ob alimenta*, apparet non plus eorum quenquam testatorem habere voluisse, quam quo vitam suam toleraret. Itaque portio deficientis eius cæteris non adcrescit, quibus suppetit ex fructu prædiorum quo tolerent se. Et vt in agris limitatis dicitur cessare ius alluuionis, *l. in agris, de adquir. rer. domin.* quod quidem ius alluuionis comparatur iuri adcrescendi, *l. si Titio fructus, in fine, hoc tit.* ita recte dicam, in vsufructu limitato ad finem alimen- C torum, cessare ius adcrescendi ex hoc responso, quod singulare est. Et recte in causa vsusfructus dixit, partium emolumentum, vt in *l. Mænius §. pen. de leg. 2. l. 3. §. & generaliter, & l. vlt. si cui plusquam per leg. Falcid. l. Imperator, ad Trebellian.* illo loco Cæsaris, *sine magno commeatu & emolumento*, id est, sine frugibus, sine annona militari, lib. 1. de bello Gall. Proprie dicimus fruges emolere, vnde emolumenti nomen. Persius.

Messe tenus propria viue & granaria fas est, Emole

In l. 4. *de alim. leg.* quam adducit Accursius, recte idem Accursius notat, non vsumfructum prædiorum libertis relictum, sed prædia ipsa pleno iure in causam, & nomen alimentorum, cibariorum, vestiariorum; & ideo quod plus est in reditibus, quam in necessariis alimentis ad libertos pertinere, quibus plena proprietas prædiorum relicta est, non ad heredem. proponitur in ea *l.* 4. libertis fideicommissum Græce relictum in hanc sententiam, *Libertis, libertabusve quos inter viuos testamento vel codicillis manumisi, vel manumisero, dari volo prædia, quæ habeo in insula Chio, vt ipsimet percipiant alimenta, cibaria, vestiaria suo iure*, tanquam domini scilicet, sed hoc loco, neque Norimbergæ, neque Florentiæ scriptum est recte. in vno libro σπικεῖς, in altero ἐποιχεῖς. perspicue est legendum ἐπιοικεῖς. v. ad Modestinum. x. Resp.

Ad leg 11. vsusfruct. quemadm. caueat.

Vsu quoque domus relicto, viri boni arbitratu cautionem interponi oportet: nec mutat si pater herede filio simul habitare cum vxore legataria voluit.

E

SEntentia huius responsi hæc est, non eum tantum, cui vsusfr. relictus est vel legatus, sed etiam eum, cui vsus nudus, verbi gratia domus vsus nudus relictus est, debere cauere heredi, se vsurum boni viri arbitratu, quæ est cautio prætoria, de qua est hic titulus, & ostendit hoc loco Papinianus hanc cautionem præstari heredi vel heredibus, etiam si quis vxori legauerit vsum domus, ita vt cum ea heredes filij sui habitarent, vt simul cum ea eadem domo heredes filij sui vterentur. An vsu- A aria vxor heredibus cauere debet boni viri arbitratu vti frui, cum heredes ipsi sint vsuarij? sic videtur Papin. quia heredes non sunt nec possunt esse legatarij, *l. si mulieri, de vsufr. adcresc.* Sed vxor sola legataria est, & ideo cauere debet heredibus filiis suis, tametsi eos secum habeat eadem vtentes domo. Recte autem ponit vsum fuisse legatum matri. Nam si fuisset legatus patri eadem lege, vt simul cum eo heredes filij habitarent, pater non caueret filiis suis cautione ista. Patri hæc cautio remittitur, *l. vlt. §. hoc proculdubio, C. de bon. quæ lib.* at matri non remittitur, vt in *l. 6. §. illud, C. de sec. nupt.* Quod proprie significat hæc lex pen. Nec in id tamen animum aduertunt. Itaque quod *d. l. 6. C. de sec. nupt.* exigit à matre cautionem fructuariam præstandam liberis, hoc esse ex iure veteri, vt patet ex hac *l. pen.* non ex iure quodam nouo.

Ad l. 33. fam. ercisc.

Si paterfamilias singulis heredibus fundos legando, diuisionis arbitrio fungi voluit: non aliter partem suam coheres præstare cogetur, quam si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur.

HVius legis species & definitio hæc est. paterfamilias non pater, vt dicunt, sed paterfam. non filios, sed duos quosdam sibi heredes instituit, puta primum & secundum, & singulis fundos prælegauit. Diuisionis, inquit, arbitrio functus in *l. si cogitatione C. eod. t.* præueniés officium arbitri diuidendæ hereditatis. facito autem in bonis fuisse duos fundos, Liuian. & Cornelian. Liuian. esse liberum, Cornelianum esse pignoris nexu obligatum, Liuianum primo legasse, Cornelianum 2. Primo secundus iure legati debet præstare partem, quam habet in fundo Liuiano, & vicissim secundo primus debet præstare partem, quam habet in fundo Corneliano, quia ipso iure ex æquis partibus heredes sunt, *l. ex facto proponebatur, de hered. instit.* At vt definit Papin. non aliter primo secundus debet præstare partem, quam habet in fundo Liuiano, quam si vice mutua à primo acceperit partem fundi Corneliani solutam nexu pignoris: partem alteram, quam secundus in eo fundo habet iure hereditario ipse reluet, repignerabit, soluet pignore de sua pecunia. denique ita definit, fundum Cornelianum esse luendum de communi, vt in *l. rem sup. h. t.* neque D distinguit Papin. in *l. rem*, vtrum scierit testator fundum Cornelianum esse pignori obligatum, an hoc ignorauerit, quoniam huic distinctioni locus non est in prælegato à coherede coheredi relicto: nam societas hereditaria exigit, vt coheredes communiter fungantur onere luendi pignoris. Sed huic distinctioni tantum locus est in legato ab herede extraneo relicto, *l. si res, de leg. 1. §. sed etsi rem oblig. Instit. de leg.* Nam si testator scierit rem legatam extraneo esse pignori nexam, heres eam luere debet in solidum: si ignorauerit, luitio eius pignoris incumbit legatario. In prælegatis hac distinctione non vtimur: sed indistincte dicimus, rem prælegatam coheredem quemque debere luere pro sua parte, neminem in solidum. Et male Accur. in *d. l. rem*, eam distinctionem produxit etiam ad prælegata, in quibus si locum haberet, proculdubio eam iuris auctores non omisissent.

Ad l. 8. de vsuris.

Equis per fideicom. relictis, post moram fœtus quoque præstabitur vt fructus, sed fœtus secundus vt causa, sicut partus mulieris.

AIt Papin. equis per fideicommissum relictis post moram heredis, heredem præstare non equas tantum, sed & fœtus editos post moram: fœtus præstare

tanquam fructus equorum, vt *l.39. inf.h.t.* Post moram etiam præstare fœtus secundos, id est, fœtus fœtuum tanquam causam, non tanquam fructus, quia fructus fructuum esse non intelliguntur: sicut nec vsura vsuræ, nec accessio accessionis, *l.neque hoc tit.l.heres, de pet.hered.* Et sic notat Papin.hoc loco,quæ sit differentia inter fructum & causam, quod pertinet ad illam partem tit. de fructibus & causis.Post moram heredis præstat heres non tãtum fructum,sed & causam omnẽ,& quid sit fructus,quid causa exemplis declarat:fœtus primus,est fructus: fœtus secundus,est causa : quia fructus fructus non est.Ac simili modo ancillis per fideicommissum relictis, post moram qui editi sunt partus ex ancillis præstantur: & partus partuum tanquam causa,vt in *l.partum,l.Paulus,in prin.& §.vlt.h.t.*tanquam causa,inquam,non tanquam fructus, quia partus hominis non intelliguntur esse in fructu,*l.in pecudum,hoc tit.* Noli autem in *d. l.39.* dum ait,*equis legatis,post moram heredis fœtus deberi,* noli id accipere,de equis alienis tantum,vt Glossa,quasi scil. equis propriis legatis fructus debeantur statim ab herede ditate adita propter leg.42.*h. t.* quæ ait, fundo legato per fideicommissum fructus post adquisitum ex causa fideicommissi dominium perceptos ex fundo ad fideicommissarium pertinere, licet maior pars anni præterierit, antequam cederet dies fideicommissi. Neque enim ideo fructus diuiduntur inter heredem & fideicommissarium,sed omnes præstantur fideicommissario, quicunque ex terra percipiuntur post adquisitum ex causa fideicommissi dominium verum. vbi *post adquisitum ex causa fideicommissi dominium*, non significat post aditam hereditatem,sed post traditionem fundi,vt *l.qui vsumfr. sup. si vsusfr. pet.* Et dominium ibi non est proprie dominium, quia ex causa fideicommissi dominium non transit, sed possessio, ex causa fideicommissi non transit dominium proprietatis, sed dominium possessionis tantum. Et ita *l.*42.explicanda est ex *d. l. qui vsumf.* Et consequenter, quod subiicit *d.l.39. h.t.* de equitio legato, male etiam Glossa accepit de equitio alieno : tantum in ea lege 39. ex lib. 9. differentiarum Modestini proponitur vna differentia inter legatum equorum, & legatum equitij, quod equis legatis fœtus tantum debeantur legatario,editi post moram heredis, legato autem equitio,quod & ἱπποφόρβιον dicitur, & à Iurisconsultis nostris etiam dicitur polia, *haras, troupes de poulains*,in *l.ædiles,§.vlt.de ædil. edic.*equitio, inquam, legato debentur etiam fœtus editi ante moram heredis: & ratio differentiæ hæc est,quia equorum nomen positione est plurale,sed potestate est singulare, quoniam ex certis corporibus singuli legati intelliguntur. Continet igitur legatum equorum certa corpora, quæ nec augmentum,nec deminutionem recipiunt, proinde eorum legatum fœtus incremento non augetur.Equitium autem est nomen positione quidem singulare, sed potestate vniuersale & περιληπτικὸν, quod continet plura & incerta corpora, quæ sunt huic vni nomini subiecta. Hoc nomen & augmentum & deminutionem recipit, & augetur quidem maxime fœtura : fœtura adcrescit equitio non equis:proinde legato aut petitioni equitij insunt fœtus primi & secundi, non iam vt fructus vel causa,sed vt partes rei principalis,quæ legata est,& non officio iudicis in petitionem veniunt, sed iure & potestate actionis, quod actum sit de equitio præstando. Et non hic tantum fructus veniunt, qui accesserunt post mortem testatoris, sed & qui post testamentum factum; & non ij tantum, qui accesserunt post moram, sed & qui accesserunt ante moram. Eandemque differentiam eodem libro Modestinus ostendit esse inter legatum ouium & legatum gregis ouium in *l. seruis leg.in fine, de leg.3.* quæ coniungenda est cum *d.l.39.huius tit.* Ouibus legatis non debentur agni & arietes editi ante moram:grege ouium legato,debetur agni & arietes,etiam-

A si mora heredis nulla intercesserit. Eademque differentia est inter hereditatem & res singulas, quæ sunt in hereditate. Nam hereditatis nomen est etiam vniuersale, nomen vniuersi iuris, quod recipit accessionem & decessionem, & maxime augetur accessione fructuum vel causarum, ac proinde, qui petit hereditatem hoc modo, *si paret hereditatem meam esse*,petit etiam fructus,& causam omnem quocunque tempore hereditati accreuit post factum testamentum,*l.item veniunt §.item non solum,de petit.hered.l.pecuniæ §.1.de verb.sign.* In actione in rem, qua res singulæ petuntur, non insunt fructus, nisi specialiter petantur,*l.2. C.de petit.hered.l.10.h.t.*Qui igitur rem aliquam suam esse petit,non intelligitur etiam petere fructus vel causam eius rei, puta, partem aut fructum se-
B cundum,sed in ea actione officio iudicis veniunt tantũ fructus, qui post litem contestatam, id est, post moram percepti sunt,aut percipi honeste potuerunt. Eademque est ratio actionis ex testamento aut persecutionis fideicommissi singularum rerum. Nam & in ea actione fructus,& causa venit post litem contestatam tantum,id est, post moram; denique post moram enati fructus vel enata causa fideicommissario debetur.Qui vero editi & percepti sunt fructus vel causa ante litem contestatam, cedunt lucro heredis, hoc est certissimum, & comprobatur multis legibus,*l.si quis bonorum,l.cum seruus §.1.l. quæsitum §. vlt.de leg.1.l.26.de leg. 3.l.generaliter §.proinde,de fideic. libert.l.1.& vlt.C.de vsur.& fruct.leg.* Et in hac l.8.apertissime, cum ait, fructus aut causam fideicommissario non præstari, nisi eos, qui sunt editi post
C moram, & *d.l.39.*

Ad l.41.de adm.& peric.tut.

Qui plures tutores habuit: vnum qui soluendo non fuit, rationem actus sui vetuit reddere, quoniam eius liberatio, quod ex tutela percepit, aut dolo contraxit, non est relicta: contutores qui suspectum facere neglexerunt, ex culpa recte conueniuntur, tutor enim legatarius ex culpa, quæ testamento remissa est, non tenetur.

ADolescens, qui plures habuit tutores, iam suæ tutelæ factus, testamentum fecit, & ex eis tutoribus
D vetuit vnum actus sui rationes reddere, vel vetuit, ne heres ab vno ex tutoribus exigeret rationem actus sui: videtur ei legasse liberationem obligationis contractæ ex administratione tutelæ, sed non plenam liberationẽ. Nam his verbis videtur testator ei tantum remisisse rationem culpæ aut negligentiæ, non etiam si quid dolo malo fecisset, aut si quid ex rebus pupilli penes se haberet, aut conuertisset in suos vsus. potuit quidem & hæc remittere, id est, totam tutelæ obligationem & damnum: denique omne incommodum, quodcunque ex tutela sensit, vt in *l.5.§.Iulianus, hoc tit.l.si quis, l.Aurelius §.Titius, de lib. leg.* Potuit in plenum liberare tutorem. Quid ni? Sed hoc fecisse aut voluisse non intelligitur quod vetuerit rationes actus sui ab eo exigi: nam vetuisse tantum intelligitur scrupulosius & examussim exigi ab eo rationes: voluisse, non haberi rationem ne-
E gligentiæ: dolum malum non intelligitur remisisse, aut quod percepit tutor ex rebus pupilli. Ideoque ex eo infert Papinianus, si is tutor, cui hæc non intelliguntur remissa, sed quod culpa tantum admisit aut negligentia, soluendo non sit, atque ita non possit præstare heredibus adolescentis, quod adolescenti dolo malo eius abest, vel quod ex rebus eius perdidit male, cæteri tutores heredi tenentur culpæ nomine, quod eum tutorem suspectum facere supersederint, quæ est definitio huius responsi. An vero eis tutoribus heres debeat mandare siue cedere actiones aduersus illum tutorem, qui soluendo non est. Accursius tractat. Et verius est tamen, nõ

esse mandandas, quia tenentur ex propria culpa, quod suspectum non fecerunt, *l.2.C.de cont.iud. tut.* ex culpa contutoris non tenentur, quæ remissa est, & multo minus ex dolo, sed ex propria culpa, quod cum dolose versaretur in actu suo, eum non remouerint, & suspectum non postulauerint.

Ad l.5.de iure codicillorum.

Ante tabul. testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testam. quod postea factum est, vel codicillis confirmentur: aut voluntas eorum quocunque indicio retineatur, sed non seruabuntur ea, de quibus aliter defunctus nouissime iudicauit.

IN hac l.Papin.ait, codicillos factos ante testam.non aliter valere, quam si postea testamento facto specialiter confirmati sint: quæ Papin. sententia refertur Instit. in §.*non solum,de codic.* Quidam male dicunt eam non extare, cum sit hæc ipsa quæ ponitur in *h.l.5.* Nam dum ait, factos codicillos ante testam. non aliter valere, quam si testamento postea facto, vel aliis codic. confirmentur: hoc specialem confirmationem exigit, quæ scripta sit in testam. vel aliis codic. Potest quis plures codic. facere, plura testam. non item. Verum fateor in hac l.5. addidisse Tribonianum hæc verba: *Aut voluntas eorum quocunque indicio retineatur,* non *iudicio,* sed *indicio* legendũ est; non *iudicio* vt Glossa, sed *indicio* vt Florentini, quibus verbis non exigitur omnino specialis confirmatio, sed satis esse dicitur, si voluntas codicillorum factorum ante tabul. testam. quocunque indicio, quocunque signo retineatur, id est, si quocunque argumento approbetur in ea voluntate defunctum perseuerasse, & ea verba Tribonianus addit ex rescripto Seueri & Antonini relato in *d.§.non solum.* Nam ex eo rescripto codicilli valent, licet specialiter confirmati non sint testamento postea facto, si modo defunctum quocunque indicio appareat à voluntate in prioribus codic. expressa non recessisse, sed animaduertendum illud rescriptum loqui tantum de voluntate precaria, id est, de fideicommissis relictis in codic. qui facti sunt ante testam. fideicommissa debentur ex nuda voluntate, ex nutu, ex coniectura sola. At si quid in eis codicillis sit scriptum directo, si sint in eis relicta legata, aut libertates, aut tutelæ, quæ omnia relinquuntur verbis directis, verbis ciuilibus, & non specialiter confirmati sint testamento vel codicil. postea factis, quæ sunt in eis directis verbis scripta pro non scriptis habentur, vt est in *Epistol. Plinij ad Annium, lib. 2.* Ideo specialis confirmatio exigitur etiam hodie, specialis confirmatio codicil. exigitur post rescriptum vt directæ scripturæ valeant, *l.6.C. eod.l.22.§.qui codicillos, D.ad legem Cornel.de falsi.* Codicilli autem post testam. facti, non indigent confirmatione, sed ius testamenti sequuntur, *l.3.§.vlt.hoc tit.*

Ad l.76.de leg.2.

Cum filius diuisis tribunalibus actionem inoff. testam. matris pertulisset, atque ita variæ sententiæ iudicum extitissent: heredem qui filium vicerat pro partibus, quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum præceptiones sibi datas, non magis quam cæteros legatarios actiones, constitit: sed libertates ex testam. competere placuit, cum pro parte filius de testam. matris litigasset. quod non erit trahendum ad seruitutes, quæ pro parte minui non possunt: plane petetur integra seruitus ab eo, qui filium vicit: patris autem æstimatio præstituitur, aut si paratus erit filius pretio accepto seruitutem præbere, doli summouebitur exceptione legatarius, si non offerat patris æstimationem: exemplo scil. legis Falcidiæ.

HÆc lex continet plura responsa, & primum quidẽ satis est difficile. Quæstio hæc etsi hodie locum non habeat, cum ex Nouella Iustiniani, rescisso testamento per querelam inofficiosi testamenti, legata & libertates conseruantur in solidum, & sola heredum institutio vitiatur, tamen disceptatio & definitio eius quæstionis vsui esse potest in aliis plerisque causis. vertitur autem ea circa hanc speciem: Mater in testamento filium exheredauit, aut quod idem est, mater præteriuit, & plures heredes extraneos scripsit. Vni autem eorum heredum prælegauit certa quædam prædia, & aliis plerisque non heredibus etiam legata reliquit, & libertates quibusdam seruis suis. Post mortem matris filius exheredatus aduersus omnes heredes scriptos egit Romæ apud Centumuiros, & pertulit quæstionem inofficiosi testamenti, non egit simul aduersus omnes heredes scriptos vno tribunali, sed diuisis tribunalibus: nam Centumuirorum iudicia, vt ex Rhetoribus didicimus, erant diuisa in varia tribunalia, & singula tribunalia constitisse viris septem, argumentum præbet, quod querela inofficiosi testamenti modo dicitur centumuirale iudicium, vt in *l. Titia, de inoffic.testam.* modo septemuirale iudicium, vt in inscriptionibus *l.7.& 28.& 31.eod.tit.* Et siquidem corpus vniuersum Centumuirorum spectes, iidem sunt iudices in hac causa, quam mouet filius exheredatus de testamento matris inofficioso aduersus omnes heredes scriptos: si tribunalia spectes, diuersi iudices sunt. Porro vno tribunali filius aduersus vnum ex heredibus, cui prædia erant prælegata, non recte pertulit querelam inofficiosi testamenti, quia heres ille filium vicit: aliis autem tribunalibus aduersus cæteros heredes recte pertulit querelam inofficiosi testamenti euictis partibus eorum: quam varietatem iudiciorum citra iniquitatem vllam sæpe efficit comparatio meritorum filij & heredum, quum heredes diuersi iuris, diuersæ conditionis sunt, *l.nam etsi parentibus, §.vlt. & l.circa, de inoff. testam.* Atque ita in proposita specie filius vno iudicio victus est: vno tribunali siue consilio, cæteris vicit, & rem abstulit, ac proinde pro partibus tantum eorum, quos vicit, matrem intestatam fecit, pro parte autẽ eius, quem non vicit, imo à quo superatus est, mater testata permansit. Non apparebat ab initio matrem fuisse pro parte intestatam, cum de omni re sua iure testata sit, sed ex post facto apparuit, vt in *l. dominus, in prin. de vsufr.* Ex quo sequitur legata ab omnibus heredibus relicta testamento matris deberi pro parte tantum eius, qui filium vicit, pro partibus cæterorum extincta esse legata: denique solida non deberi, minui per querelam inofficiosi testamenti recte perlatam pro parte. Idemque statuendum est de prælegato prædiorum heredi relicto, qui filium vicit, vt pro parte eius consistat legatum, quam scilicet capit iure hereditario, non pro partibus coheredum, quas eis filius exheredatus abstulit, veluti ex causa intestati. Et hoc est quod ait, heredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum præceptiones sibi datas, id est, prælegata prædiorum, non magis quam cæteros legatarios actiones legatorum scilicet habituros pro partibus eorum, quos filius vicit. Rescisso igitur testamento pro parte per querelam inofficiosi testamenti, pro ea parte legata irrita constituuntur, vt in *l.cum duobus, C. de inoff.test.* Vnde quæritur, an etiam libertates, quæ seruis testamento matris datæ sunt, irritæ constituantur, & ait, non fieri irritas libertates, quamdiu vel vnus heres existit, qui ex testamento partem hereditatis possideat, sed omnimodo integras libertates competere: non possunt competere nisi integræ, quia indiuiduæ sunt. Nemo potest esse pro parte liber, pro parte seruus, *l.duob.de lib.caus.l.indicatæ, de except.rei iudic.* Proinde libertates consistunt in solidum, tametsi filius non obtinuerit in solidum contra testamentum matris, sed pro parte tan-

tum ait, quamuis legata constet non deberi nisi pro parte, libertates ex testamento competere placuit. Placuit scil. principibus studiosis libertatum, fauorabiliter, vt integræ competerent potius quam integræ interciderent, quoniam alterutrum erat necesse constituere, vel intercidere in totum, vel competere in totum, quoniam sunt indiuiduæ, & fauorabilius est eas conseruare: & ait, libertates ex testamento competere, directas scil. quæ proprie competere dicuntur ipso iure ex ipso testamento: fideicommissarias autem prętari ab heredibus. Et quamuis, vt patet ex *d.l.cum duob.* in hac specie prętari etiam debeant fideicommissarię libertates, non tamen sine distinctione prętantur, nec sine modo aliquo, qui inferius explicabitur. Inde vero quęritur hoc ipso loco, an etiam si testamento matris legatę sint seruitutes prędiorum, puta via, vel actus vel aquęductus, illud legatum, an in totum consistat? quod videbatur eadem ratione, qua consistunt libertates seruorum & conseruantur integrę, quia vt libertates seruorum, ita seruitutes prędiorum indiuiduę sunt, nec pro parte minui aut prętari possunt, *leg. via sup. de seru.l.1.* §. *vsuf.ad leg. Falcid.* Et quod dixit de libertatibus seruorum competere eas omnimodo rescisso testamento pro parte, hoc ait, non esse trahendum ad seruitutes prædiorum, quamuis & ipsę indiuiduę sint: eadem causa diuersa habet effecta. Causa indiuidua libertatum, vt semper integrę competant, quia eis etiam est adiunctus fauor, qui non est adiunctus tuendis seruitutibus prędiorum. Causa autem indiuidua seruitutum, vt non semper integrę competant, sed penitus intercidant: nam si is, cui seruitus prędii legata est, rescisso testamento pro parte integram seruitutem petat ab eo herede qui filium vicit, atque adeo ex testamento solus heres existit, repelletur exceptione doli mali legatarius, si ęstimatione facta legati, non offerat victori pretium quo redimat partes legati, quas cęteris filius abstulit, recte perlata querela, videlicet, si idem filius paratus sit, quantum in se est seruitutẽ vendere & præbere, id est, cedere, accepto pretio. Quod si nolit filius seruitutem vendere, etiam hoc casu seruitutis legatum intercidit, quia non potest seruitus præstari nisi integra, & integra non potest præstari redempta parte à filio, quam si nolit distrahere, restat inutile esse legatum seruitutis. Duobus igitur casibus intercidit legatum seruitutis, si filius nolit seruitutem cedere, nec pecunia accepta, & si eo volente cedere, pecunia accepta legatarius non offerat pecuniam, id est, partem æstimationis legatæ seruitutis. Et hoc Papinianus ait, fieri exemplo l. Falcidiæ, nec id explicat, sed explicandum nobis est ex *l.7.& l.si is, qui* §.*vlt.ad leg. Falcid.& l.pure* §.*1.de doli except.* Si sit legata seruitus prædii quam constat non recipere diuisionem, & locus existat legi Falcid. quam constat minuere singula legata, quid fiet? nam ea seruitus pro parte minui non potest, proinde non potest heres ex ea retinere Falcid. Sed si legatarius petat ab herede integram seruitutem, repellitur exceptione doli mali, si non offerat heredi quartæ partis, id est, Falcidiæ æstimationem, & eadẽ est ratio, si seruitus prædii sit legata & legata minuatur per querelam inofficiosi testamenti recte perlatã pro parte tantum. eadem etiam ratio seruabitur, si testamento matris, de quo agitur, relictæ sint fideicommissariæ libertates. Diximus ante de directis: dicamus nunc de fideicommissariis. Finge duo sunt heredes instituti à matre & rogati seruum manumittere, filius exheredatus agit querela inofficiosi testamenti aduersus vtrumque heredem, & diuisis tribunalibus vnum vicit, ab altero victus: Seruus petit sibi præstari fideicommissariam libertatem ab eo, qui filium vicit, & repellitur exceptione doli mali, vel officio iudicis, vt ait *l. iudicata, de except. rei iudic.* quoniam vel hoc vel illo remedio idem possumus obtinere, id est, vel per officium

A iudicis, vel per exceptipnem doli mali, vt in *l. bona fide, noxal. act.l. plane, de pet. hered. l. sumptus, de rei vindic.* Si igitur seruus petat fideicommissariam libertatem ab eo qui filium vicit, repelletur, vel illo remedio, si ei non offerat pretium, quo redimat à filio serui partem: neque enim potest præstare fideicommissariam libertatem nisi redempta parte serui à filio, *l. graui, & seq. de iur. cod.* secundũ quam est accipiendum, quod ait *l.pen. eod.tit.* eorum, quæ pro parte præstari non possunt, id est quæ indiuidua sunt, nihil eorũ præstandum: puta, si relicta sit seruitus prædii, vel libertas fideicommissaria, nisi scil. offeratur æstimatio partis. Et secundum hæc etiam apparet quod Papin. dixit ante de libertatibus, eas ex testamento competere, omnimodo de directis tantum libertatibus esse accipiendum, quæ proculdu-
B bio ex testamento competunt, nulla victori præstita æstimatione partis: Nam in fideicommissariis libertatibus idem iuris est, quod in seruitutibus prædiorum, quod etiam est adnotandum ad *l. cum duob. in fine. C. de inoff. test. ex dict. l. iudicatæ.*

Ad §. Lucio.

Lucio Sempr. lego omnem hereditatem Publij Mæuij. Sempronius ea demum onera suscipiet, quæ Mæuianæ hereditatis fuerunt, & in diem mortis eius, qui heres Mæuij extitit, perseuerarunt, sicut vice mutua præstabuntur actiones, quæ præstari potuerunt.

C QVod vulgo iactatur, & est scriptum in *l. si hereditatem, supr. mand.* legatum acquisitum nunquam damno esse posse. Et hoc distare legatum ab hereditate, quia hereditas interdum damnosa est perpetuo: verum causa legati non est semper lucratiua. aliquando legatum detrimentosum & onerosum est, vt quum legatur mensa argentaria, & plus est in ære alieno, quam in quæstu *l. seq.* §. *mensæ, inf.* vel etiam vt in specie proposita *in hoc* §. *Lucio.* si quis alij leget omnem hereditatem, quæ morte Publii Mæuii ad se peruenit, legato continentur etiam onera & incommoda omnia hereditatis Mæuianæ. Hanc enim vim habet nomen hereditatis, *l. hereditatis appellatio, de verb. signif.* vt in hereditate vendita proditum est in *leg. 2.* §. *sicut, de hered. vend.*
D & in hereditate donata inter viuos, *leg. hereditatem, D. de donat.* Et ideo in specie proposita legatarius, cui relicta est hereditas Mæuiana, debet cauere heredi testamento scripto de indemnitate, puta se indemnem eum damno seruaturum & releuaturum oneribus Mæuianæ, *l. qui concubinam* §. *cum ita, tit. seq, & d.* §. *mensæ.* Et hoc modo legatarius suscipiet omnia onera & incommoda hereditatis Mæuianæ, quemadmodum Glossa non animaduertit; sed excogitauit tantum, vt nouatione facta legatarius promittat se soluturum creditoribus, quibus Mæuiana hereditas obstricta est, nec tamen inutilem modum vel incongruũ. At plerumque auctores nostri in similibus causis remedio cautionis de indemnitate præstitæ herędi efficiunt, vt legatarius in se suscipiat omnia onera, & vicissim
E etiam heres debet legatario præstare omnia commoda hereditatis Mæuianæ, & credere actiones, quas habet, inque eum transferre. Non dantur legatario actiones ipso iure, sed creduntur ab herede, cui ipso iure competunt; non dantur etiam in legatarium ipso iure actiones, quibus hereditas Mæuiana obstricta est; & nec vlla onera hereditatis Mæuianæ in eum transeunt, nisi ab eo suscipiantur interposita vel præstita heredi cautione indemnitatis, quam vtique præstare necesse habet, si velit frui commodis hereditariis, nec enim commode potest separare commoda ab incommodis, & hæc recusare, illa complecti. Suscipiet autem legatarius onera hereditatis Mæuianæ interposita illa cautione

onera, inquam, quæ in diem mortis testatoris, qui Mæuio heres extitit, perseuerant, non ea onera, quibus iam testator perfunctus est. Et vice mutua legatario præstabuntur ab herede actiones, quæ in eum diem supersunt, non quas iam ante testator recte pertulit. Et huc valde pertinet species *leg. pen. §. quæ marito, hoc tit.* quæ talis est. Mater filios & extraneos quosdam heredes scripsit, filiis prælegauit hereditatem, quæ sibi à marito obuenerat, patre eorum, ea lege & conditione: *vt omne onus hereditatis agnoscerent, tam in præteritum quam in futurum.* His vsa est verbis: *nec non etiam onus, quo ipsa mater post mortem mariti, eam hereditatem onerasset.* Quæritur, *an si quid mater soluisset, dedisset, in quod tenebatur ea hereditas, si quid,* inquam, *soluisset vel dedisset post mortem mariti, cum ipsa fructus percepisset, id ad onus filiorum pertineret?* quo loco perspicue sunt traiecta verba Scæuolæ, & ita reponenda, vt quæstionem proponat hoc modo: *an si quid mulier soluisset, dedisset post interitū mariti, cum ipsa fructus cepisset, ad onus eorum pertineret?* Hoc ergo B quæritur, quibus mater legauit eam hereditatem, dando, soluendo, satisfaciendo, filij agnoscere debeant quibus ea hereditas prælegata est, quod maxime interest scire, propter heredes extraneos. Nam si filij ea agnoscere debent de suo, coheredibus suis tenentur reddere quæcunque mater soluit: & sane videntur debere ea onera agnoscere, quoniam dixit mater: *vt omne onus agnoscerent, tam in præteritum quam in futurum.* At Scæuola respondet, ea tantum onera filiis imposuisse matrem videri, quibus leuata hereditas nondum esset, non ea, quibus mater iam absoluisset hereditatem, maxime cum & ipsa hereditatis fructus interim percepit, nec eos filiis reseruauerit, vt cum fructibus compensentur onera. Est elegantissima species.

Ad §. dominus.

Dominus herede fructuario scripto fundum sub conditione legauit, voluntatis ratio non patitur, vt heres ex causa fructus emolumentum retineat, diuersum in cæteris prædiorum seruitutibus, quas heres habuit, responsum est, quoniam fructus portionis instar obtinet.

NOtatur in hoc §. vna differentia inter vsumfructum & seruitutem prædialem. Nam si quis excepto milite, dominus fundi heredem instituerit eum, qui in eo fundo vsumfructum habet, & fundum alij legauerit sub conditione, fructuarius autem hereditatem adierit, aditione confunditur & interit vsufructus, & existente conditione legati, legatario debet præstare plenam proprietatem fundi, non deducto, non retento, non redintegrato vsufructu, qui semel extinctus est aditione, consolidatione, confusione, comparatione domini: nam adeundo adquisiuit proprietatem, id est, dominium fundi. Adquisitio dominij perimit vsumfructum, vt nec possit restitui, nec redintegrari fundo legatario præstito. Et hoc ita in vsufructu procedit.

Verum non idem dicemus in seruitute prædij, si dominus fundi, in quo vicinus habet seruitutem itineris exempli gratia, non vsumfructum, vicinum heredem E instituerit, & eum fundum Titio legauerit sub conditione. Nam existente conditione Titium petentem fundum repellet heres exceptione doli mali, si non patiatur fundo iterum imponi iter, si non patiatur seruitutem redintegrari, quæ aditione confusa est, *l. 18. de seruit. l. legatum §. vlt. sup. tit. prox. l. Mæuius §. pen. h. t.* Hæc vna est differentia inter vsumfructum & seruitutem prædij, cuius rationem paucis verbis, sed subtilibus Papin. explicat in hoc §. & dicit, eam pendere ex voluntate testatoris, quia voluntas testatoris hæc est, vt fundus legatario præstetur integer cum suo

A emolumento, quod vtique consistit in fructu, non vt præstetur nuda tantum & inutilis proprietas fundi detracto vsufructu. Voluntas testatoris declaratur ex scripto, *l. illud §. vlt. de iur. codicill.* Scripsit autem testator, se fundum legare, quo nomine significatur plena & sola proprietas, *l. si Titio, l. si alij, de vsufr. leg.* sicut serui nomine significatur plena proprietas, plenum dominium, *l. 26. hoc tit.* & nomine cuiuscunque rei vel corporis. Et hoc est, quod dicitur vsumfructum partis fundi instar obtinere, *l. qui vsumfruct. de verb. obl.* & effectum partis in casibus plerisque, *l. si Titio §. 1. de vsufr.* quæ dum ait: *vsumfructum in quibusdam casibus effectum partis non obtinere.* Significat in aliis plerisque obtinere, non in omnibus. Et merito, quia emolumentum rei continet: parum enim mihi profuerit rei proprietas, nisi re ipsa vtar fruar. At seruitus fundi partis fundi instar non obtinet: fundum non præstat, qui detrahit vsumfructum; contra fundum præstat, qui detrahit, & sibi retinet iter in eo fundo, ex quo apparet vsumfructum obtinere vicem partis, non iter: ideoque heres, cuius in fundo legato vsusfructus fuit ante aditam hereditatem, fundum præstabit non retento, vel redintegrato vsufructu, quem habuit ante: at heres qui habuit in fundo legato iter ante aditam hereditatem fundum non aliter præstabit, quam si legatarius sibi ius itineris in eo fundo constituat quod habuit ante. Fundi appellatio plenum fundum significat, non etiam liberum fundum siue optimum maximum, *l. seruo legato §. si fundus, tit. prox.* Et hæc est ratio quam proposuit Papinianus. Restat tantum, vt videamus, cur idem ponat, C fundum fuisse legatum sub conditione, nunquid idem non est, si legatus sit pure? Sane in vsufructu est idem, quem constat non redintegrari: sed in seruitute prædij non est idem, quia si fundus, in quo heres habuit iter, fuerit pure legatus, per vindicationem, non per damnationem, & legatarius agnouerit legatum, aditione seruitus non intelligitur esse confusa, quia recta via dominium fundi, quod fuit iacentis, nec dum aditæ hereditatis, postea adita hereditate, ad legatarium, qui agnouit legatum, transit, nunquam factum heredis, ergo nunquam facta confusione, *l. 80. hoc tit. l. si à Titio, de furt.* At si fundus per vindicationem fuerit sub conditione legatus, vt in *hoc §.* & post aditionem conditio legati D extiterit, proculdubio aditione confusa seruitus est, puta interim fundo facto heredis, sed retinetur per exceptionem doli mali, quæ retineretur ipso iure, quasi non confusa, si pure fundus fuisset legatus. Itaque male Dd. omnes in hoc §. hæc verba: *sub conditione* existimant abundare, quasi scilicet idem sit fundo pure legato.

Ad §. heres.

Heres meus Titio dato, quod ex testamento Sempronij debetur mihi, cum iure nouationis, quam legatarius idemque testator antea fecerat, legatum ex testamento non debeatur: placuit falsam demonstrationem legatario obesse, nec totum falsum videri, quod veritatis primordio adiuuatur.

LEgaui legatum, quod mihi ex testamento Sempronij debetur. Id vero tum mihi iam non debebatur ex testamento Sempronij, sed ex stipulatu, iure nouationis, quæritur, an heres legatario teneatur cedere actionem ex stipulatu, in quam per nouationem actio ex testamēto transfusa est, licet legata tantum videatur actio ex testamento, cum legatur, quod sibi deberetur ex testamento Sempronij? Et respondet Papin. esse præstandam actionem legatario, actionem, inquam, ex stipulatu, vt consequatur quod testatori deberetur ex testamento Sempronij, quia falsa demonstratio non vitiat legatum, &

& quod etiam ea demonſtratio, quod ſibi deberetur ex testamento Sempronij, non eſt omnino falſa, ſi initium & originem obligationis ſpectemus: non eſt, inquam, in totum falſum, quod adiuuatur primordio veritatis: & mutata etiam non eſt perſona debitoris aut creditoris, ſed cauſa tantum obligationis, perempta omnino obligatione veluti per acceptilationem, ſane nihil legatario deberetur, nullum eſſet legatum *l. ſi ſit. §. vlt. ſup. tit. prox.* At nouatione facta non omnino perimitur obligatio, ſed noua conſtituitur, & ſic nouatione facta non perimitur legatum liberationis, quoniam idem obligatus manet, non quidem ex veteri, ſed ex noua cauſa, quæ originem capit à veteri, *l. vlt. §. vlt. de lib. leg.* Acceptilatione autem perimitur legatum liberationis, quaſi ſuperuacuum & inutile, *l. ſi id quod, eod. tit.*

Priuſquam veniam ad reliqua reſponſa huius l. 78. addam ad ſecundum reſponſum, quod eſt in §. *Lucio Sempronio*, quod antea à me prætermiſſum eſt.

Loquitur in §. *Lucio* de legatario, cui quis legauit hereditatem, quæ ſibi à Mæuio obuenerat, quem, ait, debere ſuſcipere onera, quæ fuerunt Mæuianæ hereditatis, & viciſſim ei deberi præſtari actiones, quæ fuerunt in hereditate Mæuiana, & in diem mortis teſtatoris perſeuerarunt, ipſo iure ei, & in eum non dari actiones ex cauſa hereditatis Mæuianæ, ſed vel cedi, vel ſuſcipi. Addamus idem eſſe in fideicommiſſario. Nam ſi heres rogatus ſit L. Titio reſtituere hereditatem Mæuianam, ei & in eum ipſo iure ex SC. Treb. reſtituta ea hereditate non tranſeunt actiones, ſed cedendæ & ſuſcipiendæ ſunt, quia intelligitur eſſe fideicommiſſum ſpeciale, non vniuerſale (in quo tantum locus eſt SC. Treb.) intelligitur eſſe fideicommiſſum pecuniarium, non fideicommiſſaria hereditas. Et hoc probat *l. cogi §. ſed etſi miles, inf. ad SC. Treb.* & docet hoc ita procedere in pagano, non in milite. Et valde notandum eſt ex eo §. *ſed etſi miles*, in §. *ſed & ſi quis*, qui eum præcedit, cum eadem fere verba proponantur, negatiue eſſe legendũ: *non tranſire actiones*, omnino hoc ſenſu, vt ſi heres rogatus ſit reſtituere hereditatem, quæ teſtatori à Seio obuenerat, hereditatem Seianam, & heres non hanc tantum hereditatem, ſed vniuerſam hereditatem teſtatoris ſuſpectam dicat, & adire recuſet, quia placet, quod Papin. dixiſſe ait: *ex SC. Treb. non tranſire actiones in eum, cui hereditas Seiana relicta eſt & reſtituta.* Ideo vt tranſeant actiones, heredem à prætore eſſe cogendum adire hereditatem defuncti, & reſtituere L. Titio non tantum hereditatem Seianam, ſed vniuerſam defuncti hereditatem. ſic proculdubio ei & in eum tranſibunt actiones.

Item ad reſponſum quod eſt in §. *heres*, hoc addi velim ex eo maxime eſſe notandum, nouatione non omnino extingui memoriam & cauſam priſtinæ obligationis. Nam poſt nouationem non in totum falſum dicit, qui ſibi dicit deberi ex priſtina cauſa, quæ nouata eſt, quoniam hæc oratio adiuuatur primordio veritatis: Ac præterea nouæ obligationi inſunt eædem cauſæ & conditiones quæ veteri, *l. 1. §. plane, vt leg. nom. cau. l. 4. ſupr. de vſur.* Nunc venio ad quintum reſponſum, quod eſt in §. *ſeruus*. & hoc tantum explicabo & alterum breuiſſimum.

Ad §. ſeruus.

Seruus pure manumiſſus, cui libertas propter impedimentum iuris poſt aditam hereditatem non competit, quod ſtatus eius extrinſecus ſuſpenditur, forte propter adulterij quæſtionem: ex eodem teſtamento neque legata, neque fideicommiſſa pure data ſperare poteſt, quia dies inutiliter cedit.

Reſponſ. Papin.

A Sciendum eſt, diem libertatum teſtamento relictarum non cedere à morte teſtatoris, vt cæterorum legatorum, ſed ab adita hereditate demum, cuius rei cauſa pendere dicitur ex natura libertatum in *l. vn. §. libert. C. de cad. toll.* quia ſcil. libertates perſonis cohærent, & in heredem non transferuntur. vt plane fruſtra ſit, ſi quis dicat diem earum cedere ante aditam hereditatem. Propterea enim inſtitutum eſt vt cæterorum legatorum dies cederet mortis tempore, vt, ſi herede moram aditioni faciente interim moriantur legatarij, non idcirco minus legata transferant in heredes ſuos. Cum autem libertatum natura hęc ſit, vt non poſſit transferri in heredes, inutile eſt dicere, diem earum cedere ante diem aditæ hereditatis, ex quo omnia, quæ in teſtamento pure relicta & adſcripta ſunt, valent & competunt, aut præſtari debent *l. 32. in pr. ſup. h. t.* His autem conſequens eſt, vt & dies legatorum relictorum ſeruis, quibus libertates adſcriptæ ſunt, non cedat ante aditam hereditatem: alioquin inutilia eſſent legata, ſi dies earum cederet antequam libertates competerent, quia ſeruis propriis inutiliter legatur ſine libertate: denique dies eorum legatorum cederet inutiliter *l. 8. inf. quando dies leg. ced. l. 4. C. de legat.* Quod etiam euenire oſtendi, vt ſcil. inutiliter cedat dies legatorum relictorum teſtamento manumiſſis, ſi ſeruo relicta ſit libertas ſub conditione, & legatum pure, & tempore aditæ hereditatis, quo legatum cedit, pendeat conditio libertatis, quia ſi poſtea exiſtente conditione libertatis competat ſeruo libertas, tamen legatum ei non debetur, quoniam dies eius ſemel ceſſit inutiliter, cum adhuc eſſet libertas in pendente, in ſuſpenſo, nimirum quia ſuſpenſa fuit conditione teſtamento adſcripta, quæ nondum extiterat. Proinde ſuſpenſa fuit ex ipſo teſtamento, & ex ipſa ſcriptura teſtamenti. Verum idem eſſe Papin. oſtendit in hoc §. ſi libertas ſuſpendatur extrinſecus, id eſt, extra cauſam teſtamenti, vt ſi pure, & recte quidem teſtamento data ſit libertas, ſed exterior aliqua cauſa vel ratio iuris moretur libertatem, veluti quæſtio adulterij ex l. Iulia, quæ lex iubet intra 60. dies diuortij propter quæſtionem adulterij, ſuſpendi libertates ſeruorum vxoris, & mariti, & parentum eorum, quos ſcil. eis in vſum & miniſterium dederit. Verbo ſuſpendi vtitur, dum hoc enarrat *l. vlt. C. ad l. Iul. de adult.* ſicut hic §. eodem verbo vtitur. Fingit, vt res ſit clarior, poſt diuortium vxorem à viro poſtulari ream adulterij, & intra 60. diem diuortij patrem vxoris mori, teſtamento pure data libertate ſeruis filiæ in miniſterium datis, & eiſdem quoque ſeruis relictis legatis quibuſdam, & mox adiri patris hereditatem, tamen ſuſpenduntur libertates teſtamento datæ, quoad finita ſit quæſtio adulterij, vt de ſeruis poſſit haberi quæſtio: & ne, ſi admittamus ſtatim competere libertates ab adita hereditate, ſubducantur quæſtioni. Suſpenduntur ergo libertates datæ teſtamento etiam poſt aditam hereditatem, non ex teſtamento ipſo, cum pure & iure datæ ſint, ſed extrinſecus propter cognitionem adulterij, & ideo dies legatorum eis relictorum inutiliter cedit tempore aditæ hereditatis, quia eo tempore libertates eorum in ſuſpenſo erant ex l. Iulia. Et licet poſtea ad eam perueniant finitis 60. diebus, vel finita quæſtione adulterij, vt in *l. proſpexit, ff. qui & à quibus man.* tamen legata, quæ ſemel ceſſerunt inutiliter, non conualeſcunt, vt in *l. vlt. inf. ſup. commu. præd.* Et errauit Rogerius, qui exiſtimauit poſt purgatam innocentiam & finitam quæſtionem adulterij, etiã legatum deberi, quem vellicat Accurſius: dum ad hæc verba Papin. *ex teſtamento, neque legata, neque fideicommiſſa pure data ſperare poteſt*, ita ſcribit. Audi Rogeri, ſi ipſe dicit, ante purgatam innocentiam. Ipſe autem eſt Papinianus: & merito eum refellit, quia ſane legata euaneſcunt, quæ ceſſerunt inutiliter, & quæ non fuerunt

in suspenso, vt libertates. Et præterea legatorum dies A cedit, quamuis eorum præstatio extrinsecus suspendatur, *l. cum illud, in fine, ff. quando dies legat. cedit.* Sed in hac specie cessisset inutiliter. At libertatum, quæ extrinsecus suspenduntur, dies non cedit, antequam impleta sit conditio iuris, quæ libertati impedimento est, quia & frustra diceremus libertates antecedere, cum in heredes non transmittantur. Et serua, nos opponere conditiones iuris extrinsecus suspendentes libertatem, conditionibus ex ipso testamento venientibus, non ab alio, quam ab ipso Papin. instructi, in *l. conditiones, de cond. & dem. & d. l. cum illud, in fine,* & à Paulo in *l. 6. eod. tit.* Et hæc quidem est vera & perspicua interpretatio huius responsi. alia interpretatio quam Glossa adfert ex *l. his verbis §. interdum, sup. de hered. instit.* de seruo accusato B adulterij in dominam, quæ ait, ante finitam cognitionem à domina eiusdem criminis postulata, quoniam id crimen semper est duorum, inutiliter seruum cum libertate heredem institutum. Ea vero species non congruit cum hoc responso, in quo ponitur suspendi libertates. in casu §. *interdum* non suspenditur libertas, sed prorsus irrita constituitur. Et interpretationi quam adhibuimus, & probauimus, nihil obstat *l. pen. C. de iis quib. vt indig.* quæ finita quæstione cædis à familia domino illatæ, ait, & libertates & legata competere, quæ interim in suspenso fuerunt, quia in ea specie interim suspensa fuit aditio hereditatis ex Senatuscons. Syllaniano. In hac specie adita fuit hereditas, & legatorum eo tempore dies cessit inutiliter, quia libertas nondum competebat, sine qua seruus proprius testatoris legati incapax est. C Non obstat etiam *l. 1. C. qui non poss. ad liber. peru.* quæ ait, seruum damnatum in vincula temporalia, dum ea pœna fungitur, non posse capere sibi relictam libertatem vel legata, finito tempore pœnæ capere posse, quia vt recte notat Accursius, non id dicit, eum capere posse quod ei relictum est quum erat in vinculis, quoniam dies eius cessit inutiliter, sed quod relinquitur expleto tempore pœnæ, quoniam dies eius cedit vtiliter.

Ad §. pater.

Pater cum filia pro semisse herede instituta, sic testamento locutus fuerat: peto cum morieris, licet alios quoque filios D *susceperis, Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei: necessitas quidem restituendi nepotibus viriles partes, præcedere videbatur, sed moderandæ portionis, quam maiorem in vnius nepotis personam conferri voluit, arbitrium filiæ datum.*

SPecies hęc est. Sempronius filiam heredem instituit, & adiecit, *rogo te filia, vt, quum morieris, hereditatem meam restituas filiis, quos susceperis, & si plures suscipias, quam habeas modo, vt Sempronio potissimum plus ex bonis meis tribuas, quam aliis, in honorem nominis mei, id est, quod is Sempronius mihi sit cognominis, cui etiam Sempronio est nomen,* vt in antiquo testamento L. Cuspidij. *Consobrinis meis, & Lucio præcipue, quod is nomen meum ferat, dari volo; &c.* vt in testamento Lyconis apud Diog. Laert. *Quæ sunt in vrbe & in Ægina, do lego Lyconi, quod is nomen meum ferat.* E

In hac specie Papin. ait, necessitatem filiæ initio impositam videri filiis suis nepotibus testatoris restituendi viriles partes hereditatis, sed posterioribus verbis, cum non sit finita Sempronio certa portio, arbitrium filiæ datum videri moderandæ portionis Sempronij ex bono & æquo, ita vt aliquanto plus habeat quam virilem. arbitrium opponit necessitati, necessitatem imponit heredi, qui nepotibus certam portionem ascribit. Nam preces testatorum permixtæ sunt necessitati: arbitrium autem reliquit heredi, qui nepotibus non adscribit certam portionem. Ideoque arbitrio boni viri mater portionem eam Sempronij moderabitur, vt ex sententia defuncti plus aliquanto Sempronius habeat, quam virilem portionem, cæteri nepotes habeant virilem partem.

Ad §. non iure.

Non iure tutori dato mater legauit, si consentiat, vt decreto prætoris confirmetur, & prætor non idoneum existimet: actio legati non denegabitur.

CErtum est, tutorem pupillo datum, per quem stat, quo minus tutelam suscipiat, amittere legatum sibi relictum vt tutori, fidei remunerandæ gratia, quod iam docuimus *lib. 4. & 5. ad l. qui tutelam, in princ. de test. tut. & l. tutor petitus §. 1. de excus. tut.* Vice versa igitur, si per tutorem non stat, quo minus suscipiat tutelam, sed alia quæpiam causa ei impedimento sit, non amittet legatum, vt in specie proposita hoc loco. Mater filio impuberi in testamento tutorem dedit: non iure eum dedit: quia tutoris datio est legis, vel eius cui eam lex dedit, *l. muto §. tutoris, de tutel.* porro lex 12. tab. non permisit eam matri, sed parenti tantum dedit, qui impuberes haberet in potestate, *l. 1. de test. tut.* Et hoc est quod dicitur tutelam mandari iure patriæ potestatis *l. impuberi, de administrat. tut.* Mater autem liberos non habet in potestate, & vt eleganter ait Leo Philosophus in Nouel. 25. *solius virilis personæ in potestate est filius.* Quasi dicat scilicet soli matri respondere, veluti ex diuerso nomen filiifam. Verum tutor datus à matre in testamento decreto prætoris ex inquisitione confirmari potest, si modo datus sit heredi instituto, *l. 2. de conf. tut. l. 4. de test. tut.* Confirmatus autem erit datiuus tutor, non testamentarius, nec enim testamento iure datus est. Nunc facito tutorem à matre datum legato ei adscripto consentire, vel desiderare, vt à prætore confirmetur, sed prætorem habita inquisitione morum eius & facultatum, & causa cognita, neque eum iudicare idoneum, neque confirmare velle, an amittet legatum, quod ei mater adscripsit? minime, quia onus tutelæ non refugit, quantum in ipso est, non remouetur etiam vt suspectus, alioquin repelletur etiam à legato, *l. quid autem, de excus. tut.* Sed non admittitur, non confirmatur, & per prætorem, non per eum stat, quo minus tutelam gerat: aliud est non admitti, aliud extrudi, excludi vel remoueri, & hæc est sententia huius §.

Ad §. qui Mutianam.

Qui Mutianam cautionem, alicuius non faciendi causa interposuit: si postea fecerit, fructus quoque legatorum, quos principio premitti necesse est, restituere debet.

MVtiana cautio cōposita est à Quinto Mutio Scæuola, vt eius cautionis remedio caperent statim legatarij vel fideicommissarij, quæ sibi relicta essent sub conditione non faciendi aliquid, quæ nisi morte legatariorū expleri non posset, vt remedio cautionis adhibitæ repræsentarentur legata conditionalia ante conditionē impletam, quod vtilitas exigebat introduci, propterea quod legata relicta sub conditione non faciēdi aliquid, veluti sub conditione non eundi Romā, non intelligūtur impleta, antequā mortuus sit legatarius. itaque legatario nihil prodesset, si expectaretur mors eius, si differretur præstatio legati in diem mortis eius. Remedio igitur cautionis Mutianæ repræsentatur statim, quam quidem legatarij præstant iis, quorū interest, vt ait *l. seruo §. si testator, ad Senatusc. Trebell.* Puta heredi vel legatario, à quo fideicommissum alij relictum est, vel quia etiā in

hereditatibus, hæc cautio necessario recepta est coheredi, aut substituto, ad quos iure ciuili deficiente conditione non faciendi, puta secus faciente legatario, legatum aut fideicommissum, aut hereditas pertinere potest, *l.7.& 18. de cond.& dem.* Et non est ea cautio, nuda repromissio, nuda stipulatio, quoniam huic stipulationi siue cautioni, adhibendi etiam sunt fideiussores, vel repromissioni addendum est iusiurandum, & hypotheca rerum suarum, vt in *Nouel.* 22. Cauent autem legatarij cautionem Mutianam hoc fere modo: *Non facturos se, quæ ne facerent conditioni legato præposita cautum esset, aut si quid aduersus eam fecissent, rem pecuniamve legatam cum fructibus vel vsuris vel quanti ea res erit, qua de agitur, tantam pecuniam ei, ad quem ea res pertinet restitutum iri.* Dixi rem vel quanti ea res est ex *l. cum sub hac, de condit.& demonstr.* & adieci, *cum fructibus* ex *l. heres §. qui post, eod. tit.* & ex hoc §. *vel cum vsuris*, si pecunia legata sit, ex *Nouel.* 22. Et quamuis non caueat nominatim legatarius de fructibus restituendis, tamen commissa stipulatione, id est, si postea fecerit, quod non facere iussus est, etiam fructus restituere debet medio tempore perceptos, de quibus restituendis etiam initio accipiendi legati, vt caueret compelli potuit, vt Papinian. ait hoc loco, quod etiam scripsit quasi certissimum in libris definitionum, *dict. l. heres §. qui post.* Et ratio hæc est: quia quod cautioni vulgo adiici solet, cuique adiiciendo, is qui cautionem præbet, cogi potest, si sit omissum, non habetur pro omisso, sed pro adiecto, vt *l. vlt. C. quæ res pign. oblig. poss. l. vlt. C. de fideiuss.* Sequitur responsum penultimum.

Ad §. variis.

Variis actionibus legatorum, simul legatarius vti non potest, quia legatum datum, in partes diuidi non potest, non enim ea mente datum est legatariis pluribus actionibus vti: sed vt laxior eis agendi facultas sit, ex vna interim quæ fuerat electa legatum petere.

HOc penultimum responsum est accipiendum de legato per vindicationem secundum ius vetus, quod ita relinquitur, *illi do, lego, vel capito, rem illam sumito, tibi habeto*, quoniam cum dicat, ex variis actionibus legata peti posse, huius tantum legati nomine, quod per vindicationem relinqueretur, comparatæ erant variæ actiones, ac similiter, quæ leges dicunt legatorum plures actiones secundum ius vetus, sunt omnes accipiendæ de legatis per vindicationem, *l. huiusmodi, §. vlt.* & quæ illam sequitur, *l. si seruus leg. §. cum homo, sup. tit. prox. l. 3. C. de leg. l. 4. C. de vsur.& fructib. leg.* Et iis quidem, quibus ita legatum est, datur actio in rem, & actio in personam, id est, ex testamento: dari etiam eis actionem ad exhibendum, vel actionem in factum constat ex *l. quod legatum, sup. de iud. l. si heres rem legatam, sup. hoc tit.* Dari etiam in suo casu interdictum quod legatorum, sed hoc interdictum datur etiam ex alio genere legati, veluti per damnationem, *l. 1. §. si quis ex morte, in fine, quod legat. nom.* Illæ actiones superiores erant tantum ex legato per vindicationem, nam ex legato per damnationem, *veluti heres damnas esto illi dare rem illam, vel heres illi dato rem illam*, erat tantum actio ex testamento, quæ est in personam. at hodie Constit. Iustin. id est, *l. 1. C. comm. de leg.* ex omni genere legatorum aut ex eorum causa tres sunt, tres competunt actiones. Actio in rem, id est, vindicatio rei, quæ adsertio dominij est, lis dominij, vt ait lex *euictis, de vsur.* Et actio in personam, qua legatarius adserit sibi rem legatam deberi ex testamento. Et præterea actio hypothecaria, qua legatarius persequitur res alias hereditarias quasi tacito iure pignori sibi obligatas legati

A nomine, si legatum ipsum consequi non possit. Quæ actio hypothecaria primum prodita est à Iustin. Iure enim veteri nulla fuit tacita hypotheca legatorum nomine & nulla hypotheca, nisi quam forte testator ipse constituisset legatariis in ipso testamento, vt in *l. non est mirum, de pignor. act. l. fundus, de ann. leg. l. Lucius, de adim. leg.* Proinde in potestate legatarij est rem legatam vel quasi suam petere rei vindicatione, vel quasi alienam, sed sibi debitam condictione: neque hic earum actionum concursus est nouus, aut incongruus, cum & ex aliis plerisque causis hæ duæ actiones concurrant, licet videantur aduersæ, veluti ob res furtiuas, vel ob res amotas diuortij causa, *l. 3. §. 1. de condict. furt. l. ob res, ff. rer. amot.* Sed in his causis est pro-

B pria quædam ratio, vt hæ duæ actiones dentur odio furum, quo pluribus actionibus teneantur, §. *sic itaque, Instit. de act.* Quæ ratio est valde obscura, aut sane enucleatu difficilis admodum, sed hic non est locus enucleandi eam. verum quia ille concursus harum actionum in illis causis admittitur odio furum, vel quasi furum, puta, coniugum, qui res amouerint diuortij causa, recenseamus etiam alias causas, in quibus nullum subest odium reorum, & tamen iis duabus actionibus tenetur. Mulier res dotales persequitur actione in rē vt suas, vel actione hypothecaria vt alienas, *l. in rebus, C. de iure dot.* Donator res donatas inter viuos, si omissa sit insinuatio, persequitur vindicatione, vel cōdictione *l. pen. C. de donation. l. 38. C. de Episc.& cleric.* Itemque lege donationis nō impleta,

C donator res donatas inter viuos persequitur hac vel illa actione *l. 1. C. de donat. quæ sub mod.* Itemque res donatas mortis causa ex pœnitentia reuocat, vel vindicatione, vel condictione, *l. qui mortis, ff. de mort. caus. donat.* Et est in potestate eius vtra actione vti malit, qua actione agere maluerit. Causam siue rem nostram sæpe malumus alienam videri, & petere vt alienam, non vt nostram. Quidni? vt in *l. penult. quand. appell. sit.* At vt ostéditur, potissimum in hoc §. simul his actionibus, quæ legatariis competunt, legatarij non possunt vti in solidum vel in partem: *in solidum*, quia defunctus semel duntaxat legatum ad eos peruenire voluit, *non in partem*, quoniam legatum, quod vnum est, scindi non potest, quæ sententia & rei legatæ, & actionis diuisionem inhibet,

D *l. 4. sup. hoc tit.* Variæ dantur actiones iis, quibus legatum est per vindicationem: & hodie omnibus legatariis & fideicommissariis, non vt omnibus simul experiantur, vt ait, sed vt latior sit eis agendi facultas. Cæterum vna eligenda est, vna contenti esse debent, nec vna electa, est regressus ad alteram, vt in *l. quod in heredem §. 1. de tribut. act.* Neque huic responso quicquam obstat lex *1. §. quia autem, ff. quod legat.* vbi legatarius proponit simul diuersas actiones; petitionem hereditatis, & interdictum quod legatorum, & admittitur, quia scilicet protestatio eius rem omnem emendat, neque enim est audiendus, qui varias instituit actiones, quod interdum facere cogitur, dum in dubio est animus, incertus iuris aduersarij sui, non aliter, inquam, est audiendus, quam

E si protestetur, se ex vna tantum earum velle consequi simplum quod eum contingit. Protestatio igitur rem omnem emendat.

Ad §. vltimum.

Repetendorum legatorum facultas ex eo testamento solutorum danda est, quod irritum esse post defuncti memoriam damnatam apparuit: modo si à legatis solutis crimen perduellionis illatum est.

SEntentia responsi vltimi hæc est: heres soluit legata bona fide testamēto relicta, & ex post facto apparuit testamentum irritum esse, ac proinde ex eo legata, quæ

soluta sunt, non fuisse debita, vt in specie quam ponit de A memoria testatoris damnata post mortem eius ob crimen perduellionis, proditionis aduersus Rempub. vel Principem, qua damnatione irritum fit eius testamentum, *l. 6. §. sed ne eorum, de ini. rup. & irr. testam.* Et in Carthaginensis synodi canone 82. qui ostendit etiam ex ea causa irritum fieri testamentum. Damnatur memoria mortui, vt quod pauci sciunt, omnibus notum fiat. Bartolus refert *in l. 1. C. de req. reis.* Dantis poetæ celeberrimi fuisse damnatam memoriam post mortem, quod ex professo edito libro de potestate Imperij, qui superioribus annis in lucem editus est, Imperatoriam potestatem & maiestatem extulisset supra Pontificiam. Damnatur, *inquam*, memoria mortui, vel etiam viui, quum interdicitur eius nomen posteris, vt eleganter Mamertinus ait in Panegyr. ad Iul. Cum si forte Consul fuit, nomen eius B fastis eximitur & eripitur, vt de Eutropij memoria damnata scriptū est in l. 17. *C. Theod. de pœnis, erepto* inquit, *splendore eius & consulatu & à tetra illuuie, & à commemoratione nominis eius, ex cœnosis sordib. vindicato, vt eiusdem vniuersis actibus antiquitatis omnia mutescant tempora*, & inf. *Omnes statuæ eius & omnia simulachra aboleantur:* hoc est damnare memoriam. In proposito autem damnata testatoris memoria, quia irritum est testamentum, & apparet indebita fuisse legata, quæ soluta sunt, Papinianus recte respondet hoc loco, *legatorum solutorum repetitionem dari.* Cui vero? heredi vel fisco, ad quem transeunt bona damnati, & heredi quidem scripto, si de suo soluit legata, fisco autem, si heres soluit de hereditate. Et ita docte Accursius distinguit ex *l. quod si* C *possessor, ff. de pet. hered.*

Ad l. 91. de leg. 3.

Prædiis per præceptionem filiæ datis, cum reliquis actorum & colonorum ea reliqua videntur legata, quæ de reditu prædiorum in eadem causa manserunt, alioquin pecuniam à colonis exactam & in calendarium in eadem regione versam reliquis non contineri, neque colonorum neque actorum, facile constabit, tametsi nominatim actores ad filiam pertinere voluit.

Finita lege *cum filius 78. de leg. 2.* accedamus ad leg. *prædiis*, quæ est 91 *de leg. 3.* in qua plura sunt responsa. Initio legis proponitur pater filiæ pro parte heredi in- D stitutę prælegasse certa prædia cum reliquis colonorum & actorum, & actores quoque ipsos. Actores sunt, qui & villici dicuntur, serui præfecti rei rusticæ & rationib. prædiorum *l. penult. in princ. de adim. legat.* Reliqua vero actorum sunt, quæ resident, siue restant debita domino, ex eo actu, eaue administratione, & cura prædiorum. Coloni sunt, qui prædia conduxerunt mercede siue pensione certa. Reliqua autem colonorum sunt pensiones siue mercedes, quas reliquati sunt, & domino debent ex causa locationis, quæ in idiotismo vocamus, *Arreraiges.* Et plerunque reliqua hæc vel actorum vel colonorum probantur ex scriptura domini prædiorum, qui computatis rationibus actorum siue colonorum subscribit manu sua, tot esse in reliquis, id est, tot nummos accepta superare expensa, & imparem esse rationem accepti & expensi. Reliquationi aduersa est pariatio. Et ita probari reliqua, quæ debentur ostendit *lex Aufidius infra, hoc titulo.* At quæritur initio huius legis, an legato *reliquorum* contineantur etiam pecuniæ, quas actores vel coloni cum reliquati essent, iam dominus prædiorum ab eis exegerat, & in calendarium conuerterat, id est, fœnori occupauerat in ea regione, cuius cura ad seruos actores pertinebat? Et ait, eas pecunias non contineri legato, quas exegit paterfamil. & fœnori collocauit, sicut nec eas, quas exegit & habet in condito, id est, quas recondidit in area, vel in horreo, *d. l. Aufidius.* Exacta & condita separantur à reliquis, §. *pariter, in hac lege*, quia exactione & solutione desierunt esse reliqua; Legatis reliquis colonorum vel actorum contineri tantum ea, quę de reditu prædiorum in ea causa manserunt, id est, eam tantum pecuniam, quam adhuc coloni vel actores debent ex actus sui vel ex locationis causa, & actiones eo nomine competentes aduersus colonos, quæ præstari possunt, esse præstandas & cedendas legatario, vt in *l. cum filius § primo, sup. tit. prox.* dixit idem auctor, legata hereditate Mæuiana, legato contineri eas tantum actiones, quæ hereditariæ manserunt, cedique & præstari possunt, non quas iam testator ipse pertulit; Plus ait lex *Seia §. prædia, de instrum, vel inst. leg.* non contineri etiam legato reliqua colonorum, qui iam finita conductione coloni esse desierunt, & colonia, id est, agro conducto discedentes, de reliquis pensionum domino cauerunt nouatione facta; quia post finitam conductionem nouatione facta desierunt esse reliqua colonorum: coloni plerumque erant liberi homines, actores siue villici sunt serui patrisfam. Columella lib. 1. cap. 7. *Omne genus agri tolerabilius esse sub liberis colonis, quam sub villicis seruis habere.* Quos paulo post vocat actores. Quamuis autem, vt proposuimus initio, actores filiæ legati sint in hac specie, & reliqua colonorum, quæ dominus exegit, translata sint ad rationes actorum, versa pecunia in calendarium eius regionis, quod actores exercebant pro domino, tamen ea reliqua legato non continentur. Et breuiter summa legis hæc est: Legatis reliquis colonorum vel actorum non contineri reliqua colonorum, quæ dominus transtulit ad actores, quæ vertit in calendarium, quod tractabant actores; ac similiter non contineri reliqua actorum, quæ iam exegit, licet actores ipsos etiam legarit. Et recte posui, testatorem ipsum exegisse reliqua, quoniam si post mortem testatoris ea exegit heres, sane legato continentur, *d. l. Aufidius, in fine.* Quæ scilicet vsque in diem mortis testatoris in eadem causa manserunt, non quæ ipse testator exegit & auertit alio. iterum dicam summam legis vim hanc esse, legato actorum non contineri reliqua colonorum, quæ dominus transtulit ad actores. nec reliqua actorum, quæ dominus ipse exegit, sed quæ nondum exacta sunt eo viuo, vel quæ post mortem eius exacta sunt ab herede in fraudem legatarij.

Ad §. ex his verbis.

Ex his verbis: Lucio Titio prædia mea illa cum pratorio, sicut à me in diem mortis meæ possessa sunt, do: instrumentum rusticum, & omnia quæ ibi fuerunt, quo domus fuisset instructior, deberi conuenit, colonorum reliqua non debentur.

Quidam legauit certa prędia cum pretorio, quæ est habitatio domini speciosa & voluptaria, sicut ea in diem mortis suæ possedisset, & ait, legato contineri omne instrumentum patrisfamil. omne id, quo domus in ea villa fuit instructior, vel in eo prætorio. Idemque omne instrumentum prædiorum, omne instrumentum rusticum, quoniam plenissimum est legatum, quia di- E xit, *sicut à me in diem mortis meæ possessa sunt*, quæ verba continent omne instructum, & omne instrumentum: sed non continent etiam reliqua colonorum, non continent nomina ex causa locationis, quod congruit omnino cum *l. qui habebat §. vlt. inf. hoc tit.* Legato igitur prædiorum quantumlibet amplo, quantumis pleno, non continentur reliqua colonorum, sed leganda sunt specialiter, siquidem adhuc testator ea ad legatarium peruenire voluerit. Quamobrem & ea specialiter fuisse legata proponitur initio huius legis, *& l. Seia & l. prædia, de inst. & inst. leg.* Et sic in § *sequ.* ostenditur, legata officina purpuraria cum seruis institoribus & pur-

puris, quæ in diem mortis ibi essent, non contineri pretia purpuræ iam exacta, & condita in arca, nec pretia, quæ emptores debent, nec pretiorum reliquas partes.

Ad §. Titio.

Titio Seiana prædia, sicuti comparata sunt, do, lego. cum essent Gabiniana quoque simul vno pretio comparata, non sufficere solum argumentum emptionis respondi: sed inspiciendum, an literis & rationibus appellatione Seianorum Gabiniana quoque continerentur, & vtriusque possessionis confusi reditus titulo Seianorum acceptolati essent.

IN hoc §. ostenditur, eum, qui emerat prædia Seiana B & Gabiniana vno pretio, confusis scilicet vniuersis prædiis, confuse constituto pretio, legasse prædia Seiana, sicut comparata essent, hoc modo: *illi lego prædia Seiana, sicut à me comparata sunt,* & dubitari, an Gabiniana etiam prædia legato contineantur, quod posset quis tentare argumento emptionis, quod vno pretio simul empta sint. Sed eleganter ait, hoc argumentum non sufficere, nisi accedat aliud, puta, nisi etiam ex rationibus testatoris appareat, eum Seianorum prædiorum appellatione, etiam Gabiniana comprehendisse, hoc est, reditus, quos & redactus vocat, & refectus: & eo nomine proprie nostri auctores significat pensiones atque mercedes redactas ex locatione prædiorum, nisi, inquam, reditus vtrorumque prædiorum testator cõsueuerit confuse rationibus suis acceptos ferre sub nomine & titulo C Seianorum prædiorum. Argumentum optime ducitur ex rationibus defuncti, vt in *l. seruis vrbanis, hoc tit. §. 1. ff. de reb. dub. l. Seia §. Tyrannæ, inf. de inst. & inst. leg.* Et ex hoc loco apparet, in quæstione voluntatis defuncti non sufficere vnum argumentum, vnam coniecturam, exigi plures, vt in *l. librorum §. quod tamen, hoc tit.* vt qui chartas legauit, videatur legasse libros, hoc non præsumemus ex vno argumento, sed ex pluribus, puta, quod dixerit, *chartas vniuersas meas do, lego*, & quod alias chartas quam libros non habuerit, & quod studiosus studioso legauit. Hæc tria argumenta efficiunt, vt chartarum legato cõtineantur libri, vnum non sufficeret: nec debet iudex vnquam temere ex vna coniectura voluntatis defuncti, D quicquam de ea decernere. sic etiam in §. *balneas*, qui sequitur.

Ad §. balneas.

Balneas legata domus esse portionem constabat. quod si eas publice præbuit, ita domus esse portionem balneas, si per domum quoque intrinsecus adirentur, & in vsu patris familiæ vel vxoris nonnunquam fuerunt, & mercedes eius inter cæteras meritoriorum domus rationibus accepto ferebantur, & vno pretio comparatæ vel instructæ communi coniunctu fuissent.

§. Penult. *Qui domum possidebat, hortum vicinum ædibus comparauit, ac postea domum legauit. si hortum domus causa comparauit, vt amœniorem domum ac salubriorem possideret, aditumque in eum per domum habuit, & ædium hortus additamentum fuit: domus legato continetur.*

DOmo legata dicuntur deberi balnea, quæ sunt in ea domo, & publice præbentur quadrante, vt solebant olim, si modo concurrant multa argumenta, quibus de balneis quoque legandis sub appellatione domus testatorem quoque sensisse appareat, vt puta, si per domum in balnea intrinsecus aditus sit, si in vsu priuato nonnunquam fuerint testatoris & vxoris eius, si reditus balneorum & pensiones rationibus accepto tulerit, sub nomine meritoriorum domus. Meritoria domus A sunt loca domus, quæ particulatim locari solent, vt stabula, cænacula, ergastula, diuersoria, tabernæ, balneæ: item, si vno pretio balnea fuerint comparata cum domo, vel si fuerint instructa communi coniunctu, id est, communi contextu. Vtitur quatuor argumentis, quibus vult probare eam fuisse voluntatem defuncti, vt legato domus cederent balnea. Vnum agumentum non sufficit, plura exiguntur, alioquin legato domus cedunt tantum priuata balnea, non etiam, quæ publice præbentur omnibus. Et huc pertinet, quod ait Paulus 3. Sent. *Domo legata, eius balneum, quod publice præbetur, nisi alias separetur, legato cedit,* id est, nisi separatim balnei reditus rationibus acceptolati sunt. Et simili modo in §. *penult. h. l.* recte docet domus legato contineri hortum vicinum, si eum domus causa comparauit, vt amœniorem ac salubriorem domum possideret: ac præterea, si per domum in hortum aditus fuerit: denique si hortus fuit additamentum & accessio domus, non aliter, quoniam ex vno argumento non recte ducitur præsumptio voluntatis. eodemque modo in §. *vlt.*

Ad §. vltimum.

Appellatione domus insulam quoque iniunctam domui videri, si vno pretio cum domus fuisset comparata, & vtriusque pensiones similiter acceptolatas rationibus ostenderetur.

OStenditur domo legata contineri insulam domui iniunctam, id est, vicinam, proximam, adiacentem, vt ait *l. si finita §. item, quid dicemus, de dam. inf. & l. qui domum, sup. loc.* quoniam insula quæ dicitur, non est alij ædificio continua, alioquin ea habitatio non esset insula; vicina alij ædificio potest esse, & proxima ac adiacẽs, non adhærens. Domo igitur legata, videri etiam legatam insulam vicinam, si modo vno pretio cum domo comparata sit: ac præterea, quoniam hoc vnum non sufficit, *si à testatore & domus, & insulæ pensiones simul rationibus acceptolatæ sunt sub titulo domus.* Denique ex §. *balneas, & §. pen. & §. vlt.* atque etiam ex §. *Titio*, intelligimus, ex coniectura voluntatis, quæ modo subnixa sit multis argumentis, non vnico tantum, & balneum quod publice præbetur, & hortum, & insulam vicinam partes domus esse censeri, & legato domus contineri, non aliter. Accursius rationes nesciuit esse in his omnibus locis, rationes expensi & accepti, quas conficit sibi quisque diligens paterfamil. ex quibus eruitur sæpe mens defuncti. Obseruandum etiam est in §. *vlt.* quoniam in Pandectis Florentinis ita legitur: *Appellatione domus insulam quoque iniunctam domui videri,* nec additur *legatam.* & pro *videri*, quoniam hæc verba sæpe commutantur, legendum esse, *deberi.* Nam idem mendum inoleuit duobus locis. Videri pro deberi, in *l. pen. & vlt. inf. de dote præleg.* Et apud Senecam 2. natur. quæstion. *Si cum sanitas,* inquit, *videatur esse de fato,* cum veteres habeant, *si sanitas debetur fato, debetur & Medico, per cuius manus benefi-* E *cium fati ad nos peruenit.* Et sic explicanda est lex 91. *de leg. 3.*

Ad leg. 9. de ann. leg.

Fundus, quem paterf. libertis legatorum nomine, quæ in annos singulos reliquit, pignus esse voluit: ex causa fideicommissi rei seruandæ gratia recte petetur. Paulus notat: hoc admittendum est, & in aliis rebus hereditariis, vt & in eas legatarius mittatur.

IN hac l. proponitur, patronum libertis in annos singulos per fideicommissum legatum reliquisse certæ quantitatis, & ob hanc causam certum fundum libertis pignoris iure obligatum esse voluisse, pignus testamen-

to recte constituitur, *l. 1. C. comm. de leg. l. non est mirum, sup. de pig. act. l. Lucius, inf. de alim. leg.* Et ideo Papinianus ait, cum fundum recte peti, id est, vindicari actione hypothecaria, siue Seruiana; rei seruandæ gratia ex causa fideicommissi, id est, vt eum fundum legatarij possideant ex causa legati, per fideicommissum relicti, sicut loquitur etiam *l. 5. §. si plures, inf. vt in poss. leg.* hoc ita *si legatarij heres legatorum nomine cauere detrectet,* quoniam, quæ relinquuntur in annos singulos, legata coditionalia sunt, *l. 1. §. si in annos, ff. ad leg. Falci.* Idcirco de iis præstandis, cum conditio extiterit, heredem legatariis cauere oportet, aut licebit legatariis exercere speciale pignus, & exequi quod testamento constitutum est, & fundum persequi ac possidere legatorum seruandorum causa. Et hoc cum scripsisset Papin. notat ad eum Paulus, quæ nota admodum singularis est, etiamsi legatariis in testamento prospectum sit speciali pignore, non idcirco tamen minus & prætorium pignus constitui posse in aliis reb. hereditariis, herede non cauente & legatariis non satis faciente pignore testamentario, quod fiet missis legatariis iussu magistratus in possessionem aliarum rerum, legatorum seruandorum causa. Pignus prætorium concurrere posse cum pignore testamentario, nec cautionem testatoris lædere aut tollere vulgarem cautionem legatorum præstādam ex edicto prætoris, quod maxime notandum est. Nam argumento huius loci tentari potest, etiam legatariis à testatore constituto speciali pignore, eos in cæteris rebus hereditariis exercere posse ius taciti pignoris, quod eis Iustin. dedit in *l. 1. C. commun. de leg.* Id enim ante Iustin. non habuerunt. Nam *l. creditorib. ff. de separat.* est accipienda de prætorio pignore, quod missio in possessionem constituit, non vt Accursius sensisse videtur, adducta *l. 1. C. comm.* de tacito pignore, quod facile constat, legatariis Iustin. dedisse primum. Et idem Accurs. etiam in hanc rem falso in *l. 5. sup. §. postquam, ff. vt in poss. leg.* legatarios iure taciti pignoris præferri chirographariis creditorib. quia certo certius est legata non deberi, nisi deducto ære alieno, & adimpletis omnib. creditoribus, ne ex testamento quidem militis, *l. 1. §. denique, ff. ad SC. Treb.* Ergo omnes creditores, etiamsi non sint hypothecarij proculdubio præferuntur legatariis, quamuis hodie hypothecarij omnes sint legatarij. Verum quod dixi tentari posse, vel dicam modo vere dici posse, legatariis in testamento constituto speciali pignore, speciali hypotheca, eos etiā ius tacitæ hypothecæ quod dedit Iustinianus exercere posse in aliis rebus hereditariis, videlicet, si rei seruandæ causa non sufficiat pignus speciale, argum. *l. 2. ff. de pignorib.* Vbi, si cui sit constituta specialis & generalis hypotheca, dicitur, non posse eum exequi generalem, vel excutere, nisi cum specialis non est idonea: sed si specialis sit idonea, abstinere debere à cæteris bonis, licet & ea generaliter pignori nexa habeat eiusdem crediti nomine. Et nihil est præterea quod ad hanc leg. pertineat.

Ad legem 24. de vsu, & vsufructu leg.

Vxori fructu bonorum legato, fœnus quoque sortium, quas defunctus collocauit, post impletam ex Senatusconsulto cautionem præstabitur. Igitur vsuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas, velut sortes in cautionem deduci necesse est. Non idem seruabitur nominibus ab herede factis. Tunc enim sortes duntaxat legatario dabuntur: aut, quod propter moram vsuras quoque reddi placuit, super his non cauebitur. §. Scorpum seruum meum Semproniæ concubinæ meæ seruire volo: non videtur proprietas serui relicta, sed vsusfructus.

Sciendum est Senatusconsulto caueri omnium rerum, omniumve bonorum quæ in reb. nostris sunt, vsumfructum legari posse, & constitui interposita cautione de restituendis rebus eiusdem generis & qualitatis, *l. 1. hoc tit. l. 1 sup. de vsufr. ear. rer. quæ vsu con. l. vsufru. inf. ad l. Falcid.* Ergo & earum rerum, quæ sunt in abusu, id est, quæ vtendo depereunt & consumuntur, quoniam in bonis nostris sunt, vt pecuniæ, quæ assidua contrectatione & permutatione quasi consumitur, legari potest vsusfructus, & vero constitui quasi vsusfructus, vel quasi vsus, remedio cautionis Senatusconsulto introductæ. nimirum cauente vsuario vel fructuario, cum morietur aut capite minuetur, tantam pecuniam reddi heredi, quantā in vsum acceperit. Proinde omnium bonorū legato vsufructu, detracto ære alieno & detracta Falcidia, cuius rationem ante omnia haberi oportet, etiam eorum bonorum vsusfructus legato continetur, quorum proprie non est vsus, sed abusus, vt vini, olei, frumenti, pecuniæ numeratę, siue nominum & cautionum fœneratitiarum, quarū proprie non est vsus, *l. 3. sup. de vsuf. ear. rer. quæ vsu cons.* Nec hodie, si illa cautio adhibeatur, est locus argumento ex contrario, quod est in Topicis. Si quis alij vsumfructū suorum bonorū legauerit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, non debere eum existimare, id ad se pertinere, quod vsus, non abusus legatus sit, & earum rerum, quę in cellis continentur, abusio est, non vsio, quoniam remedio cautionis, de qua ante dixi, etiam in eis rebus quasi vsusfructus constitui potest. Finge, vxori testatorem legasse vsumfructum omnium bonorum: secundum ea, quæ diximus, legato continetur etiam vsusfructus nominum, quæ fecit testator vel heres eius. Ideoque actiones vxori præstandæ sunt, vt exigat sortes, quas testator vel heres fœnori occupauit prę-stita cautione ex Senatusconsulto, de tanta pecunia reddenda, quandocūq; mortua, aut capite deminuta erit. At quæritur hoc loco, an etiam eius pecunię, earumve sortium fœnus siue vsurę in cautionem Senatusconsulti deducendę sint? Et Papinianus ita subtiliter distinguit: Aut testator nomina fecit, id est, fœnus contraxit, aut heres eius. Si testator; aut quęritur de vsuris quę iam debitę erant, ante quam pręstaretur cautio Senatusconsulti, & hę quoque vsuræ tanquam sortes, idest, quasi sortes effectæ in cautionem postea interpositam deducuntur, & ex cautione finito vsufructu restituuntur heredi. Aut quæritur de vsuris quæ post cautionem interpositam currere & deberi cœperunt, & hæ cedunt lucro vxoris, non tanquam sortes, sed tanquam fructus sortium in bonis mariti inuentarum, nec in cautionem vel restitutionem veniunt, quia vsus nominum legatus est, in vsu & fructu nominum sunt vsuræ, quæ cedunt post constitutum quasi vsumfructum, id est, post interpositam cautionem Senatusconsulti. Vsura est quasi fructus siue reditus sortis, *d. l. 3. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum. l. vsuræ, de vsur. l. Titius, in pr. ff. de præscript. verb.* Quod si heres nomina fecit, non testator, vsuræ quæ debentur heredi vxori defuncti non præstantur, quia numquam fuerunt in bonis testatoris. Quod præter hunc locum etiam aperte ostenditur in *l. postulante, §. vlt. ff. ad Senatusconsult. Treb.* quam miror Accurs. omisisse. Igitur si heres nomina fecit, vsuræ debentur heredi, non legatario, cui vsusfructus legatus est omnium bonorum, quia illæ vsuræ nunquam fuerunt in bonis defuncti. Sortes autem debentur legatario, quas occupauit heres & vertit in calendarium, quia verum est eas fuisse in bonis testatoris. Verum adiicit, deberi tamen vxori post moram heredis, siue post litem contestatam earum sortium vsuras, quas heres occupauit, non iure legati, quia legato non continentur, sed quia placuit mulctari moram & frustrationem heredis præstatione vsurarum, vt in actionibus bonæ fidei, & in actione ex testamento, quæ legati nomine instituitur; vel in persecutione fideicōmissi, *d. l. vsur. de vsur. l. qui solidū, l. si quis seruo, de leg. 2. l. Diuus §. 1. ad l. Falcid. & tot. tit. C. de vsur. & fruct. leg.*

Itaque ſuper eis vſuris, quæ infliguntur heredi propter moram, vxori etiam nihil cauere neceſſe eſt, ſed ſuper iis tantum quas reſtitutura eſt quandoque finito vſufructu. Cauemus ſuper iis tantum, quæ reſtituturi ſumus. Et eadem eſt prorſus ratio vſurarum & fructuum. Nam fructus inuenti in hereditate, fructus maturi, veniunt in reſtitutionem fideicommiſſariæ hereditatis tanquam res principalis fideicommiſſo comprehenſa, fructus maturi qui erant tempore mortis, *l. 9. ad l. Falcid. l. Centurio, de vulg. ſubſtit.* Fructus autem immaturi vel percepti ab herede vel ſati, non veniunt in reſtitutionem fideicommiſſi, ſed cedunt lucro heredis omnes, ſi mora nondum interceſſerit, quia nonniſi poſt moram debentur legatorum aut fideicommiſſorum vſuræ vel fructus vel cauſæ, *l. in fideicom. l. ita tamen, §. 1. & d. l. poſtulante, §. vlt. ad Senatuſconſ. Treb.* Hoc expoſito ſubiicit Papinian. quendam ita legaſſe per fideicommiſſum, quoniam verbum *volo*, quo vtitur, eſt precarium; *Serapium ſeruũ meum Semproniæ concubinæ meæ ſeruire volo.* Et his verbis ait, quod eſt apertiſſimum, concubinæ legatum ſerui vſumfructum videri, non proprietatem; verbum *ſeruire* vſum ſignificare non dominium; aliud eſſe ſeruire, aliud in ſeruitute eſſe, quod & Rhetores tradunt. Liber homo mercenarius ſeruit, nec tamen ſeruus eſt. Redemptus ab hoſtibus redemptori ſeruit, quoad reluerit ſe & repignerauerit, quoniam vinculo quodam naturali redemptori tenetur obnoxius. Redemptus, inquam, ab hoſtibus, redemptori ſeruit, nec tamen eſt ſeruus. Manumiſſus à proprietario ſeruit fructuario, quandiu durat vſusfructus, nec tamen ſeruus eſt. Idemque dici poteſt de capto ab hoſtibus, vt dixi: Idem dicendum eſt de capto à prædonibus, vel addicto ob æs alienum, nihil eſt apertius.

A l. 6. de ſeruit. leg.

Pater filiæ domum legauit, eique per domus hereditarias ius tranſeundi præſtari voluit, ſi filia ſuam domum habitet, viro quoque ius tranſeundi præſtabitur, alioquin filiæ præſtari non videbitur. Quod ſi quis non vſum tranſeundi perſonæ datum, ſed legatum ſeruitutis eſſe plenum intelligat: tantundem iuris ad heredem quoque tranſmittetur. Quod hic nequaquam admittendum eſt: ne quod affectu filiæ datum eſt, hoc & ad exteros eius heredes tranſire videatur.

EX ea *l. 6. de ſeruit. leg.* intelligimus, iter non tantum eſſe ſeruitutem prædiorum ruſticorum, ſed aliquando etiam eſſe ſeruitutem vrbanorum, vt in *l. iter, ſup. comm. prædior.* quæ & in hoc eſſe differentiam oſtendit, quod iter in prædiis vrbanis conſtituatur ea lege, vt is, cui ſeruitus conceditur, interdiu tantum eat, non noctu, vt non cogatur, qui ſeruitutem debet, apertam ianuam relinquere nocte tota, quod eſſet importunum & inciuile: at in prædiis ruſticis ita conſtitui, vt eat quocunque tempore volet. Ac præterea ex hac l. 6. intelligimus, iter non ſemper eſſe ſeruitutem prædiorum, ſed aliquando perſonarum ſeruitutem, ſiue hominum, ex voluntate teſtatoris. Quare domo filiæ legata, & in eam domum itinere per domus hereditarias, Papinianus ita diſtinguit: Aut pater filiæ legauit ius perſonale, id eſt, vſum tranſeundi per domus hereditarias, & quamuis hoc ius non tranſeat ad filiæ heredes extraneos, cum ſit perſonale, tamen viro quoque eius mulieris ait, tranſitum eſſe præſtandum, ſi mulier habitet domum legatã, alioquin non videri mulieri præſtari. Nam vt domus, ita tranſitus debet eſſe in promiſcuo vſu viri & vxoris, *l. 4. §. mulieri, & l. 9. de vſu & hab.* Aut pater legauit filiæ iter, id eſt, ſeruitutem prædialem, quam deberent domus hereditariæ domui legatæ, quod vocat, plenũ ſeruitutis legatũ. Et hoc caſu conſtat ius tranſeundi per domus hereditarias in domum legatam, trãſmitti ad heredes filiæ, iuxta id quod dicitur *in l. non ſolum, 2. §. tale, de liberat.*

A *leg.* ſi perſonæ cohæret id quod legatur, id non tranſire in heredem: ſi non cohæret, tranſire. Concludit autem Papinia. in extremo huius legis: Cum affectu filiæ pater ei dat ius tranſeundi per domos hereditarias, perſonæ, non prædio hoc ius datum videri, nec tranſire ad heredes extraneos filiæ, videlicet, ſi vt recte Accurſ. rem temperat, aliunde heredes aditum ad domum legatam habeant. Nam ſi aliunde non habeant aditum ad domum legatam, neceſſario etiam heredibus extraneis, ad quos domus legatum tranſmittitur, ſine dubio aditus præſtandus eſt, ſine quo domus legata habitari non poteſt, *l. damnas §. 1. ſup. tit. prox.* quia vero heredes tantum extraneos Papinianus excludit, poteſt tentari ius affectu filiæ datum, tranſire ad nepotes ex ea, quia eo iure excluduntur hoc loco ſoli extranei: & idem reperi eſſe B receptum in priuilegio perſonarum dato mulieri, *l. maritum, & l. etiam, ſup. ſol. matr. l. 1. C. de priuil. dot. & Nouel. 91. l. 2. C. Theod. de ſponſal.* Ex quibus locis, ſi coniungantur, apparebit priuilegium etiam ſi ſit perſonale, non tranſire quidem ad heredes extraneos, vel exteros, ſed ad filios tamen tranſire.

Ad l. 8. de dote præleg.

Vir vxori, quæ dotem in mancipiis habebat, pecuniam pro dote legauerat, viuo viro mancipiis mortuis, vxor poſt virum vita deceſſit. Ad heredem eius actio legati recte tranſmittitur: quoniam mariti voluntas ſeruanda eſt.

IN *l. 8. de dote præleg.* proponitur hæc ſpecies: Vxor dotem habuit in mancipiis quibuſdam. vir ei legauit C certam pecuniam pro dote. mortuis mancipiis dotalib. conſtante matrimonio quæritur, an deinde morte viri ſoluto matrimonio pecunia legata pro dote mulieri debeatur? Poſſet dici non deberi: quod ſit legata pro dote, quæ nulla eſt, mortuis ſeruis dotalibus, qui ſoli erant dotales. Et tamen reſpondet, vxori deberi pecuniam à marito legatam pro dote. Et vtitur hac ratione, quoniã mariti voluntas ſeruanda eſt, *l. 1. §. ſi quis vxori, l. 6. hoc tit.* maritus autem voluit, certam pecuniam dari vice dotis, nec mutauit voluntatem ſeruis dotalibus mortuis eo ſuperſtite, ſed perſeuerauit in ea voluntate, etiam conſumpta dote vxoris, vt ei adnumeraretur certa pecunia in vicem dotis, quæ tunc nulla erat. & aliud eſt dotem legare, aliud pro dote certam pecuniam. Si do- D tem legaſſet, nihil deberetur mortuis ſeruis dotalibus, quoniam legauit certam pecuniam pro dote, quamuis nulla ſit dos, ea pecunia deberetur, quia adiectio illa *pro dote* ſuperuacua eſt: nam etſi indotata fuerit mulier, non vitiat ea adiectio legatum. Valde placet mihi conciſa illa ratio & ſimplex, *quoniam voluntas mariti ſeruanda eſt.*

Ad leg. 2. de inſtr. vel inſtrum. leg.

Cum pater pluribus filiis heredibus ſcriptis, duobus præceptionem bonorum auiæ præter partes hereditarias dediſſet, pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit.

E PAter filiis pluribus ex diſparibus partibus heredibus inſtitutis, duobus ex eis prælegauit bona, quæ ab auia ei obuenerant; & *prælegare* ex hoc loco recte poteris interpretari eſſe, *præter hereditarias partes præceptionem dare.* Si igitur pater duobus ex filiis heredibus inſtitutis prælegauit ea bona, nemini incognita eſt conditio prælegatorum. heredes prẹlegata capiunt partim iure hereditario, partim iure legati *l. in quartam, ff. ad leg. Falcid.* Ea igitur bona filii capiunt partim iure hereditario, partim iure legati. Iure hereditario à ſemetipſis pro hereditariis portionibus: iure autem legati à coheredibus, à fratribus conſortibus, pro virilibus portionibus.

Et hoc est quod ait Papinian. initio huius legis, quod A congruit omnino cum *l.67.§.vlt.de leg.1.* Varietatis ratio est obscura, vt videtur, hoc est, cur iure hereditario capiant ea bona pro hereditariis portionibus, iure legati pro virilibus portionibus. sensus hic non est: filiis, quibus ea bona prælegata sunt, fratres consortes teneri pro virilibus portionibus, quoniam constat eos teneri pro hereditariis portionibus, ex quibus heredes instituti sunt; Sed sensus hic est: quod ab eis filij ceperunt iure legati, id eos inter se partiri pro virilibus portionibus; nimirum quia in legati causam vocati sunt æqualiter, non vt in hereditatem inæqualiter. Et hæc est vis huius responsi, ad quod additur in §.vlt.

Ad §. dotes.

B

Dotes prædiorum quæ Græco vocabulo ἐνθῆκαι appellantur, cum non instructa legantur, legatario non præstantur.

PRædiis legatis, legato prædiorum non contineri ἐνθήκας, siue dotes prædiorum, videlicet, si prædia simpliciter legata sunt. Nam si instructa prædia legata sunt, etiam prædiorum dotes, siue ἐνθῆκαι legatario debentur *Dotes*, inquit, *prædiorum, quæ Græce appellantur ἐνθῆκαι.* Ita est vt in *l.3.§.Lucius, de leg.1. σὺν ἐνθήκαις.* Et in *Nouella 128.& l.7.Cod.Theod.de pistoribus.* Et Græci ad leg. 10.*ff.qui, & à quibus manum. liberi non fiant, τοῖς ἐπὶ ξένης διακειμένοις ἐνθήκαις.* Atticos vocasse ἀφορμάς, nunc vocari ἐνθήκας, Libanius & Hesychius ex Aristophane; C Instrumenta scilicet prædiorum, & quæcunque prædij causa reponuntur in horreis, quæ pertinent ad vsum & necessitatem prædij. reposita dixit, *l.si mihi Manuia, in fin. sup. de legat.3.* quod Columel. *1.Villicus*, inquit, *exhortandus est ad instrumentorum & ferramentorum curam: vt duplicia, quam numerus seruorum exigit, refecta & reposita custodiat.* Sed non est omittendum, instructis prædiis legatis, legato contineri ἐνθήκας, siue dotes prædiorum, sed non contineri tamen reliqua colonorum vel actorum, quod ante idem docuit in *l.prædiis §.1.de leg. 3.*

Ad l.19. de pecul. legato.

Cum dominus seruum vellet manumittere professionem edi sibi peculij iussit: atque ita seruus libertatem accepit. res peculij professioni subtractas non videri manumisso tacite concessas apparuit.

D

DOminus volens seruum manumittere inter viuos, prius iussit edi sibi professionem peculij, id est, ἀναγραφήν, & quasi inuentarium rerum peculiarium, & inspecta ea professione, eo repertorio rerum peculiariũ seruum manumisit. Tacite videtur ei concessisse peculium, quod id ei specialiter non ademit, §.*peculium, Inst. de leg.* At quæritur, quoniam is seruus non ex fide bona eam professionem peculij edidit, sed subtraxit res quasdam, an etiam dominus videatur ei tacite concessisse res peculiares, quas seruus dominum celauit dolo malo, & E professioni subtraxit? Et respondet Papinia. eas res, quæ professioni subtractæ sunt, manumisso tacite concessas non videri, idque apparuisse ex postfacto, detecta fraude serui, quia nemo intelligitur concessisse quæ ignorauit, quæque dolo malo aduersarij subtracta sunt, *l.tres fratres, sup. de pact.* Et ita est explicandum initium huius l. Male Accursius ponit speciem, dum ponit seruum non subtraxisse professioni res certas, sed dominum ipsum exemisse peculio res certas, reliquas concessisse seruo tacite, quoniam hanc speciem verba non ferunt. Male etiam Germanus quidam Iurisconsultus, qui exactionẽ professionis peculij accipit pro ademptione peculij, quod nemo vnquam nisi temere dixerit: vult dominus scire quid sit in peculio, an ideo videtur adimere peculium? minime vero. Initium autem *h.l.* sane nihil pertinet ad titulum, quoniam non est de peculio legato, sed de peculio concesso inter viuos, sicut etiam initium *l. 2. sup.tit.prox.* quam heri exposuimus, nihil pertinet ad titulum, ideoque & huius legis initium, & illius, coniungi debet cum sequentibus, ne à re proposita errare videatur. Et initio quidem huius legis coniuncto cum §. 1. differentia constituitur inter manumissum inter viuos & manumissum testamento. Nam manumisso inter viuos tacite concessum videri peculium, si ademptum non sit: manumisso autem testamento non aliter concessum peculium videtur quam si ei sit specialiter legatum, *d.§.peculium.* Cuius differentiæ ratio hæc est, quia inter viuos, cum manumittit dominus seruum, nec peculium alij dat, nec sibi recipit, tacite igitur concedit manumisso. Testamento autem peculium cum vniuerso iure suo heredi dedisse videtur, quod seruo vel alij non legauit, quamobrem ponit in §.1.

Ad §. testamento.

Testamento data libertate, peculium legauerat: eumdemque postea manumiserat; libertus vt & nominum peculij actiones ei præstarentur, ex testamento consequetur.

MAnumisso in testamento fuisse specialiter legatum peculium, alioquin manumissum peculium non sequeretur; sed subiicit manumissum testamento, cui legatum est peculium, postea ab eodem domino fuisse manumissum inter viuos repræsentata libertate; vt sæpe testatores etiam legata, quæ testamento reliquerunt, ipsi dum viuunt, legatariis præstant & repræsentant: & sic ponit postea eundem seruum ab eodem domino fuisse manumissum inter viuos non adempto peculio, quo casu non dicam quod dixi ante, etiam tacite peculium seruo concessum videri, quoniam excipiendus est hic casus, propterea quod iam ante ei dominus peculium legauerat in testamento. Igitur libertatem quidem seruus accipit inter viuos: peculium autem non nisi ex testamento iure legati, quo iure consequetur, vt sibi heres etiam cedat actiones nominum peculiarium aduersus debitores peculiares: & vice versa cauebit legatarius heredi defensum iri, cum aduersus creditores peculiares, cauebit de indemnitate, *l.18.hoc tit.* Peculium est nomen iuris sicut hereditas: qua de causa peculium sequi debet omnis obligatio peculiaris, quæ scilicet est in peculio, vel cui peculium obstrictum est: omnis obligatio actiua & passiua, *l.1.§.per contrarium, de dote præl. l.frater à fratre, de cond. indeb.* Ad hæc notandum ex hoc §.1. manumissione serui non exstingui legatum peculij, quod ei relictum est. Hoc tamen pugnare videtur cum *l.1.& 2.hoc tit.* Sed quod etiam Glossa intellexit, ibi agitur de seruo alij legato cum peculio, quo casu, manumisso seruo à testatore post factum testamentum, & serui & peculij, tanquam accessionis legatum extinguitur. Nam cum principales res perimuntur, necesse est etiam extingui ea, quæ accessionis locum obtinent: hic autem seruo legatum est peculium tantum, quo casu peculium non obtinet vicem accessionis, sed rei principalis, quæ sola seruo legata est, & ideo manumisso seruo non extinguitur legatum peculij, quia tunc vicem accessionis vel sequelæ peculium non obtinet.

Ad §. vltimum.

Filiusfamilias cui pater peculium legauit, seruum peculij viuo patre manumisit; seruus communis omnium heredum est exemptus peculio, propter filij destinationem: quia id

id peculium ad legatarium pertinet, quod in ea cauſa, moriente patre inueniatur.

SPecies & ſententia §. vlt. hæc eſt: Pater filiofam. peculium legauit, filius ſeruum peculiarem manumiſit viuo patre ſine voluntate patris, hæc manumiſſio licet inutilis ſit, vt in *l. ſeq. & l. filius, infr. de iure patron.* filio tamen quandoque nocebit præmortuo patre. Nam is ſeruus omnium heredum communis erit, tanquam peculio exemptus, non quidem reipſa aut iure ipſo, ſed facto, & deſtinatione filij, qui eum manumiſit, & in hoc §. poſt hæc verba *ſeruus communis omnium heredum*, eſt, addendus eſt articulus, *qui exemptus peculio.* Denique id tantum peculium legatum intelligitur, quod in eadem cauſa fuit in diem mortis patris. In qua tamen per filium factum eſt, quantum in eo fuit, ne is ſeruus permanſerit. Manumiſſio igitur inutilis nocet manumiſſori, nocet etiam legatario, ſi alij ſeruus aut peculium ſit legatum, vt *l. 3. §. vlt. ſup. tit. prox.* Et additur ex Marciano in *l. ſeq.* nihil intereſſe, manumiſſio præcedat, an ſequatur legatum peculij, nihilque intereſt, ante legatus ſit ſeruus, cum peculio ſcil. & titulo peculij, & deinde manumiſſus, an contra hæc non eſſe diſtinguenda. Et tamen Alphenus in *l. duo filij, ff. de manumiſſ.* accurate ſeparat atque diſtinguit, & palam multum intereſſe ait, planeque videntur inter ſe diſſidere Marcianus & Alphenus in *l. duo filij.* Certe Marcianus, dum ait, nihilque intereſſe, notat aliquem, qui aliquid intereſſe dixerit. At videamus quomodo probabiliter in concordiam adduci poſſint. res eſt difficilis & abdita pluribus. Lex *duo filij*, ponit patrem filio legaſſe peculium, & viuo patre filium manumiſiſſe ſeruum peculiarem, proponit eandem ſpeciem, & tamen ait, videndum & diſtinguendum eſſe, vtrum prius teſtamentum fecerit pater, quam filius ſeruum manumitteret, an poſtea. Priore caſu, ſeruum legato peculij contineri, & libertum eſſe filij manumiſſoris: poſteriori caſu non cõtineri legato peculij, & ſeruum eſſe communem omnium heredum patris: Quod cum dicit, plane demonſtrat falſum eſſe, quod Gloſſa adſtruit hoc loco in eius l. ſpecie. Vtilem ſerui manumiſſionem fuiſſe, factam ſcil. ex voluntate patris. Nam ſi vtilis eſſet & efficax, non eſſet illo poſteriore caſu is ſeruus communis omnium heredum, ſed ſua frueretur libertate: ac præterea, ſi eſſet vtilis manumiſſio, multo magis priore caſu is ſeruus legato peculij non contineretur, & tamen contineri dicitur in ea lege. Itaque nihil agit Accurſ. dum diſſidij componendi cauſa fingit hoc loco inutilem fuiſſe manumiſſionem, factam ſcilicet voluntate patris: illam vtilem fuiſſe. Probabilius dici poteſt, huic diſtinctioni locum non eſſe, cum agitur de peculio legato, ſed indiſtincte, legato peculij non contineri ſeruum peculiarem, quem filiusfamil. manumiſit viuo patre: contra hanc diſtinctionem locum eſſe quum quæritur, an ex ea manumiſſione libertas ſeruo competat: nam ſi pater filio prius legauit peculium, quam filius ſeruum manumiſit, is ſeruus legato quidem peculij continetur ex ſententia & mente patris, quia eo tempore quo legauit peculium, reuera is ſeruus erat in peculio, ſed ex ſententia & deſtinatione filij, quæ poſt inſequuta eſt, quia eum ſeruum manumiſit, is ſeruus exemptus eſt peculio facto legatarij, nec legato continetur. nihil eſt certius. At manumiſſio ſerui licet ab initio fuerit inutilis, conualeſcit, & manumiſſus libertus efficitur filij manumiſſoris, quia ex poſt facto apparuit, manumiſſorem fuiſſe dominum ſerui, cedente die legati peculij: & regula Catoniana, quæ vetat, cõualeſcere ea, quæ ab initio inutilia ſunt, non habet locum in libertatibus, *l. generaliter §. ſi hominem, de fid. libert. l. ſi priuatus §. vlt. qui & à quibus manumiſ. lib. non fiunt.* Nam regula Catoniana pertinet tantum ad ea, quæ cedunt à morte teſtatoris: libertates non cedunt à morte, ſed ab adita hereditate, & hæc de priori caſu.

Sequitur altera pars diſtinctionis propoſitæ, ſi poſt manumiſſionem ſerui peculiaris, pater filio legauit peculium hoc caſu, neque ex ſententia filij, nec ex ſententia patris, ſeruus legato peculij continetur, quem filius noluerit habere in peculium, & iam ante iuſſerat eſſe liberum, ideoque nec libertas ei ex manumiſſione filij competit, quia apparuit, filium non fuiſſe dominum, quoniam à patre non intelligitur ei legatus ſeruus, quem iam peculio filius ſubduxerat. Itaque titulis ſub quibus hæ ll. poſitæ ſunt, inſpectis, vti oportet, quia vt Diuus Hieronymus dixit: *Tituli ſunt claues legum ſiue ſcripturæ.* dicemus illam *l. duo filij, ff. de manumiſſ.* locum habere, ſi de manumiſſione ſerui quæratur: hanc autem Marciani legem, ſi de peculio legato quæratur. Et quod ait Papinianus ſeruum eſſe communem omnium heredum, non eſſe verum indiſtincte, ſed ita verum, ſi manumiſſio legatum anteceſſit. Quod autem ſubiicitur ex Marciano, ne vtamur ſuperiore diſtinctione, pertinere tantum ad peculium legatum, cui legato is ſeruus nullo caſu ineſt, vel inſpecta deſtinatione filij, alioquin nec priore caſu effectus liber eſſet, cum tamen *l. duo* dicat, eum eſſe libertum filij manumiſſoris, ergo liberum.

Ad l. 9. de ſupel. leg.

Legata ſupellectili, cum ſpecies ex abundanti per imperitiam enumerentur, generali legato non derogatur, ſi tamen ſpecies certi numeri demonſtrata fuerint, modus generi datus in his ſpeciebus intelligitur. Idem ſeruabitur inſtructo prædio legato, ſi quædam ſpecies numeri certum acceperint.

INitio huius l. quæritur, ſupellectili legata vel inſtructo prædio generaliter, ſi ſpecies quædam ſupellectilis vel inſtructi enumerentur, an generi per ſpeciem derogetur? Et Papin. ita diſtinguit, Aut ſpecies quædam ſupellectilis vel inſtructi ex abundanti per imperitiam, id eſt, dum teſtator putat non eſſe eas in ſupellectili, vel in inſtructo enumeratæ ſunt, & tunc legato generis legato ſupellectilis vel inſtructi nihil derogatur, quod ex Papiniano Vlpianus retulit in *l. quæſitum, §. pen. ſup. de inſt. vel inſtr. leg.* Aut conſulto conſilio enumeratæ ſunt ſpecies certo & cuſtodito numero, & tunc legato generis derogatur, & ea tantum legatario debentur, quæ ſpecialiter enumerata ſunt. legatum ſupellectilis vel inſtructi minuitur. Priore caſu exigo, vt propria nomina ſpecierum, quæ legantur non exprimantur, vt *d. §. pen.* Nam ſi exprimantur, etiamſi per imperitiam, ſi relinquantur nominatim, illæ ſolæ ſpecies debentur, *l. cum de lanionis, §. qui fundum, eod. tit. de inſt. leg.* Qua de cauſa, non abs re in *l. heres, §. 1. ſup. de leg. 3.* dicitur: duas ſtatuas marmoreas nominatim fuiſſe legatas, & non deberi legatario cæteras ſtatuas marmoreas, licet omne marmor ei legatum ſit. Et notandum maxime ex *d. l. cum de lanionis §. pen.* etiam longam & diligentem enumerationem ſpecierum derogare generi, modum facere generi, quoniam non fruſtra fieri intelligitur, quæ fit prolixe, & accurate, & diligenter, non ex abundanti. Et additur in hac lege: Legato ſupellectilis cedere etiam ſupellectilem auream vel argenteam, vel argento incluſam, argento coopertam, cedere aureas vel argenteas menſas, & candelabra, & lectos argenteos, quæ tamen olim non erant in ſupellectili. Quia veteres non vtebantur, vt erant ſeueriores atque iuſtiores, ſupellectili aurea vel argentea, ſed luxus poſterioris ſeculi etiam eius materiæ ſupellectilem vſurpauit, *l. 1. §. vlt. l. 7. hoc tit.* Et id refert etiã Papin. ex Odyſſ. Hom. Cuius tamen verba non proponit, lib. 23. *Vlyſſem lectum, quem ædificauerat ex oleæ virentis truncis,*

ornasse auro & argento, variasse auro vel argento, quem A Penelopa, inquit, recognoscendi viri signum accepit. Et *Penelopa* dicit, vt Plautus & Cicero, non *Penelope*, & *recognoscendi viri signum*, vt Homerus.

Σήματ' ἀναγνώσης, &c. Ex quo etiam hoc loco non est legendum *lectum viuentis*, sed *lectum virentis*. Legata igitur supellectile non spectamus materiam, sed speciem, quoniam legato continetur omnis suppellex cuiuscunq; materiæ, *vt d. l. 7.* Excipitur tantum in §. *vlt.* supellex argentea, quam testator pignori accepit, vel cuiuscunq; alterius materiæ, non argentea modo, sed cuiuscumque alterius materiæ supellex, pignori accepta, quoniam hæc legato non continetur: quia aliena est supellex, non testatoris, sicut seruis legatis non continentur pignori accepti, *l. seruos autem §. 1. de leg. 3.* Prædiis legatis non B continentur prædia pignori accepta, *l. qui habebat, eod. tit.* Quia aliena sunt prædia. Pignus non transfert dominium, nisi scil. pignus fuerit in vsu & mancipio creditoris voluntate debitoris, id est, nisi sit pignus, quod veteres fiduciam vocabant. Nam fiduciæ dominium transferebatur in creditorem. Qua de causa & cum debitor legauit seruos suos, Paulus *lib. 3. sentent. tit. de legat.* scribit, non contineri seruos, quos debitor fiduciæ dedit, quia sui esse desierunt. Ergo legata supellectile etiã debetur legatario supellex, quæ fiduciaria est testatori. Quod est proprium genus pignoris, quo mutatur dominium, sed vt ait: *sed si propositum*, vbi est legendum *oppositum*. Sed si oppositum sit pignus tantum propter contractus fidem & restituendæ rei vinculum, si opposita sit pignori supellex, non fiducię genere, sed propter contractus fidem & restituendæ rei vinculum, tum legato non continetur, quia non est in dominio creditoris. Et interim serua finẽ contrahendi pignoris, *propter*, inquit, *contractus principalis fidem, & restituendæ rei vinculum.*

Ad leg. 8. de alim. & cibar. leg.

Pecuniæ sortem alimentis libertorum destinatam, vnum ex heredibus secundum voluntatem defuncti præcipientem, cauere non esse cogendum, ex persona deficientium partes coheredibus restitui placuit. Ob eam igitur speciem post mortem omnium libertorum, indebiti non competit actio: nec vtilis dabitur. Diuersa causa est eius, cui legatorum diuisio mandatur. Nam ea res præsentem ac momentariam curam iniungit. Alimentorum vero præbendorum necessitas oneribus menstruis atque annuis, verecundiam quoque pulsantibus adstringitur.

TEstator pluribus heredibus institutis, vnum ex eis præter portionem hereditariam præcipere iussit pecuniæ quantitatem certam, ita vt ex incremento eius pecuniæ siue ex vsuris eius sortis quotannis, vel quotmensibus, vel quotdiebus alimenta præstaret libertis testatoris, quo genere libertis per fideicommissum alimenta legasse intelligitur: verum si ex libertis quidam vita decedat, quæritur, quia in eius persona finitur fideicommissum, alimentorum partium emolumentum ex persona deficientis, ex persona libertorum deficientium, ad quem pertineat? Et ostendit pertinere ad heredem, cui prælegata pecunia est, alimentis præstandis destinata, vt *l. dominus, §. vlt. sup. de vsufr.* pertinere ad eum solum, non ad coheredes. Proinde nec in præcipienda ea pecunia cauere coheredibus debet ex persona libertorum vita decedentium, partes coheredibus restitui, hoc cauere non debet, quia partes deficientes ad eum solum recurrunt, non ad coheredes quod & Diuum Pium constituisse proditum est in *l. diuus, ff. si cui plus quam per leg. Falc.* Quinimo mortuis omnibus libertis, atque ita finito onere præstandorum alimentorum, coheredibus ob eam causam non competit aduersus eum repetitio pecuniæ quasi indebitæ, quod scilicet causa, propter quam eam pecuniam præcipere iussus est, finita sit: non competere, inquam, coheredibus repetitionem eius pecuniæ quasi iam non amplius debitæ coheredi, sed quasi eius commodo omnem eam pecuniam cedere. Et adijcit, nec vtilem eius pecuniæ coheredibus condictionem dari, vel indebiti, vel sine causa, vel quasi ex tacita cautione: denique coheredes nulla actione posse coheredi eam pecuniam auferre, etiamsi finitum sit onus fideicommissi iniunctum coheredi. Et ait diuersam esse causam eius, cui legatorum diuisio mandatur, qui & minister dicitur in *l. 17. de legat. 2.* & dispensator in Nouel. Marciani *de testamento cler.* aliam esse causam heredis certam pecuniam præcipere iussi ad alimenta libertorum, & extranei iussi diuidere legata testamento relicta. Et rationem diuersitatis adfert subtilissimam: Ei cui legatorum diuisio mandatur, præsens & momentaria cura mandatur, vt scilicet statim impleat exequaturque voluntatem defuncti. Qua de causa & clericis quibus non licet suscipere tutelam vel curationem minorum, ne reuocentur à ministerio sacro, *l. generaliter, C. de episc. & cler. & Nouel. 123.* Diuus Cyprianus in epistola ad clerum & plebem Furnis constitutam: *Iampridem;* inquit, *in consilio episcoporum statutum sit, ne quis de clericis, & Dei ministris tutorem vel curatorem testamento suo constituat: quando singuli diuino sacerdotio honorati, & in clerico ministerio constituti, non nisi altari & sacrificijs deseruire & precib. atque orationib. vacare debeant.* Clerici igitur, quamuis tutores vel curatores esse non possint pupillorum vel adolescentum, licet tamen eis esse executoribus & dispensatoribus te- C statorum (ex Nou. Leonis Philosophi 68. nimirum, quia, vt Papinianus ait, ea res præsentem & momentaneam curam exigit, nec clericum adstringit & destringit: Admodum leue & momentaneum est onus; cujus remunerandi causa, sane non videtur testator ei quidquam reliquisse, sed tantum electa probitate eius diuisionem ei legatorum iniunxisse, indixisse: ideoque si quis ex legatariis mortuus sit ante diem legati cedentem, legatum non fit dispensatoris, sed pertinet ad heredem. Idque heres à dispensatore, si penes se habeat, repetere potest, quasi ei indebitum, aut quasi apud eum sit sine causa. At maius est onus heredis, qui pecuniam præcipere iussus est, ex cuius vsuris libertis alimenta annua vel menstrua, mensurna, vt Cornificius loquitur, vel diaria distribuat, quia plerumque longo tem- D pore durat ea functio siue præbitio, & sæpe, si in eo munere exequendo heres se præbuerit tardiorem, aut difficiliorem, id est, in præstandis alimentis, quæ dilationem non ferunt, ea res verecundiam eius pulsat, id est, pudorem ei iniicit, & irrogat infamiam, aut parit inuidiam. Itaq; grauis & molesta est ea prouincia sanè plurimum, & ideo pensandi huius oneris grauissimi causa, placuit non onerari heredem etiam cautione, aut restitutione partium deficientium, & quasi ex mente defuncti pro legatario eum haberi, non pro nudo dispensatore alimentorum. Quæ est sententia huius responsi, cui locus est non passim in qualibet alia specie adsimili, sed in ea solum modo ipsa quam proponit, videlicet si he- E res sit, qui à testatore pecuniam præcipere iussus est ad alimenta libertorum vel aliorum, veluti pauperum aut orborum. Nam si ab omnibus heredibus relicta sunt alimenta & vt fit, vnum ex coheredibus elegerint, cui pecunia daretur, ex cuius vsuris aleret alimentarios, & præberet eis annua vel menstrua, hic sane, etiamsi idem onus sustineat, quia nihil habet ex iudicio defuncti, cum non sit electus à defuncto, sed ab heredibus, cauere debet heredibus, qui eum elegerunt, se redditurum partes eius pecuniæ, vt quisque ex libertis decesserit, *l. 3. hoc tit.* Et eo nomine tenetur etiam coheredibus condictione indebiti, vel sine causa.

Ad l. 23. de liber. leg.

Procurator, à quo rationem exigere heres prohibitus, eoque nomine procuratorem liberare damnatus est, pecuniam ab argentario debitam ex contractu, quem vt procurator fecit, iure mandati cogetur restituere, vel actiones præstare.

HÆc lex est apertissima, & videtur coniungenda esse cum *l. qui plures, sup. de administr. tut.* Nam sicut in ea l. hoc ipso libro 7. Papinianus docuit, herede prohibito à tutore defuncti rationem exigere, non videri tutori remissum, quod ex tutela percepit & penes se habet: Ita in hac lege docet, herede prohibito rationem exigere à procuratore negotiorum defuncti, eoque nomine procuratorem liberare damnatum, non videri ei remissam pecuniam, quam exegit ab argentario ex contractu, quem cum eo habuit vt procurator, & actione mandati eum posse compelli eam pecuniam heredi restituere, quam penes se habet ex negotiorum administratione, vel si nondum exegerit, debere eum heredi cedere actiones, quia domino per procuratorem, cum sit libera persona, acquisitæ non sunt. Et hæc est sententia huius legis, cui tamen non erit locus, si nominatim testator id etiam ei remiserit, quod ex negotiorum administratione percepit & penes se habet, vt docuimus in *l. qui plures*, & probat *l. cum ita, sup. hoc tit.* Alioquin hoc nequaquam remissum esse intelligitur.

Ad l. 23. de adim. leg.

Pater inter filios facultatibus diuisis, filiam ex ratione primipili commodorum trecentos aureos accipere voluit: ac postea de pecunia commodorum possessionem parauit: nihilominus fratres & coheredes sorori fideicommissum præstabunt, non enim absumptum videtur, quod in corpus patrimonij versum est cum autem inter filios diuiso patrimonio res ind uisas ad omnes coheredes pertinere voluisset, ita possessionem ex commodis comparatam diuidi placuit vt in eam superflui pretij filia portionem hereditariam accipiat: hoc enim eueniret in bonis pecunia relicta.

PAter officio arbitri functus cum filios heredes suos instituisset ex disparibus partibus, vel ex paribus, nihil refert, bona sua inter eos diuisit, & filiæ prælegauit per fideicommissum ex ratione commodorum primi pili aureos trecentos. Ea ratio commodorum primipili erat opulentissima, sed ex ea tantum voluit filiam ferre CCC. aureos, ea commoda non debentur nisi post finitam primipili administrationem, *l. 1. C. de primipilo, libro 12.* quia dum militat, non commoda, sed stipendia appellantur. Primipilus est primus centurio totius legionis, quem sequebantur sexaginta centuriæ, vt Dion. Halycarn. scribit, lib. 10. vt Vegetius, quatuor centuriæ, & capiebat is centurio primipili totius legionis merita, vt idem Vegetius ait, commoda, stipendia, & annonas militares, eaque omnia erogabat, quamobrem eo nomine erat obstrictus Reipub. ad reddendas rationes, sed ferebat etiam à Rep. non stipendia tantum, dum militabat, sed etiam honoraria & commoda post militiam siue emerita. Pater igitur ex ratione commodorum primipili, quæ erant in hereditate filiæ per fideicommissum reliquit CCC. aureos. Verum post testamentum factum pater ex pecunia commodorum primipilatus, quæ pluris erat quam trecentorum aureorum, vt dixi, possessionem quoque quandam pluris emit ex pecunia illa commodorum, quam commodis primipilatus acceptam ferebat in rationibus suis: Quæritur, an videatur filiæ fideicommissum ademisse, quod trecentos aureos filiæ relictos ex ea ratione, & ampliorem summam permutauit ex ea comparata possessione aliqua? Et respondet Papi-

A nianus, ademptum filiæ fideicommissum non videri, si pecuniam primipili commodorum consumpsisset & perdidisset male. Sane ademptum videretur legatum, quod non extat: at consumptum non videtur, quod in corpus patrimonij versum est, id est, quo comparata possessio est, quæ verba à Papiniano etiam in quæstionibus vsurpata sunt, *l. idem seruandum, de leg. 2.* Verum cum hac sententia prima specie pugnat omnino *l. alteri, inf. hoc tit.* Quam Accursius tamen non notauit, aut dissimulauit, quæ l. fusius explicabitur suo loco. Nam est ex 9. Resp. Ea, inquam, lex euidenter statuit, ademptum esse legatum prædij, prædio vendito, licet pretium redactum sit in corpus patrimonij. Nihil est quod facilius expediri possit. In *l. alteri*, legauit prædium: in hac l. legauit pecuniæ certum numerum: facilius extinguitur B legatum prædij siue cuiuscunque corporis certi, speciei certæ, quam pecuniæ. Nam certa pecunia legata, non corpora numerorum, sed quantitatem spectamus, *l. 12 de legat. 2.* Quantitas autem semper inest in bonis, *l. 88. de verb. signif. l. deducta §. acceptis, inf. ad Trebel.* Trecentos aureos habet, qui ne teruncium quidem habet, si modo habeat prædium dignum trecentis, quia ea quantitas refici potest ex bonis, quæ habet. Igitur non est mirum, si in hac specie pecunia commodorum primipili versa in prædij comparationem, consistit semper eius pecuniæ legatum, quia intelligitur inesse hereditati quantitas, quæ spectanda est: Et nunc finge, patrem diuiso patrimonio inter filios, adiecisse, vt si quæ res indiuisæ remansissent, hę ad omnes heredes filios suos pertinerent, C fundus, qui comparatus est post testamentum factum, indiuisus remansit, an ad omnes pertinebit pro virilibus portionibus: si sint heredes ex æquis partibus, vel pro hereditariis portionibus: si sint heredes ex imparibus partibus? Et respondet, non omnino eum fundum pertinere ad omnes, quia comparatus est ex pecunia commodorum primipili, ex qua filiæ prælegata sunt trecenta, quamobrem filia præcipiet eum fundum ad finem trecentorum, quæ ei prælegata sunt: *Pour autant vallant.* Superfluum pretij, si fundi pretium superet trecentos, inter se partientur pro virilibus portionibus, vel pro hereditariis, vt dixi, Quomodo nihil obstabit *l. si co-* D *gitatione, C. fam. erc.* quam adducit Accursius. Nam etiamsi ea pecunia commodorum primipili remansisset in hereditate, nec ex ea comparatus fuisset fundus, & amplior fuisset trecentis, vt & initio proposui fuisse ampliorem & opulentiorem, ratione eorum commodorum, præceptis trecentis à filia, superfluum pecuniæ inter se diuiderent fratres ad eundem modum, id est, pro hereditariis portionibus. Et id est, quod in extremo huius legis proposuit Papinian.

Ad l. 1. de reb. dub.

Fundum Mæuianum aut Seianum Titio legauerat, cum vniuersa possessio plurium prædiorum sub appellatione fundi Mæuiani rationibus demonstraretur: respondi, non vi- E *deri cætera prædia legato voluisse defunctum cedere, si fundi Seiani prædium à fundi Mæuiani pretio non magna pecunia distingueretur.*

IN *l. 1. ff. de reb. dub.* hæc proponitur species: Qui habebat prædiolum, quod fundum Mæuianum appellabat, & huic adiuncta pleraque alia prædia, quæ omnia etiam possidebat nomine fundi Męuiani, eorumque omnium prædiorum reditus sub nomine fundi Męuiani rationibus suis ferebat acceptos, denique vniuersitatem illam prædiorum vocabat fundum Mæuianum, & specialiter prædiolum vnum, non magni pretij, hoc nomine insignibat: hic vero alij legauit disiunctim fundum Mæuianum aut Seianum, quem ipse legatarius eligeret: nam ponendum est electionem da-

tam legatario, veluti fundo Mæuiano aut Seiano legato per vindicationem. Quæritur autem, de quo fundo Mæuiano testator senserit, vtrum de latifundio & possessione, quæ plura prædia complectebatur, an de prædiolo Mæuiano tantum? ὁμωνυμία rem dubiam facit, sed Papinianus subtiliter respondet, homonymiam illam esse dissoluendam ex comparatione fundi Seiani, cuius quidem aut Mæuiani eligendi testator legatario potestatem facit: nam si fundi Seiani pretium non magna pecunia distinguatur à pretio fundi Mæuiani exiguioris, si tanti sit vnus fundus quanti alter fundus, aut non multum inter se pretio & dignitate distent, tunc testator videtur legatario reliquisse, vtrum ex iis mallet, Seianum an prædiolum Mæuianum, quia non intelligitur cum Seiano comparasse fundum Mæuianum, qui erat amplissimus & latissimus, & cuius pretium longe superabat pretium fundi Seiani. Ex diuerso, si fundus Seianus adæquat latifundij pretium, quod testator etiam nomine fundi Mæuiani possedit vniuersum, tum id latifundium testator videtur posuisse in electione legatarij, non fundum Mæuianum pretio longe inferiorem, quod dixi prædiolum Mæuianum: quoniam comparatio & electio apte & conuenienter non fit, nisi in his rebus, quæ inter se dignitate siue quantitate pares, aut non valde dispares sunt, & vt Philos. dicunt ἐν τοῖς κοινωνίαν ἔχουσι πρὸς ἄλληλα. *in his, quæ inter se societatem & communionem quandam habent, aut affinitatem quandam.* Nam si res legatæ sub disiunctione, vtram ex eis legatarius elegerit, valde dispares sint atque discretæ, frustra electio legatario data videtur, & ea tantum potius dicitur esse legata, quæ longe pretio exuperat alteram: vt si tibi legauero fundum Titianum, qui erat dignus mille, aut fundum Tusculanum, qui erat dignus quinque, quem ipse eligeres: aut si ita legauero tibi, hunc vel illum per vindicationem, quo genere videor tibi tribuisse electionem, sane in legato tantum videtur esse fundus Titianus, qui est dignus mille, quem proculdubio tu electurus es. Et huius rei argumentum præbet *l. si ita relictum* §. *pen. sup. de leg. 2.* Ergo in proposita specie, ex comparatione, contentione, collatione fundi Seiani intelligitur, quis fundus Mæuianus legatus sit exiguus, an amplus, sicut in *l. vlt* §. *vlt. sup. de trit. vin. & oleo leg.* Cum legato vino amphorario, *du vin frelaté*, & vino Amineo, & Græco, & dulcibus omnibus, cum dubitaretur, an potiones tantum dulces essent legatæ, an vero etiam cibi dulces, vt vuæ passæ, palmæ, ficus, caricæ. Labeo recte respondet ex collatione vini amphorarij, Aminei, Græci, ea tantum dulcia legata videri, quæ potiones essent: comparatio adiunctarum rerum dubitationem omnem tollit. Et ita explicandum est hoc responsum Glossis omnibus obliteratis.

Ad l. 77. de cond. & demonst.

Auia quæ nepotem sub conditione emancipationis pro parte heredem instituerat, ita postea codicillis scripsit: hoc amplius nepoti meo, quam quod eum heredem institui, lego prædia illa: conditionem emancipationis repetitam videri placet: quamuis auia nullam in legatis, vt in hereditate, substitutionem fecisset. Nam & cum seruus pure quidem liber, heres autem sub conditione scriptus, & si heres non extiterit, legatum accipere iussus est: in legato repetitam videri libertatem D. Pius rescripsit.

INitio huius legis hæc proponitur species. Auia nepotem pro parte heredem instituit sub conditione emancipationis, id est, si emanciparentur à patre, & si heres non esset auia in defectum conditionis alium ei substituit, deinde codicillis ei pure prælegauit certa prædia, non repetita conditione emancipationis, non

A repetita etiam substitutione, ac proinde ei substituit in hereditate, non in legato, quia in legato non repetiit substitutionem. Quæritur, an etiam in legato intelligatur repetiisse conditionem emancipationis? Et ait Papinianus in legato eandem conditionem repetitam videri ex voluntate defuncti, quæ etsi aliis modis declarari possit, vt in *l. vlt.* §. *vlt. ff. de doli excep.* tamen in specie proposita, vt proponitur à Papin. fuerat voluntas testatoris apertius declarata his verbis, quibus codicillis prædia prelegata sunt: *Hoc amplius nepoti meo, quam quod eum heredem institui, lego prædia illa:* hæc verba, *hoc amplius*, hanc scripturam iungunt superiori scripturæ testamenti, & vim repetitionis habent, repetuntque eandem conditionem, ac si iun-

B cta scriptura ita testator dixisset, *heres esto ex semisse, si te patet emancipauerit, hoc amplius quam quod te heredem institui, lego tibi prædia illa.* hæc verba: *hoc amplius*, repetunt superiorem conditionem, vt in *l. libertis, inf. hoc tit.* sed non repetunt etiam substitutionem subiectam: nec igitur deficiente conditione substitutum ad legatum admittemus, sed ad portionem hereditatis tantum. Et subijcit eodem modo, seruo pure relicta libertate & hereditate sub conditione aliqua & heres non esset legato ei relicto, in legato repetitam videri ei libertatem, idque ait D. Pium rescripsisse: quod Marcianus alio loco scribit D. Pium rescripsisse fauorabiliter in *l. Diuus de man. testam.* rescripsisse, inquam, in legato repetitam videri libertatem, quæ institutioni præposita est, vt sci-

C licet seruus perueniret ad libertatem, nec intercideret legatum, quod constat seruo proprio inutiliter relictum sine libertate esse, *l. 6. C. de leg.* hoc, inquam, rescripsisse fauorabiliter, sed suffragante etiam voluntate testatoris, qui non intelligitur seruo voluisse legare inutiliter, quod tamen faceret, si non intelligeretur repetita libertas. Idemque ex hoc libro Papin. à Marciano repetitum iisdem verbis in *l. cum seruus, ff. de cond. inst.* In qua ex hoc loco plusquam manifestum est, initio illius legis non esse legendum, vt vulgo in omnibus, *in legato repetitam videri conditionem, vt D. Pius rescripsit*, sed, *in legato repetitam videri libertatem D. Pius rescripsit.* Nam non potest videri in legato repetita conditio adscripta in institutione, aut si repetita videtur & defe-

D cerit, tam legatum quam institutio intercidit, & tamen legatum valere ait, deficiente conditione institutionis, quasi relictum sub contraria conditione, si heres non esset, id est, si deficeret conditio institutionis, & merito valere legatum, quia libertas ei competit, quasi repetita etiam in legato, vt *l. Trebatius seq. de hered. inst. d. l. cum seruus, de man. test.*

Ad §. Mutiana.

Mutiana cautio locum non habet, si per aliam conditionem actio legati differri possit. §. 2. *Titio si mulier non nupserit, heres centum dato: quam pecuniam mulieri eidem Titius heres restituere rogatus est, si nupserit mulier: die legati cedente, fideicommissum petet, remoto autem fi-*

E *deicommisso legatariis exemplum Mutianæ cautionis non habebit.*

HOc demonstrato Papin. tractat aliquid breuiter de cautione Mutiana, de qua memini me dixisse eundem auctorem tractasse in *l. cum filius*, §. *qui Mutianam, sup. hoc tit.* Et iis, quæ illo loco diximus de cautione Mutiana, cuius vtilitas consistit in conditionibus legatorum vel fideicommissorum, vel hereditatum, quæ in non faciendo conceptæ sunt, vt *l. 7. ff. h. tit.* his, inquam, quæ illo loco diximus addendi sunt duo casus, qui proponuntur hoc loco, quibus non est locus Mutianæ cautioni. Ac primum quidem ei locus non est, si per aliam conditionem quæ vel in faciendo, vel in

dando consistat, legati petitio differatur. Finge, legatum relinqui sub conditione, *si Capitolium ascenderis*, vel *si heredi decem dederis*, &, *si Alexandriam non ieris*, etiam si paratus sis præstare cautionem Mutianam, te Alexandriam non iturum, non capies legatum antequam impleueris aliam conditionem, quæ in dando, vel in faciendo consistit: conditio quæ consistit in non faciendo, quasi quodam modo impletur præstita cautione Mutiana: quæ in dando vel faciendo non nisi reipsa: & hæc, quia legato coniunctim adscripta est, differt legati petitionem. Non est etiam locus cautioni Mutianæ in specie §. seq. legaui Titio centum sub conditione, *si Mæuia non nuberet*, & sub eadem conditione Titium rogaui, vt Mæuiæ 100. restitueret: mulier statim petit fideicommissum non præstita cautione Mutiana, quia ea conditio mulieri remittitur, quæ inhibet nuptias, *l. Titio 71. §. Titio*, & *l. mulieri*, *h. tit.* adeo vt etiam si nupserit Mæuia, petere fideicommissum possit. Propter mulierem autem etiam Titius die legati cedente, legatum petet, vt id mulieri restituat, quod tamen non posset petere, si ab eo sub eadem conditione de restituenda pecunia Mæuiæ, si non nuberet, fideicommissum non esset relictum mulieri, id est, si Titio tantum legata essent 100. si Mæuia non nuberet, nec fuisset oneratus fideicommisso sub eadem conditione de restituenda pecunia Mæuiæ, si non nuberet. Petit igitur legatum propter fideicommissariam, quod remota fideicommissaria non peteret, ne præstita quidem quasi Mutiana cautione, veluti, daturum se operam, ne Mæuia nubat, &, si Mæuia nupserit pecuniam legatam se heredi redditurum, quia Mutiana cautio in his tantum conditionibus locum habet, quæ non nisi morte legatarij expleri possunt, *l. Titio fundus, hoc t.* hæc autem conditio, de qua agitur, *si Mæuia non nupserit*, expleri potest viuo legatario, si Mæuia moriatur superstite legatario. Eademque est ratio legis *hoc genus, inf. hoc tit.* Atque ita his duobus casibus non est locus Mutianæ, aut quasi Mutianæ cautioni. Et postremo in hac l. proponitur elegantissima species, quæ talis est.

Ad §. vlt.

Pater exheredatæ filiæ tutores dedit: eosque si mater eius impubere filia constituta vita decessisset, ad rem gerendam accedere iussit: cum vxori mandatum esset, vt moriens decies filiæ communi restitueret, non sub conditione tutores videbuntur dati: nec si quid aliud interea puella quæsisset eius administratione prohiberi, cautio vero fideicommissi matri remissa, quocunque indicio voluntatis cautio legatorum vel fideicommissorum remitti potest. Itaque si cautionis non petendæ conditio legato vel fideicommisso præscribatur: conditionem ea res non faciet, non enim deficiet, si quis caueri desiderauit, onere cautionis non secuto, quod aduersus initum hodie iure publico sequi non potest, postquam remitti posse cautionem placuit.

Pater filiam impuberem exheredauit, non notæ causa, sed bona mente prudentique consilio, vt ei consuleret, vt in *l. multi, sup. de lib. & post.* Quod & postea declarauit in ipso testamento. Nam filiæ exheredatæ tutores dedit, & vxorem heredem institutam rogauit, vt si vxor vita decederet, filia impubere constituta, ei moriens decies restitueret, qui ingens est pecuniæ numerus, id est, decies centena millia, *vn million*. Ac præterea si mater decederet filia impubere constituta, tum tutores iussit accedere ad rem gerendam, vetuit interim dum viueret mater eos rem gerere filiæ: Quæritur, an videantur tutores dati sub conditione, si mater decederet relicta filia impubere? Et ait, dationem tutoris esse puram, tutores datos non videri sub conditione, ideoque si qua bona aduentitia obuenerint filiæ, post mortem patris ea tutores administrare posse, non etiam bona paterna, quæ impuberi filiæ relicta sunt per fideicommissum à matre herede instituta, quia prohibiti sunt ea bona administrare vsque adeo, donec mater moreretur. Dices, frustra prohibitos esse administrare bona paterna, quia viuente matre filia nulla habuit bona paterna, quæ fuit exheredata. Dicam tamen non frustra esse prohibitos, quia his verbis: *ne accedant ad rem gerendam ante mortem matris*, prohibiti intelliguntur, ne à matre cautionem fideicommissi exigant, de restituendis decies, nimirum post mortem. Etiam viuente matre se immiscerent tutores administrationi bonorum paternorum relictorum filiæ per fideicommissum sub conditione, *si exigerent cautionem fideicommissi præstandi existente conditione*, quam tamen non possunt exigere, quia prohibiti sunt ad rem administrandam accedere, ad quã vtique accederent, si cautionem exigerent. Est igitur ea prohibitio indicium remissæ cautionis Prætoriæ fideicommissi seruandi causa, quam constat hodie quocunque indicio voluntatis remitti posse. Hæc sunt verba Papiniani quæ sumpsit ex constitutione Diui Marci, id est, ex *leg. 2. C. vt in possess. leg.* ex qua innumeris locis ff. proditum est hodie: *Quocunque indicio voluntatis testatoris remitti posse cautionem legatorum, aut fideicommissorum in diem vel sub conditione relictorum, quæ interponi solet ex edicto Prætoris.* Denique ea prohibitio, *vt non ad rem gerendam accedant viua matre*, non facit conditionem, vt videantur dati tutores sub conditione, quoniã aliam rem pupillæ iure administrabunt, aliam rem aduentitiam gerent: sed vis eius prohibitionis hæc est, vt remittant matri tantum cautionem fideicommissi. Et breuiter, his consequens est, *legato vel fideicommisso præscriptam conditionem*, vt ait, præscribi dicitur etiam in *l. pater, §. conditionem*, *hoc tit.* & *l. dominus*, *de pecul. leg.* quod est apponi legato vel adscribi, ne vos fallat Accursius, cuius Glossæ delendæ sunt: legato, inquam, vel fideicommisso apponi vel adscribi conditionem si legatarius cautionem legati non petierit ab herede, non minus deberi legatum, si legatarius cautionem petierit ab herede, quia non videtur defecta conditio, quæ nulla est: sed iis verbis, *si legatarius non petierit cautionem ab herede*, non videtur legato adscribi conditio, sed remitti heredi onus cautionis. Ideoque, etiamsi legatarius desideret sibi caueri, capiet legatum, quoniam & id frustra desiderat, quia iure publico ex constitutione Diui Marci hodie cautio remitti potest, quocunque indicio voluntatis. Hodie, inquam, quoniam ante eam constitutionem non potuit remitti, quia testator non potest facere, ne leges vel edicta in suo testamento locum habeant, *l. nemo, de leg.* 1. nisi id ei specialiter lex permittat. Ideoque aliæ cautiones non possunt remitti in testamento, hæc potest remitti, quia id permisit constitutio Marci & Commodi.

Ad l. 100. de condit. & demonst.

Titiæ, si non nupserit, ducenta, si nupserit, centum legauit. nupsit mulier: ducenta, non etiam centum residua petet, ridiculum est enim eandem, & vt viduam & vt nuptam admitti.

Certum est mulieri remitti conditionem viduitatis vel cœlibatus, quasi vtilitati publicæ repugnantem, vt puta, si mulieri legetur sub conditione, si non nupserit, & illa nupserit, ex *l. Iulia Miscella* mulier perinde admittetur ad legatum, atque si vidua permansisset, idque in hoc titulo probat *l. cum ita legatum*, & *l. hoc modo*, & aliæ complures. Quo cognito, fac, mulieri, si non nupserit, legari ducenta, & si nupserit, centum duntaxat: Quæritur, an si nupserit, vtrumque legatum capiat, id est, trecenta? & subtiliter respondet Papinianus

eam capere tantum 200. id est, amplius legatum, tanquam viduam, licet reuera non sit vidua, quæ nupsit: tanquam viduam, inquam, quia fingitur conditioni paruisse, *l. mulier, hoc tit.* Alia autem 100. quæ si nuberet ei legata sunt, eam non posse capere, altero legato debere esse contentam. Id autem proculdubio electura est, quod est amplius, non capere igitur eam vtrumque legatum, quoniam ridiculum esset eandem, & vt viduam admitti ad 200. & vt nuptam admitti ad 100. Ridicula sunt vitanda, *l. iam dubitari, ff. de hered. inst.* Restat etiam *l. 56. ad Senatusc. Trebell.*

Ad l. 56. ad Senatusconsultum Trebellian.

Filiam fratribus, certis rebus acceptis hereditatem restituere pater voluit. ante restitutam hereditatem in possessionem hereditatis filiam quoque mitti placuit. Cum autem interea filij res bonorum in solidum distraxissent, item alias pignori dedissent, hereditate postea restituta constitit, ex eo facto cæterarum quoque portionum venditiones, item pignora confirmari.

CVius species hæc est: Pater filiam heredem instituit ex parte, & rogauit acceptis certis rebus, quas vtique pro sua parte imputabit in Falcidiam, hereditatem, id est, portionem suam restituere fratribus coheredibus suis. Certum est, post recitationem testamenti heredes scriptos in testamento, etiamsi dicatur iniustum aut ruptum aut falsum, interim, dum ea querela disceptatur, mitti posse in possessionem rerum hereditariarum, quas defunctus possedit mortis tempore, ex edicto Diui Adriani, *l. vlt. inf. de appellat. recip. l. 26. C. Theod. quorum appell. non recip.* hodie ex constitutione Iustiniani, id est, ex *l. 3. C. de edic. Diui Adri. toll.* At quæritur, *an vna cum fratribus coheredibus suis etiam mitti possit in possessionem rerum hereditariarum filia, quæ onerata est fideicommisso restituendæ fratribus portionis suæ hereditariæ?* Et ait, *ante restitutam hereditatem posse, & ipsam vt heredem scriptam cum fratribus mitti in possessionem hereditatis ex edicto Diui Adriani.* missis autem omnibus heredibus in possessionem, si forte fratres res quasdam hereditarias in solidum vendiderint, & alias in solidum pignori obligauerint, etiamsi in solidum eas neque iure vendiderint, neque pignerauerint, sane non iure pro portione sororis citra voluntatem eius, tamen sorore postea restituente fratribus hereditatem, id est, portionem suam retentis certis rebus, quas retinere iussa est, quasque fratres neque distraxerunt, neque pignerauerunt, rectissime Papi. ait ex post facto apparere iure venditas & pigneratas à fratribus alias res fuisse etiam pro portione filiæ quæ postea eis restituta est ex causa fideicommissi, restitutionem hereditatis retrotrahi, & pro eo haberi, ac si restitutio hereditatis præcessisset venditionem & pignerationem: ac proinde conualescere pignus venditionemque, non quidem directo, quæ non constitit ab initio pro portione filiæ, sed ex æquo & bono, vt in *l. si Titio, ff. de pign.* Et ait, id apparuisse ex eo facto, quod alias dicit, & dicunt alij, *ex post facto, ex euentu, ex accidente, ex eo quod postea contigit.* Nam & in *l. pen. §. pater, ff. de castr. pec.* est scriptum, *ex facto*, pro *ex post facto.* Et hæc est sincera interpretatio huius responsi.

Ad §. 1. l. 10. de vsu & habit.

Sed si χρήσις sit relicta, an vsus sit videndum. Et Papinianus lib. 7. Responsorum ait, vsum esse, non etiam fructum relictum.

SI sit χρήσις legata certæ rei. refertur Pap. eo loci respondisse, vsum nudum legatum videri, non vsumfructum, χρήσεως nomine significari vsum nudum, vt si χρήσις domus, χρήσις τῆς οἰκίας legata sit. Ambiguum est nomen, & multiplex: nam & fructum significat, vt illo loco Ciceronis, *Sum χρήσει μὲν tuus, κτήσει δὲ, Attici nostri*, id est, *sum fructu tuus, mancipio vero, Attici nostri.* Significat etiam commodatum in Basil. quod alias dicitur *vtendum datum*, & apud Aristot. 5. Ethic. dum enumerat contractus voluntarios, vbi male Heliodorus interpres Aristot. χρῆσιν accipit pro locatione & conductione: *cum quis, inquit, certa mercede domum suam, vel animal suum vtendum dedit*, quo in errore versatur etiam Eustrathius, quoniam eo loco aperte Aristot. χρῆσιν id est, *commodatum* separat à μισθώσει, id est, *locatione & conductione.* at cum legatur χρήσις domus, χρήσις prædij, Papinian. respondet, nudum vsum, non vsumfruct. legari, χρῆσιν μόνην non χρῆσιν καρπῶν, vel ἐπικαρπίαν.

Ad §. vlt. l. 12. de fundo inst.

Idem Papinianus l. 7. Respons. ait: instructis hortis filio legatis, mater argentum muliebre filiæ legauerat: respondit, etiam id argentum muliebre, quod in hortis habuit, vt ibi esset instructior, ad filiam pertinere.

CErti iuris est instructo fundo legato, non tantum deberi instrumentum fundi, sed etiam instrumentum patrisfam. vel matrisfam. qui quæve testatur, quod in eo fundo habuit, vt esset instructior: plenius esse legatum instructi quam instrumenti, *d. l. 12. §. sed si fundus hic.* Ergo si materfam. filio legauerit hortos instructos, legato continetur argentum muliebre, quod in hortis habuit factum vel infectum: puta, vasa argẽtea, aut mensas argenteas, quod ipsa, inquit, in hortis habuit, vt ibi esset instructior: nisi scilic. specialiter argentum muliebre alij mulieri legauerit: legatum est mulieri conueniens, muliebria muliebri: vt proponitur etiam filio legasse hortos instructos, filiæ argentum muliebre, quo casu proculdubio est generi per speciem derogatum, vt in *l. seruis vrb. §. vlt. de leg. 3.* Et filiæ, cui legatum est argentum muliebre, id etiam legatum videtur, non tãtum quod alibi habuit mater, sed etiam quod habuit in hortis, vt ibi esset instructior. Generi per speciem derogatur, si alij legetur genus, alij species: imo etsi eidem genus & species, secundum distinctionem tamen & diuisionem à nobis explicatam in *l. 9. sup. de sup. leg.* Et ita instructi legatum, vel instructorum hortorum legatum quod relictum est, minuitur per legatum quod specialiter filiæ relictum est nomine argenti muliebris. Nec obstat *l. si generaliter, C. qui pot. in pign. hab.* quæ specialem hypothecam constitutam vni creditorum, ait, non derogare generali hypothecæ, quæ alij creditori ante constituta fuerat: generi ergo per speciem non derogari. Sed hoc ideo, quia ex generali hypotheca iam priori creditori ius quæsitum erat, quod ei auferri non potest inuito. Ei autem cui genus ante legatum est, nullum ius quæsitum erat viuo testatore, cum testator legatum generis minuit, ex eo genere detrahendo speciem, vel species certas, & alij legando. Et hæc est sententia huius §.

Ad §. Papinian. leg. 12. de instr. leg.

Papinianus quoque l. 7. Respons. ait, sigilla, & statuæ adfixæ, instrumento domus non continentur, sed domus portio sunt, quæ vero non sunt adfixa, instrumento non continentur, inquit: *supellectili enim adnumerantur excepto horologio æreo, quod non est adfixum. Nam & hoc instrumento domus putat contineri, sicut prothyrum domus, si velamen est*, inquit, *instrumento domus continetur.*

IN quo refertur ex eodem libro Papinia. sigilla, signa habentia formam hominum, vel deorum, sigilla,

inquam, & statuas adfixas domui vel non adfixas, non cedere legatario, cui legatum est instrumentum domus. Instrumento domus, affixas non contineri: quia pars sunt domus. Si pars domus, ergo non instrumētum: nam pars inest toto. instrumentum non inest ei rei, cuius instrumentum est. Optatus Mileuitanus 2. aduersus Parmenianum: *si ornamentum est*, inquit, *corporis, pars corporis non est, aut si pars corporis: dos igitur aut instrumentum, aut ornamentum non est.* Ac præterea pars domus & domus quasi eadem res est, *l. 7. de except. rei iudic.* Quod & Aristoteles tradidit. At instrumentum cuiusque rei necesse est rem aliam esse, & alterius generis, atque ea res quæque sit, cuius instrumentum sit, quæ est est definitio *l. vlt. hoc tit.* Quod Philosophi exprimunt his verbis, τὸ ἕνεκά τε, ἕτερόν ἐστι τοῦ οὗ ἕνεκα ἐστίν. Magentinus *in 1. prior. Anal.* qua ratione in *d. l. vlt.* statuit, scaphas non esse instrumentum nauis, quia & ipsa nauis est nec genere distat à triremi, vel alia oneraria naue, sed mediocritate tantum: & consequenter fundus fundi instrumentum esse non potest, §. *ea vero huius leg.* Homo liber hominis liberi instrumentũ esse nõ potest, at seruus serui instrumentũ esse potest: nã instrumentũ instrumẽti esse potest, §. *sed an instrumẽti, sup.* & multo magis seruus potest esse instrumentum liberi hominis: nam & instructo continetur: quo plus quam instrumento continetur. Instrumento prædij continetur tantum instrumentum, quod prædij gratia comparatum est. Prædio autem instructo legato continetur & instrumentum prædij & domini, quo instructior est in eo prædio, quodve in eo prædio habet vsus sui causa. Denique plenius est instructi quam instrumenti legatum, §. *sed si fundus*, hoc loco. & instructo prædio legato continentur etiam serui rustici vel vrbani, si instructum prædium vrbanum legatum sit, §. *idem Celsus, & seq. h. l.* Ideo autem seruus liberi hominis, vel serui instrumentum esse potest, quia iure ciuili, imo & prætorio serui pro nullis habentur, & sunt ἀπρόσωποι, vt Theophilus loquitur, *l. 1. de iure delib.* & pecudibus exæquantur, *l. 2. sup. ad leg. Aquil.* Verum è contrario tamen ne quid omittam, nunquam euenit iure, vt homo liber sit instrumentum, vel ministerium serui. Quod vero ait Papinianus: sigilla vel statuas adfixas partem domus esse, ergo instrumentum domus non esse propter rationes, quas explanaui ante, id videtur pugnare cum *l. pen. de verb. sign.* quæ negat statuas adfixas esse ædium: ergo nec partem vel quasi partem ædium esse, nec venire in emptionem, venditionem, aut in legatum ædium, quod hæ statuæ non perficiant ædes. Partes sunt quæ perficiunt totum, statuæ non perficiunt ædes: ergo partes non sunt ædium, sed habentur tantum ornatus causa. Sed animaduertendum est, Papinianum hoc loco agere de statuis domui adfixis, inædificatis, iniunctis, immolitis, quæ & sustinendo oneri ædium sunt, atque adeo partes ædium, quia perficiunt ædes, quum onera ædium sustineant, vt statuæ quæ dicebantur τελαμῶνες. Illo autem loco agitur nominatim de statuis adfixis basibus structilibus, quæ scilicet fiunt ex calce & cæmentis, non de adfixis domui: hæ neque sunt pars domus, neque instrumentum domus, quoniam ornamentorum tantum causa habentur: Et multum interest inter partes, & ornamenta, & instrumenta, §. *si domus, h. l.* vbi Iurisconsultus refert Celsum dixisse, inter instrumentum & ornamentum multum interesse, & addere licet, similiter, & inter instrumentum vel ornamentum, & partem multum interesse. Et hæc de sigillis vel statuis adfixis, nunc dicamus de non adfixis.

Ea negat etiam Papin. instrumento domus contineri, quia supellectili adnumerantur. Supellex autem non domus, sed domini instrumentum est, quia domini gratia comparatur, vt mensæ, lecti, candelabra, delphines, & alia innumera. Ac proinde supellex cedit quidem instructo, quod complectitur etiam instrumentum patrisfam. si domus instructa legetur: at supellex non cedit etiam instrumento domus tantum legato, §. *suppellex. & §. proinde si fundus, h. l. & l. 15. §. 1. l. 16. in pr. h. t.* Breuiter hæc est sententia Papin. sigilla & statuas adfixas domui, non cedere instrumento domus, sed adfixas partem esse domus; non adfixas esse in supellectili. Deinde subiicit Papinianus *horologium tamen æreum*, ex ære scilicet, rotundum quod scaphium Marcianus Capella appellat in Geometria: horologium, inquam, æreum, si non sit adfixum domui: nam adfixum pars est domus, cedere instrumento domus, quia, meo quidem iudicio, id Papin. existimauit maxime pertinere ad munitionem domus, vt scilicet, nota essent horarum spatia. Nam domus quid fuerint in vrbe, multi ignorant: domus indigebant in vrbe munitione, quia erant amplissima & sumptuosissima ædificia, idcirco paucissimæ in vrbe domus: insulæ verò sparsæ in vrbe innumeræ, vt constat ex Sexto Ruffo, & Publio Victore, qui regiones vrbis descripserunt, & in Exquilina regione ponunt domum Aquilij Iurisconsulti: & Plinius initio 17. *Aquilium illa domo quam iuris scientia fuisse clariorem.* Et in eadem regione domum M. Crassi, & Quinti Catuli, & domum Crassi idem Plinius magnificam fuisse, Catuli aliquanto præstantiorem, Aquilij pulcherrimam. Idem Papinianus ait, πρόθυρον *domus, si velamen sit contineri instrumento domus.* Si velamen sit, id est, si non cohæreat domui, sed appendatur præliminі: nam si limini adhæret, magis domus portio quam instrumentum esse intelligitur. Et ita est accipiendum quod est in *l. pen. de verb. signif.* quod & huic loco aduersari videtur: ædium esse, id est, partem ædium esse prothyrum, quod in ædibus vtrumque fieri solet, vt recte illum locum doctissimus Augustinus emendat, quoniam corrupte in Florentinis est scriptum, *quod in ædibus iterum fieri solet*, nullo sensu. Igitur partem ædiũ esse ait, porthyrum: *quod in ædibus vtrinque fieri solet*, id est, quod in ædibus intra & extra inædificari solet: nam & prothyrum fuit extra & intra, sicut προαύλιον, vt vel locus Euangelij indicat Marci 14. de Diuo Petro, qui prodit εἰς προαύλιον. Quod demonstrat fuisse interius ostium, constat porta, postibus siue angulis, limine, superlimine, *linteau, le dessus de la porte*, quod vocant ὑπέρθυρον, & antelimine, quod πρόθυρον. Et nihil est præterea in hoc §.

Ad §. Papinian. ead. l.

Papinianus quoque prædiis instructis legatis, mancipia non contineri, quæ temporis causa illic fuerunt, ac non eo animo eos transtulit paterfamilias, vt aut fundi aut suum instrumentum faceret.

ADfirmo ex eodem libro Papiniani esse quod refertur in hoc §. idque probabo inferius liquido: vt instructo prædio legato, domo scilicet, vel fundo legato, non contineantur serui, qui temporis causa in eo prædio sunt, vt ibi maneant aliquantulum, non vt cedant instrumento prædij, non etiam vt cum dominus ipse, in prædium venerit, eis fiat instructior. Ergo instructo non continentur serui, quos dominus in prædio habuit temporis causa: quia nec fundi nec suum instrumentum fecit, vt *l. 2. C. de verb. sign. Non*, inquit, *eo animo eos transtulit in prædium vt prædij vel suum instrumentum, eo in loco faceret, sed temporis tantum causa*, veluti custodiæ aut certæ operæ causa, & continentur tamen instructo, quæ ibi testator tum non habuit, id est, testamenti tempore, si modo habere consueuit, & ad tempus alio transmisit, quia non desierunt esse in instrumento suo vel fundi. Finge, esse actorem prædij, quem misit in prouinciam vt in prouincia ordinatis quibusdam negotiis rediret ad idem prædium, eundemque actum, & cum is actor esset in prouincia, testatorem legasse præ-

dium instructum, an legato continebitur actor, qui abest vel nondum rediit? Sic videtur: optima ratione, quia eius causa & conditio siue actus commutatus non est: Et subiicitur etiam respondisse Papinianum: instructis horreis legatis contineri etiam vina quæ ibi testator habuit, vt ibi ea consumeret vsus sui causa, non etiam ea, quæ ibi habuit in horreis, in horreo vinario, in apotheca vt vteretur alibi: puta, in alio prædio, quoniam ea ibi non habet, vt se eo in loco iis instruat, sed vt eo in loco ea haberet in deposito ad vsum loci alterius, non eiusdem. Quod etiam comprobat §. *proinde si fundus*, & §. *instructo autem fundo*, in hac *l.* In quo ostenditur similiter instructo prædio legato, venire etiam libros, quos ibi paterfamil. habuit, & bibliothecam, vt quoties veniret, vteretur, sed non contineri etiam apothecam librorum quos ibi posuit, vt alibi vteretur. Idemque confirmat *l.1.C.de verb.signific.* Sed obstare videtur *l.15.§.1.hoc tit.* quæ dicit: *domo instructa legata, non videri legata vina.* addita hac ratione: *quia domus vinis instructa intelligi non potest*, Verum obseruandum, eam absolute dicere: *vina non videri legata*, qui sermo est accipiendus secundum alias leges, quia cum sit absolutus suppletionem facile recipit, nempe hoc modo, vt dicamus in eo loco agi de vinis, quibus in ea domo dominus non instruebatur, non vtebatur, quibus vinis sane nec domus instructa dici potest, quia non iis vtitur.

Ad §. idem respondit. eod.

Idem respondit, domo per fideicommissum relicta cum supellectili Claudio Hieroniano clarissimo viro ab Vmbrio Primo, & mensas & cæteram supellectilem, quam in hortis paterfamilias in proconsulatum profecturus contulerat, vt tutiore loco essent, contineri.

PRæterea additur ex eodem libro: Legata domo cum supellectile, etiam eam supellectilem deberi, quam testator in proconsulatum profecturus in hortos contulerat tutelæ causa, atque ita domo transtulerat in hortos tutelæ causa, quia non ideo intelligitur etiam ea separasse à reliqua supellectile, cum tutelæ tantum causa ad tempus eam separauerit. nam dicimus legata domo cum supellectile, etiam eam supellectilem deberi quam domo transtulit in hortos ad tempus, vt tutiore loco esset: nam & eadem ratione mancipia aut vina non intelligitur separasse à prædio, cuius gratia comparata sunt, si ad tempus tutelæ causa ea alio transtulerit, Et iamdiu in hoc §. ostendi, me malle legere hoc modo. *domo per fideicommissum relicta cum supellectile à Claudio Herminiano, Clarissimo viro Vmbrio Primo*, quoniam legi Claudium Herminianum quem propterea etiam virum clarissimum vocat, fuisse proconsulem Cappadociæ apud Tertullianum in lib. *aduersus Scapul.* quem etiam hoc loco ideo ait profecturum in proconsulatum mensas & cæteram supellectilem in hortos contulisse: & ex eodem auctore didici cum in ea prouincia vita decessisse, suscepta fide in Dominum nostrum Iesum Christum. Hunc igitur pono virum clarissimum proconsulem Claudium Herminianum morientem in prouincia, Vmbrio primo legasse domum cum supellectile, & legato cedere mensas, & cæteram supellectilem, quam domo mouit & transtulit in hortos, vt tutiore loco esset, quoniam hanc translationem fecit ad tempus tantum.

Ad §. idem respondit theriacam eod.

Idem respondit theriacam quoque, & cætera medicamenta, quæ secessus causa dominus ibi habuit & vestem propter secessum ibi depositam, instructo fundo legato inesse.

SEquitur ex eodem libro, fundo instructo cedere theriacam, quod medicamentum aduersus ferarum venena valet, & erat frequens in ea ætate, vt de eo proprium librum Galenus scripserit. Theriacam igitur & cætera medicamenta, quæ in eo fundo secessus causa testator habuit, & vestem similiter, quam ibi propter secessum depositam testator habuit, legato cedere, vt in §. *proinde si fundus, sup.* Ex quo magis, atque magis demonstratur semper instructi plenius esse legatum quam instrumenti: nam instrumento fundi legato, sane non cederet vestis, non cederent medicamenta. Deinde ponit, domo instructa legata cum omni iure suo, contineri seruos ostiarios & topiarios, si in ea domo sint viridaria, vt ait *l.8.sup.* quoniam horum opera est in exprimendis variis animalium figuris in viridariis. Contineri etiam diætarios, quorum ministerio paterfamili. vtitur in diæta, in cœnaculo, triclinio: & aquarios, qui aquam deferunt. Si de mulieribus nomen accipitur in malam partem, cui nos in idiotismo præposuimus *m* literam, addita *m* maquarij, quos veteres aquarios, & aquariolos, sunt mulierum impudicarum sordidissimi asseclæ. Veteres cum Veneri operarentur aquæ ministerio vulgo vtebantur. Cic. pro Cœlio: *ideone aquam adduxi, vt ea tu inceste vterere?* Lampridius in Commodo: *aquam gessit vt lenonum minister.* Hos omnes, inquam, si domui tantum deseruiant, quæ instructa legata est, legato contineri, artifices autem eos non contineri, quorum operæ cæteris quoque prædiis exhibentur. Vno verbo, non continentur artifices, qui sunt in vsu promiscuo variorum prædiorum, qua in re merito reprehenditur Papinianus, quia satis est, si ij artifices proprie sint domui legatæ destinati: nam cætera prædia eos à domo veluti mutuantur, §. *si quis eodem instrumento, sup. l. item* §. *1. de legat.3.* Si igitur domus causa parati sint artifices, domus instructæ legato continentur, licet aliis quoque prædiis commodentur, supra ait: *licet alia prædia mutuentur eos à domo.* Vnde ita definias commodatum & mutuum: *commodatum est mutuum ad vsum, non ad abusum: mutuum autem proprie est commodatum ad abusum.* Debuit Vlpianus addere etiam Papiniano cum dixit, contineri ostiarios, topiarios & cæteros, non debuisse addere taxationem, videlicet domui deseruientes: nam etsi aliis prædiis deseruiant, modo domui præcipuæ sint destinati, legato continentur. Igitur tantum debuit dicere, *domui deseruientes.* Et ita Paulus 3. Sent. *Domo*, inquit, *cum omni iure suo sicut instructa est legata, vrbanam familiam, item artifices, & ostiarios*, ita emendaui, & *zetarios*, id est, dietarios, & *aquarios eidem domui seruientes legato cedere.*

Ad §. idem resp. domo, eod.

Idem respondit domo instructa legata, mensas eboreas, & libros non contineri. Sed & hoc falsum est: nam omne quidquid in domo fuit, quo instructior ibi esset paterfamilias, continebitur. Supellectilem autem patrisfamil. instrumentum esse nemo dubitat.

REprehenditur etiam Papinianus in eo, quod dixit, legato domus instructæ non contineri mensas eboreas, quia omnis supellex continetur: non cõtineri item libros, quos ille habuit studiorum suorum causa, quoniam & hi continentur legato, § *instructo item, sup.* Vnde etiam apparet quam sit plenum legatum instructi. At in eo tamen approbatur valde quod Papinian. dicitur scripsisse eodem libro Respons. 7. quem solum nominauit ante in §. *Papin.* 1. Quamobrem superiora omnia responsa eiusdem recte vindicamus eodem libro. Scripsisse autem, domo instructa legata, non contineri merces, quæ sunt venales, non contineri pignora inuēta in ea domo, quoniam

quoniam non ſunt domus, neque domini inſtrumenta, cum temporis tantum cauſa ibi habeantur vt in *l.1.C.de verb.ſig.* Sed addit ſolemnem exceptionem: *niſi aliud ſuadeat voluntas defuncti*, vt in ſpecie, quam propoſuit, ſi is qui teſtatus eſt, ſit mercator & fœnerator locupletiſſimus, & totidem filias habeat, quot filios, & 2. filios habeat, totidemque filias, eoſque filios & filias heredes ſcripſerit, filiis prælegauerit domum inſtructam, quia pleniſſimum prælegatum feciſſe intelligitur, qui plures facultates vel ampliores relinquebat. Et hoc eſt quod ait, *facilem iudici voluntatis coniecturam fore, cæteris patris facultatibus examinatis.* Et poſtremo in §. *Papin.*3. legatis rebus omnibus, quæ in domo eſſent, non videri legatas cautiones debitorum, id eſt, nomina, non videri legatas emptiones ſeruorum, id eſt, inſtrumenta emptionis ſeruorum nondum traditorum. Vnde etiam apud Paulum 3. *Sent.* ita alias oſtendi eſſe legendum: *omnibus quæ in domo eſſent legatis, cautiones debitorum emptioneſque ſeruorum legato non cedere.* Sed addit Papinian. vulgarem exceptionem, *niſi aliud ſuadeat voluntas teſtatoris*, vt ſi ſeruos ipſos legauerit. hoc caſu etiam intelligitur legaſſe emptiones ſeruorum quæ ſunt in ea domo. quod autem eſt in §. *vlt.* iam oſtendi in *l.9.de ſuppellect. leg.* eſſe etiam ex hoc lib. ſeptimo.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. VIII. Reſponſorum Æmilij Papiniani.

Ad l.34. famil. erciſcundæ.

Seruos inter coheredes tempore diuiſionis æſtimatos non emendi, ſed diuidendi animo pretiis adſcriptos videri placuit: quare ſuſpenſa conditione mortuos, tam heredi, quam fideicommiſſario deperiiſſe.



VT vero ſeptimus, ita octauus liber totus eſt de legatis & fideicommiſſis. nulla in iure quæſtio diffuſior, quod Digeſta plane demonſtrant, in quibus extenditur illa quæſtio in ſeptem libros. Huius legis ſpeciem & ſententiam proponam, vt vere à Græcis interpretibus perſcripta & expoſita eſt: Quidam duos heredes ſcripſit Caium & Mæuium, Caium rogauit ſub conditione vt hereditatẽ, id eſt, portionem ſuam Sempronio reſtitueret. pendente conditione fideicommiſſi heredes ſumpſerunt arbitrum familiæ erciſcundæ, qui inter eos hereditatem diuideret: in ea hereditate erant ſerui, quos arbiter facta eorum æſtimatione Caio in ſolidum adiudicauit, ea lege, vt is viciſſim certam pecuniam Mæuio coheredi numeraret pro parte, quam Mæuius in eis ſeruis habuit. Poſt, ſerui mortui ſunt ſuo fato pendente, vel vt ait ſuſpenſa conditione fideicommiſſi: deinde extitit conditio fideicommiſſi. Quæritur, an Sempronio fideicommiſſario, Caius teneatur ex cauſa fideicommiſſi cum cæteris rebus, quæ ei pro ſua parte obtigerunt in diuidenda hereditate, & ſeruos præſtare iam mortuos aut pretium eorum, quod Sempronius intendit, quaſi ſcilicet Caio perierint ſerui, non ſibi, hac ratione, quia eos ſeruos Caius in ſolidum per adiudicationem æſtimatos accepit, & qui quid ita per adiudicationem iudicis accipit, emptor eſt, *l.7.§.ſi debitor, tit.ſeq.* Emptori autem cuique perit res empta, non alij. Dices ad hæc, partem tantum ſeruorum emiſſe Caium à coherede diuiſionis cauſa, facta adiudicatione, & ſeruos quidem totos fuiſſe æſtimatos vti oportet, *l.Mæuius §.vlt.hoc tit.l.ſi idem,§.vlt.ſupr.de iuriſdict.* Cæterum non ideo totos emptionis iure poſſideri à Caio, ſed pro parte coheredis tantum, non pro parte ſua. Dicam etiam quæri tantum de parte, quæ emptionis iure poſſidetur, cui perierit, ſeruis ſua morte defunctis? nam partem hereditariam fideicommiſſario periiſſe conſtat, *l.mulier,§.ſed enim,ff. ad Senatuſconſult. Trebel.* De altera parte, quam à coherede Caius accepit beneficio adiudicationis, de ea tantum quæritur, heredi an fideicommiſſario, Caio an Sempronio perierit? Caius dicit, ſibi nec pro ea parte ſeruos deperiiſſe, quia eos non emit ſimpliciter, ſed diuiſionis cauſa, alio iure eſſe emptionem ſimplicem, alio emptionem diuiſionis cauſa, ſicut de donatione etiam proditum eſt in *l.ſi filiæ §.ſi pater, hoc tit.* Et de emptione dotis cauſa, *l. quoties, de re iudic.* Et de emptione pignoris cauſa, *l.2.de diſtract. pign.* quæ multum diſtant à donatione vel emptione ſimplici: Caius dicit, ſe emiſſe partem illam coactum neceſſitate adiudicationis factæ à iudice communionis dirimendæ cauſa. aliud eſſe emere ſimpliciter, aliud emere per adiudicationem iudicis, hanc emptionem eſſe neceſſariam, illam voluntariam, *l.ſi pign.h.t.* Hanc non tam emendi quam diuiſionis cauſa fieri. Ei qui ſimpliciter emerit, rem emptam perire in ſolidum: at ei, qui per adiudicationem emerit, rem adiudicatam, puta, ſeruos adiudicatos in hac ſpecie, & certis pretiis adſcriptos, vt loquitur Papinian. *tranſcriptos & venditos*, vt in *l. quæſitum,§.peto, de leg.3.* non perire ei ſoli, non perire ſoli heredi onerato fideicommiſſo reſtituendæ hereditatis, ſed perire tam heredi quam fideicommiſſario: heredi pro quadrante Falcidiano: fideicommiſſario pro dodrante, vt Græci recte interpretantur his verbis: ἵνα τὸ τέταρτον μέρος. Denique hæc verba Papin. *perire ſeruos tam heredi quam fideicommiſſario*, ſic interpretantur, vt ſcilicet quadrantem damni agnoſcat heres, dodrantem autem fideicommiſſarius. Et ſecundum intentionem Caij Papinianus etiam reſpondit. Et omnino hæc eſt ſententia huius reſponſi: hæc ſententia Papin. qui etiam hoc ipſo libro in *l. cum pater,§.hereditatem, de leg.2.* ſimiliter reſpondit non adſtringi vnum ex heredibus rogatum reſtituere hereditatem periculo nominum ei attributorum, ſi deteriora facta ſint, aut periculo prædiorum adiudicatorum, ſi deperierint, & omnino ille §. comprobat noſtram interpretationem. In ea igitur permaneamus, & tranſeamus ad eam ſpeciem & interpretationem quam Accurſ. & fere omnes Latini interpretes & commenti & ſecuti ſunt. Quidam duos heredes ſcripſit, & ab eis per fideicommiſſum ſeruos hereditarios Titio legauit ſub conditione. heredes ſumpſerunt arbitrum famil. erciſcund. & arbiter (pendente conditione fideicommiſſi ij ſerui communes heredum ſunt,) vni ex heredibus æſtimatos in ſolidum adiudicauit, vt potuit, cum ſua cauſa, *l.12.§.res, hoc tit.* admiſſa ſcilicet licitatione eius heredis. Is vero heres pretium, quo ſeruos licitatus eſt emit à coherede: coheredi non ſoluit, ſed cauit ſoluturum ſe, ſi deficeret conditio fideicommiſſi, ſi non eſſent ei reſtituendi ſerui fideicommiſſario. Serui mortui ſunt pendente conditione fideicommiſſi. Papinianum aiunt definire hoc loco, eos ſeruos periiſſe tam heredi quam fideicommiſſario, & fideicommiſſario quidem periiſſe, quia fideicommiſſum conditionale aut legatum perimi conſtat, ſi pendente cõditione res, quæ verbis legati aut fideicommiſſi relicta eſt, extincta ſit, *l.neceſſario §.1.ff. de peric. & comm. rei vend.* Et ideo fideicommiſſarium non habere fideicõmiſſi perſecutionẽ: heredi autem periiſſe dicunt, id eſt, vt interpretantur, ei, cui pretium licitationis cautum eſt, cui coheres cauit per ſtipulationem, quia deſiit ei deberi pretium quod cautum eſt: heredi autem alteri, cui ſerui adiudicati ſunt, non periiſſe, quia etſi videatur eos emiſſe, non tamen emptionis principaliter,

sed diuisionis negotiũ gessit, atque contraxit: si simpliciter emisset, ei periissent serui, & pretij nomine teneretur ex cautione. Itemque, si in diuisione emisset tantum dubium euentum conditionis, quod Accursius notauit ex *l. propter, h. t.* Qua de causa hæc verba legis, *nõ emendi animo seruos pretiis adscriptos*, sic accipienda esse censet Accurs. non emendi scilicet spem: sic enim in Glossa legẽdum, non speciem. *spem*, vocat incertum euentum cõditionis præscriptæ fideicommisso. Multæ autem sunt & magnæ rationes, quæ nos eam reiicere, nec admittere compellũt. Primum, quia pretium licitationis solui solet statim, auctio scilicet & licitatio fieri solet præsenti pecunia, quod hodie exacte seruatur, *l. à D. Pio §. sed si emptor, ff. de re iudic.* Græca fide, κατ' ὤνιμον, vt Ausonius loquitur, iuxta illud Varronis δὸς κ̀ λάϐε, quod omnino feruere ait, nemine habente fidem cuiquam. Ei autẽ, qui licitatione vicit & rem abstulit, solet caueri de indemnitate, *d. l. propter.* Non autem ipse cauere. Cauisse tamen eum de pretio, non soluisse præsentem pecuniam: quod illi ponunt mera positio est, quia de eo lex nihil dicit, nequidquam etiam de spe empta, sed de seruis tantum emptis diuisionis causa. Deinde etiamsi res gesta esset, vt illi ponunt, tamen falsum est, mortuis seruis adiudicatis pretium non deberi, quia non desiit deberi ex stipulatione certis modis, certis & custoditis numeris. Desinit deberi quod ex stipulatione debetur, *l. obligat. §. 1. de oblig. & act.* inter quos modus hic non est. Præterea quæ vrgent maxime, hæc verba legis *tam heredi quam fideicommissario deperisse*, ex collatione fideicommissarij necessario accipienda sunt de herede, qui debet fideicommissum, & de fideicommissario cui debetur: de herede, inquam, cui adiudicati sunt serui, nõ de herede, cui pretium deberi confingunt: & consequenter lex accipienda est, non de fideicõmisso seruorum singulari, sed de fideicommisso vniuersali, id est, de fideicõmisso hereditatis: nam si in fideicommisso soli serui essent, soli fideicommissario deperiissent, non etiam heredi, Falcidia non interueniẽte, quia in fideicommisso singulari non simpliciter & semper interuenit Falcidia, at semper interuenit Falcidia in fideicommisso hereditatis, *l. in singulis, ad l. Falcid.* etiamsi quis partem tantum hereditatis restituere rogatus sit, ex qua heres scriptus est, quia in singulis heredibus separatim ponitur ratio l. Falcidiæ, *d. l. in singulis.* Quamobrẽ recte Papin. dixit, *seruorum periculum esse commune*, heredis scilicet pro quadrante, & fideicõmissarij pro dodrante. Omitto tres interpretationes, quas vltra istam quæ communis est, adhibere tentant, vna tantum approbata Alberici hoc loco. Quoniam sunt silentio & contemptu dignæ, teneamus veram, præter quam etsi nihil hodie didicerimus, frustra à nobis positam operam existimare non debemus.

Ad l. 54. de don. int. vir. & vx.

Vir vsuras promissæ dotis in stipulatum deduxerat, easque non petierat, cum per omne tempus matrimonij sumptibus suis vxorem & eius familiam vir exhiberet: dote prælegata sed & donationibus verbis fideicommissi confirmatis: legato quidem dotis vsuras non contineri videbatur, sed titulo donationis remissas.

IN *l. 54. de donat. int. vir. & vx.* hæc proponitur species: Vxor viro stipulanti promisit dotem certam, & quo tardius eam solueret, vsuras certas, cui stipulationi vsurarum certi & explorati iuris est inesse tacitam hanc conditionem, *si maritus suis sumptibus vxorem exhibuerit, & familiam eius*, id est, *seruos vxoris, si sustinuerit onera matrimonij.* Nam si in vxorem nullos sumptus fecerit, vsuræ ei ex stipulatione non debẽtur, quæ promissæ intelligũtur ad exhibitionem vxoris, *l. cum post, §. in domũ, de iur. dot. l. in insulam §. vsuras, sol. mat.* Porro vir vsuras dotis per omne tẽpus matrimonij, quod diu stetit, nullas exegit, tacite videtur donasse & remisisse vsuras dotis, arg. *l. cum post, in pr. de iur. dot.* quæ tamẽ donatio iure ciuili non valet, *l. si quis pro vxore §. si vxor, h. tit.* vbi ex Iuliani sentẽtia dicitur, *remissionem vsurarum dotis quas vxor viro stipulanti promisit, esse donationem illicitã, si maritus sustinuerit onera matrimonij, si exhibuerit vxorem & homines eius suis sumptibus.* Et tamen quod posset obiici ex eodẽ Iuliano refertur in *l. ex animo, §. vlt. & l. de fructibus, hoc tit.* fructus & vsuras licitã facere donationem. Sed vt tota res paucis explicetur, hoc est scriptum nõ de fructibus donatis, sed de fructibus, qui ex re donata, & vsuris, quæ ex pecunia donata percipiũtur, quoniam & fructus lucratur vir aut vxor, cui donata res est, quos sua opera, & suis sumptibus percipit: lucratur item vsuras, quas ex pecunia donata sua cura & suo periculo redegit, *l. fructus, sup. de vsuris, d. l. ex animo, §. vlt.* At remissio vsurarum dotis, quam maritus fecit, qui sustinet onera matrimonij, sane illicita donatio est, & donatio fructuum dotis, si ex iis vsuris vel fructibus donatarius locupletior factus sit, quas vel quos potius debuit inferre marito sustinenti onera matrimonij, non sibi habere & lucrifacere, quod etiam nõ faciet, quoniã remissio vsurarum dotis, vel fructuũ dotis, quibus vir vel vxor locupletior facta est, illicita donatio est, *l. pro oneribus, C. de iur. dot. l. si fructus, C. de donat. inter vir. & vxor.* Quod etiã aperte probat hæc lex, dum remissionem vsurarum demonstrat non valere, nisi confirmata sit, dum demonstrat, eam indigere cõfirmatione. Confirmari autem potest remissio vsurarum dotis, quæ in stipulatum deductæ sunt à marito ex cõstitutione Seueri & Antonini & Senatusconsulto, si maritus durante voluntate proficiscatur è vita, *l. cum hic status §. siue autem, hoc tit.* Nam quod Papinianus existimasse dicitur in *l. Papinianus, hoc tit.* quæ est satis difficilis, oratione Seueri & Antonini pertinere tantum ad rerum donationem, id est, traditionem vel mancipationem, quibus modis donatio perficiebatur, non etiam ad rerum promissionem, puta, si quid vxori stipulanti maritus spoponderit donandi animo, hanc scilicet stipulationem non confirmari, non conualescere ex oratione Seueri, etiamsi maritus durante eadem voluntate vita decesserit, ideoque mariti heredem ex ea stipulatione non posse conueniri, quæ est sententia legis *Papiniani.* Quæ quidem nõ excludit remissionem obligationis factam donandi animo, sed obligationem tantum contractam donandi animo. Nec eidem sententiæ Papin. quidquam obstat lex *cum hic status §. 1. h. t.* dum ait, mortuo donatore durante voluntate ipso iure res donatas fieri donatarij, & obligationem esse ciuilem. Quod ait, *& obligationem esse ciuilem*, pugnare videtur cum d. l. *Papin.* Verum ea verba sic accipienda sunt, ipso iure silentio & morte donatoris insecuta res donatas adquiri donatario, res donatas autem, & cessas actiones, siue nomina, donatario facto procuratore in rem suam, ipso iure in donatarium transire, & ciuiles obligationes esse, ex quibus iure ciuili cum effectu donatarius experiri possit, si in eadem voluntate donator, qui eas cessit, perseuerauit in diem supremum. At si quid donandi animo stipulanti promiserit, si se obligauerit viro vel vxori, licet in eadem voluntate perseuerauerit in diem supremum, hæc stipulatio non conualescit ex oratione Seueri, excepto vno casu: si interposita sit alimentorum causa, *l. si stipulata, h. t.* vbi annuum siue menstruum nihil aliud significat, quam alimenta, vt *l. quædam, de pact. dot.* Si stipulanti vxori vir promiserit alimenta, vel cõtra, fauore alimentorum potest dici, hoc casu stipulationem conualescere, ex oratione Seueri & Antonini, vel confirmari etiam potest remissio vsurarũ dotis per fideicõmissum, si maritus heredem rogauit nominatim, ne vsuras dotis ab vxore exigeret, vel etiam, vt est in specie hoc loco proposita, si dotem vxori prælegauerit, & generali sermone donationes à se in vxorem collatas per fideicommissum cõfirmauerit, herede rogato, ne eas ab vxore reuocaret

vel etiam per legatum hoc modo: *quæ viuus vxori dedi, donaui, in vſum conceſſi, ei eripi nolo*, vt in *l.ſi quando, de leg. 1. l. vxori, de leg.3.* In ſpecie propoſita dotem prælegando, quam vxor promiſit, remittit obligationem dotis, non obligationem vſurarum, quia vſuræ non ſunt pars, ſed fructus dotis, *l.3. de vſufr. earum rer. quæ vſu conſum.* At titulo donationis, id eſt, generali capite confirmatarum donationum omnium, verbis fideicommiſſi etiam vſuras dotis remittit, confirmatve earum donationem & remiſſionem tacitam, quam arguit longum ſilentium, quoniam poſuit, per omne tempus matrimonij ſiluiſſe virum, nec exegiſſe vſuras dotis. Confirmatio donationum generalis non tantum expreſſas, ſed etiam tacitas donationes confirmat. Et hæc eſt ſententia huius reſponſi. Multum vero intereſt, donatio facta inter maritos confirmetur ipſo iure, id eſt, oratione Seueri, an à teſtatore donatore per legatum aut fideicommiſſum. Nam quæ confirmatur, ipſo iure retrotrahitur, quæ confirmatur legato aut fideicommiſſo, non item, *l. donationes, C. de don. int. vir. & vxor.* quæ ipſo iure confirmatur, capitur vt donatio, quæ ſupremo iudicio donatoris, vt legatum vel fideicommiſſum, *l. ex verbis, C. eod. tit.*

Ad §. vlt. l. 70. & l. 71. de leg. 2.

§. vlt. l. 70. *Cum autem rogatus quicquid ex hereditate ſupererit poſt mortem ſuam reſtituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, diminuiſſe, quæ vendidit, non videtur.*

L. 71. *Sed quod inde comparatum eſt, vice permutati dominij reſtitueretur.*

HEres rogatus eſt reſtituere poſt mortem ſuam, non hereditatem abſolute, ſed quidquid ex hereditate ſupereſſet, ſuperfluum hereditatis. Quibus verbis tacite teſtator dat facultatem heredi diminuendi ex bonis, quia non rogat eum, vt bona omnia reſtituat poſt mortem ſuam, ſed quidquid ex bonis ſuperfuerit tantum. Et ſane poteſt etiam heres ex bonis bona fide, quid libuerit, quid voluerit, diminuere arbitratu boni viri, non maligne interuertendi fideicommiſſi cauſa, *l. deducta §. vlt. l. mulier §. vlt. l. Imperator, l. Titius, inf. ad Senatuſc. Treb.* Et ex *Nouel. Iuſtin. 39.* quæ hoc certo fine taxauit, heres ita rogatus poteſt tantum diminuere ex bonis ad finem dodrantis, vt quadrans fideicommiſſario ſaluus ſit. At in hac ſpecie in l. *prox. §. vlt. ſup.* cuius hic Papiniani verſus appendicula eſt, oſtenditur, diminuiſſe ex hereditate heredem non videri, quod vendidit quaſdam res hereditarias, & ex pretio earum alias comparauit, quia non eſt diminutum, quod in corpus patrimonij verſum eſt, l. *pater, de adim. leg.* Et ideo ſubiicitur in hac l. 71. ex Papin. Res ex ea pecunia comparatas contineri fideicommiſſo, & poſt mortem heredis eſſe fideicommiſſario reſtituendas, quia, vt ait Papinianus, *vice permutati dominij hoc eſt* id eſt, pro eo habetur, atque ſi heres rem hereditariam cum alia re permutaſſet, & alteram ſubmiſiſſet in alterius locum. Sententia igitur hæc eſt: Reparatas aut permutatas res ex pretio rerum hereditariarum venire in reſtitutionem fideicommiſſi, de quo agitur. Verum huic ſententiæ duæ leges opponuntur, *l. ſed etſi, §. 1. de pet. heredit.* quæ ait, eum qui hereditatem ad alium pertinentem bona fide poſſidet, ſi rem hereditariã diſtraxerit, & ex pretio aliam comparauerit, reſtituere vero heredi, qui agit aduerſus eum petitione hereditatis, debere pretium, quod redegit ex re hereditaria, non rem comparatam ex pretio: At hic dicimus non pretium fideicommiſſario eſſe reſtituendum agenti fideicommiſſaria hereditatis petitione, ſed rem comparatam ex pretio. Hæc videntur inter ſe pugnare. Accurſius reſpondet, hic heredem ex pretio comparaſſe aliam rem nomine hereditario, ibi ſuo nomine. Quæ diſtinctio Accurſij Bartolo diſplicet: placet Immolæ & Reinerio, placebit quoque omnibus, ſi ita intelligatur ſecundum mentem Accurſij, quam calumniatur ille. Si bonæ fidei poſſeſſor vel heres ex pretio rei hereditariæ rem ſui cauſa comparauerit, vt rem verteret in ſuum patrimonium, vt ait *d. l. ſed ſi lege §. 1.* non quod hereditati ea res vtilis aut neceſſaria eſſet, tum in petitionem hereditatis vel fideicommiſſi venire pretium, non rem ipſam comparatam ex pretio. Et ſic in *l. ſeq. h. tit.* ſi ex pretio rei hereditariæ venditæ heres proprios creditores dimiſerit, proculdubio pretium cadit in fideicommiſſum: ſed ſi rem ex pretio comparatam verterit in hereditatem, ſi interfuerit hereditatis eam comparari, atque adeo hereditatis gratia comparata fuerit ex pretio rei hereditariæ, tum verum eſt, rem comparatam, non pretium venire in petitionem hereditatis, vel fideicommiſſi, quaſi permutatione facta rei hereditariæ cum alia re, & altera re ſubmiſſa in locum alterius. Opponitur etiam ſententiæ huius legis *l. cum pater, §. dulciſſimis, inf. h. tit.* Vbi quia teſtator legat fratribus bona materna, non videtur etiam ea bona legare, quæ ex pecunia materna comparauit. Sed hoc ideo, vt breue faciam, quia voluit tantum legare fratribus bona quæ cum eis communia habuit, quæ erant profecta à matre. Idque apparet ex verbis teſtamenti, quæ proponuntur in *d. §. dulciſſimis.* Communia non ſunt, quæ ex pecunia communi comparantur, quæ ex communi pecunia quis comparat ſibi, *l. 4. C. comm. vtriuſque iudi.* Sed hac de re fuſius tractabimus in *l. cum pater.*

Ad l. 77. de leg. 2.

Cum pater filios eorumque matrem heredes inſtituiſſet, ita ſcripſit: peto à te filia, vt acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis, & prædio Tuſculano, partem hereditatis reſtituas matri tuæ, reſpondi, prædium quidem hereditarium iudicio diuiſionis, de communi filiam habituram, pecuniam autem de parte ſua retenturam.

EXplicabo nunc legem, qua nulla eſt in iure æque referta acutiſſimis Papiniani reſponſis, ex quibus duo tantum interpretabor: ea vero eſt *l. 77. de leg. 2.* Et primum ex iis reſponſum pertinet ad hanc ſpeciem. Pater filium & filiam, & eorum matrem heredes inſtituit, & filiam rogauit his verbis: *Rogo te filia, vt partem hereditatis, ex qua te heredem inſtitui, reſtituas matri tuæ acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis & fundo Tuſculano.* Fundus Tuſculanus eſt communis omnium heredum, hoc eſt certum. Eum igitur fundum proculdubio filia eſt acceptura de communi, partim iure hereditario, partim iure legati, non de parte ſua, quia is fundus totus non eſt in parte ſua. Quæritur, an etiam ſimiliter pecuniam, id eſt, 100. aureos ſit acceptura de communi, partim iure hereditario, partim iure legati, an de ſua parte iure hereditario totam? Tentari poſſet etiam pecuniam eſſe accipiendam de communi, quia pater dixit, vt eam pecuniam acciperet ex hereditate ſua, quod videtur eſſe ex communi patrimonio inter heredes ſuos. Eſt quæſtio elegantiſſima ad quam ita Papin. reſpondet. Filiam quidem fundum capere partim iure hereditario à ſemetipſa, partim iure legati à coheredibus officio iudicis familiæ erciſcundæ cognoſcentis, hoc eſt, fundum Tuſculanum totum eam capere iudicio fam. erciſ. Quod iudicium diuiſionis vocat, non de parte ſua, quia in parte ſua, non eſt totus, ſed de communi. Pecuniam autem totam eam capere, de parte ſua iure hereditario, non de communi, partim iure hereditario, partim iure legati, quia eius pecuniæ quantitas parti eius ineſſe intelligitur, licet in hereditate inuenta nulla pecunia fuerit, quia in pecunia, quæ legatur, vel quam heres retinere iubetur vel accipere, vel præcipe-

re, non corpora nummorum spectantur, sed quantitas, quæ semper bonis inesse intelligitur, *l. 88. de verb. sig.* Quod idem respondit etiam *lib. 9. in l. deducta, §. acceptis, ff. ad Senatusconsf. Treb.* Igitur pecuniam totam accipiet iure hereditario, de sua parte. Nec obstat quod pater dixit, vt eam pecuniam acciperet ex sua hereditate, quoniam hereditatem accepit pro portione hereditatis, quam ei reliquerat, quoniam in vsu iuris est ita loqui, & partem hereditatis vocare hereditatem. Parti nomen dare totius, ex vsu consuetudinis est, hæc est sententia huius responsi. Transeo ad ea, quæ ei opponuntur. Opponitur primum huic responso *l. heredes, §. vlt.* adhibita lege seq. *sup. fam. ercisc.* Quo loco dicitur, coheredi prælegata certa pecunia, certo numero nummorum, siue pecunia in hereditate inuenta sit, siue non, eam pecuniam ei esse conficiendam de communi, & præstandam officio iudicis fam. ercisc. Quod etiam confirmat Paulus 3. Sent. initio tit. de leg. his verbis: *per præceptionem vni ex heredibus nummi legati, qui domi non erant, officio iudicis fam. ercisc. à coheredibus præstabuntur.* fac, tres esse heredes ex æquis partibus, & vni esse prælegatos 500. aureos, coheredes ei præstabunt ducentos, aut de communi venundabunt rem hereditariam, & pretium quod redegerint ex venditione ad finem 300. aureorum, coheredi præstabunt. Verum vt respondeam, multum interest coheredi sit prælegata pecunia à coheredibus, an coheres retenta vel accepta certa pecunia, nulla demonstrata persona dantis, hereditatem restituere rogatus sit. Priore casu pecunia ei præstanda est de communi, posteriore casu ipse pecuniam retinet de parte sua, & accipit à semetipso iure hereditario totam, quia ea summa parti suæ inesse intelligitur, nec intelligitur ei esse legata à coheredibus: denique totam eam quantitatem capit iure hereditario, & si lex Falcidia interueniat, totam imputat in Falcidiam, *l. acceptis, in fi. inf. ad leg. Falcid. & d. l. deducta §. acceptis.* Partes autem fundi, quas à coheredibus accepit, qui pro eis partibus sunt domini fundi, non imputat in Falcidiam, quia eas capit iure legati, sed eam tantum partem fundi imputat in Falcidiam, quam à semetipso capit iure hereditario, quoniam placet in Falcidiam tantum imputari ea, quæ iure hereditario capiuntur, non quæ alio iure, *l. quod autem, & l. seq. & l. in quartam, inf. ad leg. Falcid.* Male Accurs. eam etiam filiam pecuniæ partem accipere à coheredibus contra manifesta verba legis, quæ dicit, pecuniam filiam accipere totam de parte sua, ergo à semetipsa, non à coheredibus. Inepte etiam idem Accurs. huic responso opponit *l. si fundum sub conditione §. si libertus, supra, tit. proximo.* quod hic legatarius capiat totum fundum, cui legatus esse intelligitur, ibi seruos legatos capiat pro quincunce tantum non totos. Inepte, inquam, quoniam id genus legati, de quo ibi agitur, nihil cum eo, de quo hic agitur, adfine aut propinquum habet, & quæ opponuntur & committuntur inuicem, inepte cōmittuntur, nisi inter se habeant adfinitatem, & quasi paritatem aliquam. Primum igitur ibi legatarius non fuit coheres, hic fuit coheres: Item serui legati sunt ibi ab heredibus institutis ex quincunce tantum, non à patrono, qui heres institutus erat ex septunce. Ergo seruorum quincunx duntaxat legatus est, hic vero totus fundus generaliter legatus est ab omnibus heredibus, sed pro parte legatarij inutile est legatum, quia heredi à semetipso inutiliter legatur. Alioquin idem deberet legatum pro ea parte, & deberetur eidem, quod fieri nequit: verum & pro ea parte tantum fundum coheres retinet iure hereditario, pro reliquis partibus iure legati, *l. legatum §. 1. sup. tit. prox.*

Ad §. eorum.

Eorum quibus mortis causa donatum est, fideicommitti A *quoquo tempore potest, quod fideicommissum heredes salua Falcidiæ ratione, quam in his quoque donationibus, exemplo legatorum, locum habere placuit, præstabunt: si pars donationis fideicommisso teneatur, fideicommissum quoque munere Falcidiæ fungetur: Si tamen alimenta præstari voluit, collationis totum onus in residuo donationis esse. Respondendum erit ex defuncti voluntate, qui de maiori pecunia præstari non dubie voluit integra.*

Sciendum est à donatariis mortis causa posse fideicommissum relinqui, quia legatariis comparantur, & donationes causa mortis legatis, *l. Seia. de dote præleg. l. cum hi §. idem erit dicendum, de transact. l. ab eo, C. de fideicommiss.* À donatariis autem inter viuos fideicommissum B relinqui non potest, *l. cum quis decedens, §. pater, infr. tit. prox.* Et à donatariis quidem mortis causa Papin. ait in §. *1. huius legis.* fideicommitti posse quoquo tempore, id est, vel donationis tempore, vel alio tempore. Et subiicit hic, *fideicommissum heredes salua Falcidiæ ratione, quam in his quoque donationibus exemplo legatorum locum habere placuit, præstabunt.* Quid hoc sibi vult, heredes, inquit, præstabunt fideicommissum, quod relictum est, tamen non ab heredibus, sed à donatariis mortis causa; hoc est falsum, heredes præstare fideicommissum relictum à donatariis mortis causa, quia non heredes rogati sunt, sed donatarij. Hi igitur soli fideicommisso præstando obligati sunt, an falsa scribit Papinianus? quid dicemus? nimirum hanc esse mentem Papiniani, vt & omnes volunt, heredes præstare donatariis fi- C deicommissum, id est, quod fidei donatariorum mortis causa commissum est, vt alteri restituerent: Aut breuius, heres præstare donatariis donata causa mortis post mortem donatoris, quæ sunt subiecta fideicommisso, deducta tamen Falcidia, si hereditas sit exhausta vel onerata legatis, quia placuit, inquit, Papin. id est, placuit Diuo Seuero exemplo legatorum, & in donationibus causa mortis legi Falcidiæ locum esse, *l. 2. C. de mort. caus. donat. l. 5. C. ad leg. Falcid.* Donatarij autem, si passi sint Falcidiam, tanto minus fideicommissario præstabunt, ipsi non habent deductionem Falcidiæ ex fideicommisso, sed quod ex donatione mortis causa Falcidiæ nomine heres deduxit, etiam fideicommissum minuit, *l. pœnales. §. vlt. ad l. Falcid. l. Plautius §. vlt. de condit. & de-* D *monst. l. facta §. si Titius, ad Treb. l. si mihi Stichus, sup. tit. proximo. l. 5. inf. si cui plus q. per l. Falcid.* Male Haloander hoc loco pro *heredes*, legit, *heredi*, nihil est mutandum, sententia est congrua, si sic accipiatur vt docui esse accipiendam. Hæc autem quæ hactenus dixit Pap. in hoc. §. 1. præfationis vice, καὶ ὡς ἐν προθεωρίᾳ, vt Theophi. loquitur, dixit. quod autem præcipue agit iis præfatis & cognitis, hoc est, vt doceat, si non res omnes, quæ donatæ sunt mortis causa per fideicommissum à donatariis relinquantur, sed pars donationis, veluti tertia aut dimidia, donationem mortis causa etiam hoc casu, & per consequentias fideicommissum quoque minui per legē Falcid. quam inducunt heredes. Nihil igitur interesse E donatio tota, an pars donationis fideicommisso contineatur. Nam etsi fideicommisso contineatur pars tantum tertia donationis, etiam ex ea parte heredes deducunt Falcidiam, & eo minor pars tertia fideicommissario præstatur, quod adhuc satis est apertum. Verum addit quod est caput huius responsi, aliud esse dicendum, si neque donatio, neque pars donationis fideicommisso contineatur, sed donatarius rogetur fideicommissario non præstare res donatas, aut partem rerum donatarū, sed alimenta, vel annua dena alimentorum nomine. Hoc enim casu diminuta donatione per leg. Falcidiam non diminuitur fideicommissum alimentorum, sed de residuo donationis, si sufficiat præstationi alimentorum, alimenta integra, integra annua dena fideicommissario præstantur. Et hoc est quod ait, collationis onus, id est,

alimentorum præſtationem, in reſiduo donationis eſſe ſiue conſiſtere, & hoc efficere non fauorem alimentorum, ſed voluntatem defuncti, qui non de donatione aut parte donationis alimenta integra præſtari voluit, ſed de maiori pecunia, id eſt, de patrimonio toto donatariorum, quod ideo Gloſſa vocat *onus extrinſecum*, & omnes Dd. etiam, qui non aliam linguam didicerunt, quam illam quam didicit Accurſius. Onus eſt extrinſecum, quoniam non ex donatione, vel ex parte donationis relictum eſt, ſed extrinſecus ex omni patrimonio donatarij. Itaque diminuta donatione per legem Falcidiã, concludit, non minui fideicommiſſum alimentorum, videlicet, ſi reſiduum donationis, quod ſupereſt deducta Falcidia, ſufficiat integræ præſtationi alimentorum, vel ſi non ſufficiat integræ, id omne eſſe præſtandum alimentario, quod eſt in reſiduo donationis ſine diminutione. Quod etiam confirmat *l. liberto* §. *1. ff. de annuis leg. & l. maritum* §. *vlt. ad leg. Falcid.*

Ad §. mater.

Mater filiis ſuis vulgo conceptis dotem ſuam mortis cauſa donando ſtipulari permiſit, cum aliis heredibus inſtitutis, petiſſet à filiis, viro dotem reſtitui: totum viro fideicommiſſum dotis deberi, ſi Falcidiæ ratio non interueneri; Ideo retentionem dotis virum habere placuit. Alioquin Falcidiæ partem heredibus, à filiis ex ſtipulatu cum viro agentibus, ex dote eſſe, per in factum actionem reddendam.

IN hoc §. agitur etiam de fideicommiſſo relicto à donatariis cauſa mortis, & de donatione cauſa mortis minuenda per legem Falcidiam, vt & in §. 1. Mater cum dotem daret marito, permiſit filiis ſuis vulgo quæſitis eam dotem de marito ſtipulari in caſum mortis ſuæ, id eſt, ſi ipſa prior moreretur in matrimonio. In eum quoque caſum mortis ſuæ filiis donando dotem: denique dotem donando ſpuriis mortis cauſa. deinde in teſtamento aliis heredibus inſtitutis & filiis merito præteritis, vt nec iure queri poſſint de inofficioſo teſtamento matris, qui alioquin ſi eſſent immerito præteriti, tametſi ſint ſpurij, poſſent queri de inofficioſo teſtamento, vt eſt proditum *ſup.* in *tit. de inoffic. teſtam. l. ſuſpecta* §. *de inofficioſo, eod.* ſi ſint immerito præteriti, quæ præteritio pro exheredatione habetur. Mater igitur teſtamento aliis heredibus inſtitutis & filiis merito præteritis, ab iiſdem filiis marito fideicommiſſum reliquit, rogando eos, vt dotem quam eis donauerat mortis cauſa marito reſtituerent, potuit eorum quibus mortis cauſa donauerat fideicommittere quoquo tempore, vt dixi in §. 1. id eſt, non tantum tempore donationis, ſed etiam poſtea in vltima voluntate vt in hoc §. Per fideicommiſſum igitur filiis ademit donationem cauſa mortis, non per pœnitentiam, ne hoc dixeris cum Gloſſa, alioquin ſi pœnitentia reuocauit donationem cauſa mortis, fideicommiſſũ à filiis relictum non valet. Ita poſita hac ſpecie, adhibenda hæc diſtinctio eſt. Aut legis Falcidiæ ratio interuenit hereditate exhauſta vel onerata legatis & fideicommiſſis, & donatione cauſa mortis ſupra dodrantem: aut non interuenit ratio legis Falcidiæ. Si non interuenit ratio legis Falcidiæ, quæ minuat donationem cauſa mortis ſubiectam fideicommiſſo, tunc totam dotem filij marito reſtituere tenentur, & eo nomine ſi dotem habeant, maritus cum eis agere poteſt ex cauſa fideicõmiſſi, & multo magis ſi dotem non habeat, ſed habeat maritus ipſe, & illi cum marito agant ex ſtipulatu, qui illis ſtipulantibus promiſit initio contrahendi matrimonij ſoluto matrimonio morte mulieris dotem reddi, multo magis dabimus marito retentionem dotis, oppoſita exceptione doli mali, cui damus actionem & exceptionem damus multo magis, *l. inuitus* §. *1. de regul. iur.* At ſi legis Falcidiæ ratio interueniat, quæ minuat donationẽ cauſa mortis, quæ minuat dotem filij cum marito recte & vtiliter agent ex ſtipulatu ſine metu exceptionis, vt ſcilicet vel ex dote partem Falcidiæ, id eſt, dotis quadrantem maritus reddat quem heredes efflagitant iure Falcidiæ, quemque mox à filiis reuocabunt actione in factum, id eſt, vtili actione in rem, vindicato quadrante, vt in §. *Maenio, inf. in hac l. & l. pen. C. ad leg. Falcid.* Reſiduæ dotis dodrantis retentionem maritus habet, non totius dotis lege Falcidia interueniente. Et hæc eſt interpretatio huius §. ſatis obſcuri. Ex quo inſuper notãda eſt vna differentia inter legata & donationes cauſa mortis, ante conſtit. Iuſtiniani, id eſt, ante *d. l. penult.* heredes legatorum Falcidiam ſibi ſeruabant, non per vindicationem, ſed per retentionem legatorum, *l. 14. §. 1. l. 15. §. 1. l. 93. inf. ad leg. Falcid.* Ideoque legatario occupante vacuam poſſeſſionem rei legatæ ſine voluntate heredis, heredi dabatur interdictum quod legatorum, vt adipiſceretur poſſeſſionem rei legatæ, & ſibi ſeruaret Falcidiam per retentionem poſſeſſionis, *l. 1. C. quod legat.* donationum autem mortis cauſa Falcidiam heredes, vt ſeruant hodie ſibi & olim quoque teſte Iuſtin. in *d. l. penult.* ſeruabant eam ſibi per vindicationem, ſiue per actionem in factũ, quæ vtilis vindicatio eſt, quoniam poſſeſſio rerum donatarum iure conſtituta erat apud donatarium, nõ apud heredes, vt nec poſſent heredes earum donationum Falcidiam ſibi ſeruare per retentionem poſſeſſionis, quamobrem neceſſe fuit eo decurrere, vt heredibus ſubueniretur data vtili Falcidiæ vindicatione aduerſus donatarios, qui iuſti ſunt poſſeſſores rerum donatarum. Et ita in ſpecie propoſita, vbi donatarij recuperauerunt dotis quadrantem à marito, confeſtim heredes eum quadrantem ab eis donatariis reuocabunt vtili & extraordinaria vindicatione, quæ & in hoc §. & in tit. *de rei vindicat.* ſæpe dicitur actio in factum, *l. in rem* §. *quæcunque, l. quæ religioſ. l. cum autem, eod. tit.* Eadem ratio efficit, vt interdictum quod legatorum non pertineat ad donationes cauſa mortis, quia ius poſſeſſionis rerum donatarum mortis cauſa, non pertinet ad heredes, ſed ad donatarios, nec vt legata, ita donationes cauſa mortis præſtantur ab heredibus, ſed ἀμέσως ab ipſo defuncto proficiſcuntur, & tranſeunt in donatarium. Et hoc eſt ſatis adnotaſſe ad hunc §.

Ad §. ſurdo.

Surdo & muto, qui legatum accipit, vt cum moritur reſtituat, recte mandatur: nam & ignorantes recte adſtringuntur fideicommiſſo, quibus ignorantibus emolumentum ex teſtamento quæritur.

IN hoc §. oſtenditur à legatario ſurdo & muto fideicommiſſum relinqui poſſe, vel quod idem eſt, poteſt legatario ſurdo & muto recte mãdare, vt cum morietur, rem legatam præſtet & reſtituat alteri. mandari, inquã, mando eſt verbum fideicommiſſi, §. *mando, inf. l. auia* §. *pater, de condit. & demonſtr.* Ergo hoc dicit in hoc §. ab ignorantibus fideicõmiſſum relinqui poſſe. Ignorantes fideicõmiſſo adſtringi poſſe. Nam ſurdus & mutus pro abſentibus & ignorantibus habentur, *l. vlt. de verbor. ſignif. l. 29. §. vlt. comm. diuid.* Nec ſine ratione eſt quod ignorantes fideicommiſſo adſtringantur. Nam & ignorantes, inquit, ex teſtamento emolumentum legatorum adquirunt, id eſt, actionem legatorum, *l. ſi à furioſo, de obligat. & action. l. filiusfamil. ſup. qui teſtam. fac. poſſ. l. vlt. C. quando dies leg. cedat.* Rerum autem legatarum dominium adquirunt agnitione, id eſt, cum agnoſcunt legatum & amplectuntur: vel traditione, cum accipiunt legatum ab heredibus, *l. ei qui ita, de cond. inſt. l. cum vero in fin. de fideicommiſſ. libert.* Ergo rerum legatarum dominiũ adquirunt ſcientes, non ignorãtes, actionem legatorum etiam ignorantes. Atqui, quod poſſet obiici, res legata

dicitur esse legatarij ignorantis vel deliberantis, *l. si par tem, in fine, sup. quemadm. seruit. amitt. l. magis §. fundum, sup. de reb. eorum, qui sub tut. vel cur.* Verum hoc ideo, quia cum actio ignoranti adquiratur, propemodum & res ipsa adquiri videtur, nam in vsu est, vt & nostrum siue proprium esse dicamus id, de quo actionem habemus, *l. 15. §. quod annus, ad leg. Falcid. l. 15. de reg. iur.* sequitur aliud responsum.

Ad §. hereditatem.

Hereditatem filius cum moreretur, filijs suis, vel cui ex his voluisset, restituere fuerat rogatus, quo interea in insulam deportato, eligendi facultatem non esse pœna peremptam placuit, nec fideicommissi conditionem ante mortem filij heredis existere: viriles autem inter eos fieri, qui eo tempore vixerint, cum de alijs eligendi potestas non fuerit.

HVius §. species hæc est: Pater filio heredi instituto electionem dedit, vt filiis suis, qui nepotes sunt patris, id est, filiis nepotibus suis, vel cui ex iis vellet, cum moreretur, hereditatem restitueret. Post mortem patris filius in insulam deportatus est ex delicti causa, deportatione amisit testamenti factionẽ, quia desiit esse ciuis, & factus est peregrinus, non tamen amisit ius eligendi, cui liberorum hereditatem paternam restitueret, quia electio pendet ex animi iudicio, quod in eo post pœnam manet integrum, & facti est electio potius quam iuris. Idcirco capitis deminutione, minore scilicet, veluti deportatione, non amittitur: deportatus amittit ea, quæ sunt iuris, non ea quæ sunt facti, *l. legatum, inf. de cap. minut.* Et hoc Papiniani responsum nominatim ex hoc libro etiam in testimonium attulit Vlpianus in *l. ex facto §. si quis rogatus 2. ad Senatusc. Trebel.* vbi ex hoc loco etiam iamdiu docuit obseruatio tertia, in locum illorum verborum, *cui liber factus fideicommissum restitui velit,* (quoniam deportatus non fit seruus, vt expectari debeat eius libertas, sed retinet libertatem, & ciuitate plectitur sola) esse legendum aut reponendum, *cui liberorum fideicommissum restitui velit.* Proinde huius fideicommissi conditio, vt Papinia. ait, non existit ante mortem filij naturalem, licet deportatus sit: quia & post deportationem potest eligere, cui liberorum fideicommissum restitui velit: moriente filio is quem elegerit, vocabitur ad hereditatem fideicommissariam, cæteri excludentur: si neminem elegerit, omnes vocabuntur ad hereditatem pro virilibus portionibus, vt in *l. vnum ex familia, §. si duos, sup. hoc tit.* Aliud tamen dicendum esset, vt docet Vlpianus supradicto loco, filio damnato in metallum, quæ maxima est capitis deminutio, vt deportatio, minor capitis deminutio. Maxima in omni iure morti comparatur semper, quæ plectit ciuitate, & libertate, quæ seruum & peregrinum facit, minor autem non semper morti comparatur, non in hac specie, non etiam in specie legis, *sed si mors, de donat. inter vir. & vxor.* non etiam in specie legis *si intercedat, de condit. & demonstrat.* Ideoque deportatus ius eligendi non amittit: damnatus in metallum ius eligendi amittit, & statim fideicommissi persecutio filiis eius cõpetit, non exspectata morte naturali patris, quæ iam contigisse intelligitur: nec post damnationem editi liberi ad fideicommissum admittuntur, *d. §. si quis rogatus.* post damnationem reliqui liberi ad fideicommissum admittuntur, quia conditio fideicommissi, quæ semel extitit, nunquam resumitur, *l. pater, §. vlt. de condit. & demonstrat.*

Ad §. qui dotale.

Qui dotale prædium contra l. Iuliam vendidit, vxori legatum dedit, & emptoris fideicommisit, vt amplius ei pretium restituat, emptorem fideicommissi non teneri constabat, si tamen accepto legato, mulier venditionem irritam faceret, eam oblato pretio, doli placuit exceptione summoueri.

NOtissima est l. Iulia de fundo dotali, quę vetat fundum dotalem alienari vel pignerari à marito, quamuis maritus, eius fundi dominus sit: sed dominus, non quidem simpliciter, sed dotis causa. Quid igitur si maritus fundum dotalem quandoque vendiderit, & tradiderit emptori, & ab eo pretium acceperit, potestne hæc venditio quandoque soluto matrimonio mulieri esse fraudi? Minime vero, quoniam ex l. Iulia vxor soluto matrimonio irritam venditionem facere potest, vindicato fundo ab emptore, nec oblato & reddito pretio, quod emptor marito intulit, quia illicita venditio est, *l. 3. C. de rei vindicat. l. si sciens, C. ad Senatusc. Vell.* Sed si maritus vendidit quidem & tradidit fundum dotalem, sed pretium nondum acceperit ab emptore, quæ est species huius §. Nam falso fingunt, maritum accepisse pretium ab emptore. Ponamus igitur, maritum fundum dotalem vendidisse, & tradidisse, pretium nondum accepisse, & morientem legasse vxori ab herede rem certam, & hoc amplius, ponamus emptoris qui nondum pretium soluerat fidei commisisse, vt vxori pretium restitueret & solueret. Hoc casu emptor quidem fideicommisso non tenetur. Idque constat inter omnes, quia scilicet vxore irritam faciente venditionem, expost facto apparuit, emptorem marito pretium non debuisse: nec enim de pretio tenetur emptor, cui res empta euincitur, *l. 5. l. si fund. C. de euiction.* Apparet igitur, emptorem non fuisse debitorem mariti, debitor fideicommisso tenetur, quia ex constitutione Diui Pij etiam à debitore fideicommissum relinqui potest, *l. si pecunia, sup. tit. prox. l. cum quis decedens 35. §. pater, in fine, tit. seq.* At hic emptor debitor non fuit mariti, nihil etiam ei dedit maritus, vt eum fideicommisso obstringere possit. cui nihil dederis, non est recipiendum, vt eum rogando obliges, *l. 6. in fine. tit. seq.* De suo quemque largiri oportet, non de alieno. Verum in proposita specie vxore irritam faciente venditionem fundi, & vindicante fundum dotalem ab emptore post mortem mariti emptor oblato pretio, quod ab eo vxori venditoris relictum est per fideicommissum, vltro oblato pretio, quod initio extorqueri non potuit, quia eum fideicommisso non teneri constabat, vltro tamen oblato pretio mulierem vindicantem fundum dotalem repellet exceptione doli mali, si doceat eam agnouisse legatum, quod ei maritus reliquit ab herede; quia irritam facit venditionem vindicando fundum, facit contra voluntatem testatoris, cui tamen, cum legatum agnouerit, parere necesse habuit, quia in fideicommisso dicendo *amplius*, vt scilicet emptor amplius vxori pretium restitueret & repræsentaret, quod verbum *amplius* tantundem valet, quantum, *hoc amplius, l. qui ita, de dote præleg. l. si seruus legatus, §. si ita sup. tit. prox.* In fideicommisso dicendo *amplius* vel *hoc amplius,* testator satis demonstrauit, se ideo vxori legatum rei certæ relinquere ab herede, & pretium fundi venditi ab emptore, ne venditionem rescinderet, ne venditionem faceret irritam; & vinciendo, connectendo legatum rei certæ cum fideicommisso pretij, hoc articulo *amplius* demonstrauit, causam sibi esse eam relinquendi pretij, & legandæ rei certæ: causa autem relinquendi pretii, quæ alia est, quam ne fundum vxor auocet emptori? Ergo & eadem est causa legati, vt ratam faciat emptionem venditionem fundi dotalis; denique hic articulus *amplius*, repetit legatum; ac si dixisset *amplius quam quod vxori ab herede meo legaui, emptor ei restituito pretium fundi dotalis, quem tibi vendidi,* & legato ea ratio adiicit causam, quæ fideicommisso inest. Eadem verba *hoc amplius*, vel simpliciter *amplius*, sæpe magnam vim habent magnumque motum. Alias adiiciunt diem vel

conditionem,, *l. ſi tibi pure, tit. ſeq.* alias adiiciunt collegatarium, *l. 13. tit. ſeq.* alias adiiciunt vires & robur legato inutili, *l. legata inut. ſup. tit. prox.* Denique magni momenti ſunt in hoc reſponſo, conficiunt totum negotium, quia legato priori relicto ab herede adiiciunt cauſam, quæ ineſt fideicommiſſo. Reiiciantur Gloſſæ omnes & commẽta Doctorũ ad ni Gloſſas, qui ad Papianum ſupplent, quæ Papiniano non veniſſe in mentem verba eius produnt ſatis: neque enim in neceſſariis ex Papiniani breuitate quicquam vnquam ſolemus deſiderare, ſuperuacuis caret ταυτολογίαις, ſed certe minus non dicit quam quod dici oporteat. Et cogor ob eandem cauſam hoc loco retractare id, quod in §. 1. huius legis eorum veſtigia ſubſequutus verba Papiniani prætergreſſus ſum; *Si ex donatione cauſa mortis heres Falcidiam detrahat*, ſiue à donatario cauſa mortis tota donatio, ſiue pars donationis per fideicommiſſum alii relicta ſit, minuitur fideicommiſſum. Fac, vt res ſit aperta, donationem eſſe ABC, fideicommiſſum B, Falcidiam heres detrahit non ſolum de AC. ſed etiam de B. quod eſt fideicommiſſo. Minuitur ergo fideicommiſſum nec præſtatur integrum, licet potuerit ex reſiduo donationis præſtare integrum. Verum aliud dicendum eſt, ſi fideicommiſſo neque donatio, neque pars donationis contineatur, ſed donatarius rogetur alii, verbi gratia, annua dena præſtare alimentorum nomine, & patiatur donatarius Falcidiam, quia dicendum eſt, præſtationem annuam non conſiſtere in donatione tota, ſed in reſiduo donationis, quod ſupereſt deducta Falcidia. Quod ſi abunde ſufficiat præſtationi annuæ, integram eam præſtari ſine deminutione: Fac, in donatione eſſe fundum ferentem annua ſexaginta, in fideicommiſſo annua 10. Falcidiam abſtuliſſe quartam partem fundi, quæ ferebant annua 15. ex reſiduo fundo fideicommiſſario, ſiue alimentario integre annua 10. præſtabuntur, non fauore alimentorum, ſed vt ait ex *d.* §. *1.* ex voluntate defuncti, qui de maiori pecunia haud dubie præſtari voluit integra alimenta, nunquam relinquuntur alimenta alii, niſi ex maiori reditu quodam, ex maiori pecunia, quæ reſideat, aut relinquatur ei qui oneratur fideicommiſſo. In exemplo autem propoſito maior eſt pecunia reſidua, quia reſident apud donatariũ tres partes fundi quæ fuerunt 45. quotannis. Ergo annua dena integra alimentario præſtabuntur: ſi eadem aut minor ſit pecunia reſidua, proculdubio tunc minuetur etiam fideicommiſſum alimentorum, & hoc eſt verius & conuenientius verbis Papiniani, quibus nunquam vtitur irreligioſe, quam quod Dd. tradunt, quos ſequebar in *d.* §. nudius tertius, accipientes maiorem pecuniam pro toto patrimonio donatarii, & nihilominus admittentes diminutionem fideicommiſſi, ſi reſidua pecunia non ſufficiat integrę præſtationi, quod eſt abſurdum & incongruum: nam ſi debentur ex toto patrimonio donatarii; ergo non diminuuntur, etiamſi donatario diminuatur, nec ſufficiat integræ præſtationi alimentorum.

Ad §. Mæuio.

Mæuio debitori ſuo reus ſtipulanti mandauit, vt Titio, cui mortis cauſa donabat, pecuniam debitam ſolueret; cum ſciens dominum vita deceſſiſſe, Mæuius pecuniam dediſſet: non eſſe liberationem ſecutam, conſtitit: nec ſi Mæuius ſoluendo non eſſet, in Titium adiectionem ſolidi vel iure Falcidiæ dandam eſſe: quia mortis cauſa cepiſſe non videretur. Diuerſum probandum foret, ſi Mæuius ignorans dominum vita deceſſiſſe, pecuniam errore lapſus dediſſet; tunc enim portio iure Falcidiæ reuocaretur.

DEbitori meo mandaui inter viuos, non per fideicommiſſum, vt Titio ſtatim vel me viuo pecuniam debitam ſolueret: non mandaui, vt etiam ei ſolueret poſt mortem, ſed vt ſtatim vel me viuo pecuniam mihi debitam ſolueret L. Titio, cui eam donabam mortis cauſa. ego mox vita defunctus ſum, mandatũ morte mea finitũ eſt: (Mandatum finitur morte mandantis, *l. mandatum, C. mandati.* Sicut iuſſum morte iubentis, *l. ſi per epiſtolam, ff. de adquir. hered.* & ceſſitia tutela morte cedentis apud Vlpian. tit. *de tutelis.*) Et in ſpecie propoſita ſi quidem debitor meus ſciens mortem meam, atque adeo finem mandati, ſoluerit L. Titio, non liberatur, *l. vlt. de ſolut.* in qua ſic eſt legendum, vt probauit omnibus obſeruatio prima; *Ei autem cui iuſſi debitorem meum ſoluere,* & illud *ſoluere*, eſt ſubdiſtinguendum. poſt mortem meam non recte ſoluitur, quia mandatum morte diſſoluitur. At ſi debitor meus ignorans me vita deceſſiſſe, per errorem pecuniam ſoluerit L. Titio, ex æquo & bono liberatur, *l. inter §. 1. mand. l. pen ſup. de reb.* §. *cred. recte, Inſt. de mand.* Quibus præmiſſis finge: ego vita deceſſi. morte mea finitum eſt mandatum pecuniæ ſoluendæ Titio, finita & extincta donatio cauſa mortis, quia donatario ea pecunia recte ſolui non poteſt poſt mortem meam. Finge, inquam, mandatarium debitorem meum non ignorantem mortem meam pecuniam L. Titio ſoluiſſe: non liberatur, vt præmiſi, & ideo heredi meo tenetur ex ſtipulatione, vel ex alia cauſa, ex qua mihi tenebatur, ſed ſi forte ſoluendo debitor non ſit, ſi inanis ſit actio propter eius inopiam, quam in eum heres meus intendit, an heredi meo eſt actio in L. Titium, qui pecuniam accepit à ſciente, vt ſcilicet eam pecuniam reddat totam, vel ſaltem partem Falcidiæ, quod interueniat ratio legis Falcidiæ, & heres deſideret Falcidiam etiam ex donatione cauſa mortis ſecundum conſtitutionem D. Seueri, de qua diximus in §. 1. Et reſpondet Papinianus heredi nullam eſſe actionem in Titium, quia cum eo nullum negotium geſſit, & pecuniam non habet ex mea donatione cauſa mortis, quæ extincta fuit morte mea, ſed eam pecuniam habet ex donatione inter viuos debitoris, qui intelligitur ei donaſſe, quod ſciens indebitum ſoluit, *l. cuius per errorem, de reg. iur.* Aliud dicendum eſt, ſi ignorans mortem meam bona fide animo exequendi mandati mei, ei ſoluerit, nam hoc caſu heres aget actione in factum, vt dixi in §. *mater ſup.* id eſt, vtili vindicatione Falcidiæ: heres Falcidiam à L. Titio reuocabit quaſi donatario cauſa mortis, quia eodem loco res eſſe cenſetur, ac ſi L. Titius eam pecuniam accepiſſet ex donatione cauſa mortis, propter errorem & ignorantiam ſoluentis. neque dicas ignorantiam debitoris prodeſſe L. Titio contra *leg. inquiſſimum, de iur. & fa. ign.* quia imo nocet, cum patiatur Falcidiam L. Titius, quam non pateretur, ſi ſciens debitor ei ſoluiſſet.

Ad §. cum pater.

Cum pater fideicommiſſum prædiorum ex teſtamento matris filiæ deberet, eandem pro parte ita heredem inſtituit, vt hereditatem fideicommiſſo compenſaret, eademque prædia filio exheredato dari voluit; quanquam filia patris hereditatem ſuſcipere noluiſſet, fideicommiſſum tamen ab heredibus eſſe filio præſtandum:, ad quos hereditatis portio, quam accepit filia, redierat, placuit. Quod ſi alium filiæ ſubſtituiſſet, eum oportere filio fideicommiſſum reddere.

HVius ſpecies hæc eſt: Pater filiæ ſuæ emancipatæ prædia quædam debuit, aut debet prædia quædam à ſe herede inſtituto teſtamento vxoris, eidem filiæ, verbis fideicommiſſi relicta. Idem vero pater in teſtamento ſuo filium exheredauit, filiam adiectis coheredibus extraneis heredem inſtituit ex parte, ea lege vt hereditatis partem compenſaret cum fideicommiſſo prædiorum, quod ei pater debuit ex teſtamento matris; filio autem exheredato, ab eadem filia ſupradicta prædia fideicommiſſum reliquit; deinde mortuo patre filia re-

pudiauit hereditatem paternam, & portio eius adcreuit A coheredibus, vel, vt loquitur, portio quam accepit, id est, quæ ei testamento adscripta est, rediit ad coheredes: redire dicitur hereditas non tantum ad agnatos iure legitimo, vt *l. 3. si quis omissa causa testam. l. Iuriscõsultus, in princ. de grad. & adfin.* sed etiam ad coheredes iure adcrescendi. Portio igitur filiæ repudiantis adcrescit coheredibus, vel etiam tranfertur ad substitutum, si quem filiæ substitutum dederit pater, & substitutus præfertur coheredib. *l. 2. §. si duo, inf. de bon. poss. secund. tab.* nisi aliud suadeat voluntas defuncti, vt in *l. quidam, ff. de vulg. subst.* Duo autem sunt, quibus supradicta prædia heredes patris debent. Nam & ea debent filiæ ex testamento matris, quo à patre herede scripto ea prædia filiæ per fideicommissum mater reliquit, & eadem quoque debent B filio exheredato ex testamento patris, quo à filia herede scripta eadem prædia filio exheredato per fideicommissum pater reliquit. verum, hoc loco agitur tantum de fideicommisso illo prædiorum, quod relictum est testamento patris, & debetur filio exheredato. Et quamuis filia à qua relictum est filio exheredato, hereditatem repudiauerit, tamen non ideo minus prædia deberi filio exheredato ait, nimirum deberi à coheredibus, quibus portio filiæ adcreuit, vel à substituto filiæ, qui portionem filiæ occupauit iure substitutionis, fideicommissa ab herede relicta videri repetita à substituto & à coheredib. qui quasi substituti cum suo onere consequuntur adcrescentem portionem, videlicet post rescriptum Diui Seueri, de quo in *l. licet, sup. tit. prox. l. 61. in fi. hoc tit. l. 4. C. ad Senatusc. Trebell.* Quod non obtinuisse ante Se- C uerum liquet ex Celso, qui fuit longe antequam Seuerus rerum potiretur, *l. 29. hoc tit.* Quoniam iure veteri, quod vni ex coheredibus nominatim fideicommissum erat, ita demum videbatur testator præstari voluisse, si ille heres extitisset, quod si non extitisset, portionem illam vacantem adcrescere coheredibus sine onere fideicommissi, obuenire substitutis sine onere fideicommissi. Quod igitur hoc loco ait, *placuit,* sic interpretari debemus, vt & in §. *1. h. l. placuit Diuo Seuero.* De fideicommisso eorundem prædiorum filiæ relicto testamento matris hoc loco non agitur, quia de eo minus dubitabatur, & constabat coheredibus & substitutis, ad quos redit portio heredis repudiantis, incumbere onus æris alieni, quod defunctus debuit heredi, qui repudiauit, quique noluit æs illud suum compensare cum heredita- D te, *l. cum ab vno, sup. hoc tit.* Sed ab eo vel ea coguntur coheredes vel substituti ea prędia redimere, si ea velit vendere iusto pretio, & præstare filio exheredato, aut eorum ęstimationem, vt in *l. non dubium, §. vlt. tit. seq.* Quãobrem recte statuunt Dd. hoc loco contra Hugolinum, nihil huic responso derogari per Nouel. *39. de restitut.* vel authenticam, *res quæ, C. comm. de leg.* quæ vetat inuito fideicommissario alienari, ergo & legari directo vel per fideicommissum, ea quæ sunt fideicommisso subiecta siue obnoxia. Nam & ea quoque prædia inuita filia non transeunt ad filium exheredatum: neque enim ea substitutis vel coheredibus distrahere compellitur; verum ea nolente distrahere, filio exheredato præstatur E æstimatio. In extremo versu huius §. Haloander male legit *filiæ,* pro *filio.* secutus sum Florentinam scripturam. Alterum responsum est in §. euictis, cuius species hæc est.

Ad §. euictis.

Euictis prædiis, quæ pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissis filio reliquit, nulla cum fratribus & coheredibus actio erit. si tamen inter filios diuisionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus prelegatas restituere, nisi parati fuerint & ipsi patris iudicium fratri conseruari.

Pater filios heredes instituit, vni ex eis per fideicommissum à coheredibus reliquit prędia quædam aliena, quæ sua esse credebat. dominus filio euicit prædia. Quæritur, an habeat filius eo nomine actionem aliquam aduersus fratres consortes, quod sibi ea prædia habere non liceat, quæ ab eis legauit pater? Et respondet, ei cum fratrib. nullam esse vel competere eo nomine actionem. Obiicies statim, imo esse petitionem fideicommissi, quia etiamsi quis errore lapsus coniunctis personis rem alienam reliquerit, cuius se dominum esse credebat, legati aut fideicommissi petitio est, *l. cum alienam, C. de leg.* vel si reliquerit vxori *l. quoties inter, de aur. & arg. leg.* vel alij tali personæ, vt ait *d. l. cum alien.* puta alumno, vt in *l. in testament. inf. de fid. libert.* vel heredi scripto, *l. heredi, inf. ad Trebellian.* quia manifesta est affectio defuncti erga heredem, quem donauit honore præcipuo institutionis. Ergo siue quis sciens, siue ignorans rem alienam legauerit coniunctæ personæ, vel alij tali personæ, legati petitio est. Idque est verissimum. At vero contra obiiciam & respondebo, filio etiam hoc loco non denegari petitionem fideicommissi, si nondum præstitum est, sed euictis prædiis, quæ ei præstita sunt ex causa fideicommissi, denegari actionem de euictione in id, quod interest, prædia euicta non esse aduersus coheredes: nam heredes legatariis vel fideicommissariis, quibus res certa relicta est, de euictione non tenentur, *l. si à substituto, in fin. l. si legati serui, sup. tit. prox.* quia legatarij & fideicommissarii sunt lucratiuæ rei possessores, vt ait Paul. *5. Sent. tit. 11.* Et hæc est sententia prioris partis huius §. Subiicit in posteriori parte, aliud esse dicendum, si pater filios heredes instituerit, & inter eos bonorum suorum diuisionem fecerit, quod facit certas res singulis prælegando, vt in *l. 3. §. quidam, inf. ad Trebell. l. 33. sup. fam. ercisc.* vt rectissime Accurs. in *l. nomen §. vlt. tit. seq.* prælegauit, sic interpretatur, *per diuisionem adsignauit, vel attribuit.* Et illa quidem *l. 33. fam. ercisc.* omnino congruit cum hac posteriori parte huius §. Ex quo apparet non omni ex parte hoc responsum esse singulare, quod tamen omnes nostri Dd. tradunt. Ex his vero sequitur, officio arbitri famil. ercis. siue diuidendæ hereditatis contineri in specie proposita, vt vnicuique filiorum res, quæ relictæ sunt & distributæ à patre, solidæ præstentur. Quod fiet, quia singulæ res hereditariæ sunt communes inter filios iure ipso, & singuli in singulis rebus hereditariis habent partes hereditarias. Id, inquam, fiet facta inuicem permutatione partium: nam vt eleganter ait §. *hereditatem, infrà hac l. permutatio partium rerum communionem discernit.* atque ita genere permutationis diuisio bonorum quam pater facit, & inter filios ad effectum & emolumentum perducitur: ex hac permutatione autem exemplo emptionis & venditionis, cui proxima & adfinis est, nascitur euictionis nomine actio præscript. verbis, *l. 1. & 2. C. de rer. permut. l. si familiæ, C. famil. ercisc. l. si fratres, C. comm. vtriusq. iud.* Quamobrem ex voluntate patris operam dabit iudex familiæ ercifcundæ, vt ita demum partes prælegatæ coheredibus præstentur, si & ipsi vice mutua partes suas præstent, & in se vicissim detrimentum & periculum euictionis recipiant, vt ęquum in omnium filiorum persona conseruetur iudicium, & voluntas siue diuisio patris. Et hoc vult in posteriori parte huius responsi. Totius summa hæc sit. Facta & perfecta diuisione bonorum inter filios, quasi ex permutatione alios aliis teneri de euictione. vni legata re certa vna vel pluribus, alios de euictione non teneri. Neque primum obstat huic definitioni *l. non quocunque, §. 1. sup. tit. prox.* quam obiicit Accursius, quia non dicit, heredem legatario rei certæ, certiue corporis teneri de euictione, sed legatario, qui non ex causa legati, sed ex alia causa lucratiua rem legatam nactus est, quamdiu eam rem tenet ex alia causa lucratiua, non esse legati petitionem, quia regula-

riter traditum est, duàs causas lucratiuas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse, §. *si res aliena, Inst. de leg.* sed si forte ea res, quam nactus est ex alia causa lucratiua ei euincatur, tum incipit legatario esse petitio legati finita causa lucratiua. Et ea est sententia §. 1. vnde apparet eũ §. esse de actione legati, nõ de actione euictionis. Nihil etiã obstat *l. scimus* §. *1. C. de inoff. test.* quã ibidem opponit Accursius, ex qua filio euicta legitima portione, quæ ei relicta erat; datur querela inofficiosi testamenti, vel supplementi actio. Hoc nihil obstat, quia *d. l. scimus*, de filio exheredato loquitur; hoc autem loco agitur de filio herede instituto, cui euictis prædiis legatis, non euincitur portio legitima, cum supersit institutio, quæ sufficit ad portionem legitimam. nihil etiam superiori definitioni obstant leges, quæ loquuntur de homine incerto legato, veluti hoc modo, *seruum illi dato*, de homine generaliter legato, vel de qua alia re generaliter legata, quo casu eius rei, quam elegerit & præstiterit, heres euictionem præstat, quia non videtur præstitisse quod ita præstitit, vt habere legatarius, & perpetuo iure possidere non possit, *d. l. si à substituto*, §. *1. l. si domus* §. *1. eod. tit.* qui est accipiendus etiam de legato generis, *l. qui concubinam*, §. *si heres, tit. seq. l. heres, de euict.* Hoc enim loco non agitur de re legata generaliter & indistincte, sed de re certa legata specialiter, certis prædiis, & satis est talem rem præstari, qualis est, quod & M. Tullius prodidit 3. offic. *In mancipiorum venditionibus*, inquit, *venditorum fraus omnis excutitur; qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, præstat edicto ædilium.* Heredum alia causa est, id est, heredes non tenentur præstare, sanum esse seruum legatum, quod tamen venditores præstare debent ex ædilitio edicto, vt in *l. si à substituto* §. 1. ac similiter heredes non præstant euictionem serui legati specialiter. Ac postremo notandum est, non abs re initio huius §. Papinianum posuisse, patrem ignorasse prædia, quæ filio verbis fideicommissi reliquit, aliena sed sua esse existimasse, quoniam si sciens aliena prædia legauerit, coniectura voluntatis exigit, vt coheredes præstent euictionem, quia omnino ea filium voluit habere, qui sciuit esse aliena & legauit. Totum facit hac in re volũtas defũcti, qui onerare coheredes potuit. Et hoc Accursius notat recte in *l. Sticho, insi. de vsuf. leg.*

Ad §. Pater.

Pater certam pecuniam exheredatæ filiæ, verbis fideicommissi reliquit, eamque nupturæ dotis nomine dari voluit, filio dotem stipulante, cum filius minorem dotem dedisset, superfluum esse filiæ reddendum constabat. Diuortio quoque secuto, fideicommissum filiam recte petituram, vt actio stipulationis sibi præstetur, quoniam verisimile non erat, patrem interponi stipulationem voluisse, quo filia post primas nuptias indotata constitueretur, cæterum si postea nuberet ad secundas nuptias cautionem extendi non oportere.

PAter filiam exheredauit, filium heredem instituit, eumque rogauit, vt exheredatæ filiæ sorori suæ cum nuberet trecentos aureos daret dotis nomine, marito numerandos, à quo marito iussit etiam, vt idem filius stipularetur soluto matrimonio dotẽ sibi reddi. Filius autem nubenti sorori non dedit trecentos aureos, sed ducentos tantum dotis nomine; inuento tam optimo viro, qui ea dote contentus esset, & vt iusserat pater, stipulatus est eam dotem ducentorum soluto matrimonio sibi reddi. Quæritur, an residua centum, quæ sunt in fideicommisso, filiæ debeantur? Et respondet deberi, nec filium minuere posse fideicommissum dotis, quod taxata certa quantitate filiæ reliquit pater, etiamsi industria sua effecerit, aut gratia, vt nuberet soror in familiam claram & ditem: fratris esse, bene collocare sororem, nihilque ei exheredatæ detrahere, maxime vero ex eo, quod

Respons. Papin.

A dotis nomine reliquerit pater: nam & pater ipse post testamentum factum, si minore pecunia filiam in matrimonium collocasset, residuum fideicommissi filiæ deberetur, *l. 22. in fine, hoc tit.* Rursus quæritur, si diuortio soluatur matrimonium, an maritus cogatur actione ex stipulatu filio dotem reddere? Quod videtur, quia iussu patris filius generaliter stipulatus est soluto matrimonio dotem sibi reddi. Sed quia non est verisimile, patrem, qui filium iussit stipulari, voluisse post primas nuptias filiam indotatam manere, filia iure fideicommissi consequetur, vt frater sibi cedat actionem ex stipulatu aduersus virum, vel si iam frater dotem exegerit à viro, vt eam sibi restituat; denique coniectura voluntatis & pietatis paternæ non patitur, vt in alium casum sit filio efficax B repetitio dotis ex stipulatione, quam in casum mortis filiæ, non etiam diuortii, & eadem ratione, nec in casum mortis mariti, ne mulier maneat indotata, arg. *l. 15. sup. de pact. dot.* Diuortio igitur aut morte mariti soluto matrimonio, dos filiæ integra seruatur, qua iterum nubat: iterum nubet si velit, & qua forte si nubat eidem vel alij, inuita ea non licebit filio de nouo marito stipulari, soluto matrimonio dotem sibi reddi, quia de primis tantum nuptiis cogitasse videtur pater, non de secundis, vt scilicet de primo marito dotem stipularetur, non de secundo: & secundus potest esse idem ipse redintegrato matrimonio. Et ita in illa lege notissima *boues*, §. *1. de verb. sign.* dicitur hoc sermone, *quum nupta erit*, significari primas, non secundas nuptias. Et hæc est sententia huius C responsi summe notanda, quam equidem nolim temere produci ad quamcunque aliam speciem dissimilem. Et valde displicet Cyni & Bartoli opinio, qui eam producunt ad hanc speciem quasi similem, quæ vsu contingit sæpe. Testator iussit die obitus sui dari ciuibus vel collegis, vel pauperibus, vel aliis certam pecuniam: non erit, inquiunt Cyn. & Bart. ea pecunia, nisi semel præstanda, quo anno obierit mortem testator, non sequentibus: hoc est falsum. Dissimilis enim est species, & ius etiam dissimile: Nam aliud est iubere heredem stipulari dotem, quæ nupturæ filiæ relinquitur, quod de prima vice, qua filia nupserit, intelligitur, quia non quotannis hæc res agitur, sed semel tantum cum voto perpetuæ & indiuiduæ consuetudinis, vt in *l. 1. de iur. dot.* Aliud vero est iubere heredem dare aliquid certis personis die obitus sui, vel die natalis sui, nihil refert, quæ res quotannis D fungi & repeti potest. Et vero verisimile etiam est, testatorem non in primum annum id dedisse, sed & in sequentes annos. Et ita etiam proditum est in *l. cum quidã, l. annua* §*vlt. l. pen. ff. de ann. leg.* Sunt leges elegantissimæ Videamus etiam, an verum sit, quod hic Accurs. notat, non esse sequendam voluntatem testatoris, si in specie proposita expressim in omnem casum soluti matrimonij, diuortij scil. vel mortis alterutrius, iusserit filium dotem stipulari. Mouetur duplici ratione. Vnam sumit ex fauore dotis; At vt respondeam, fauor dotis non adeo est magnus, vt non possit pater initio constituendæ dotis legem subiecta stipulatione dicere suę rei quã velit, antequam dos fiat, *l. quotiens, sol. matrim.* Itaque & hanc E legẽ dicet suæ rei mox vertendæ in dotem, vt eam dotẽ maritus quoquomodo soluto matrimonio restituat filio stipulanti. Quidni? Alteram rationem ducit Accurs. ex eo iure, quo portio legitima debetur filiis & filiab. At vt respondeã, debetur gratis tantũ portio legitima, non ingratis & male meritis, qualem fuisse filiam in hac specie exheredatio demonstrat, quam iniustam esse pronuntiatum non fuit; nec enim proponitur, filiam egisse querela inofficiosi testamenti & causam tenuisse. Ideoque non est, cur, si hoc nominatim expresserit pater in testamento, dotem stipuletur filius sibi reddi in omnem casum, & recte etiam agat in omnem causam, siue casum. Sequitur aliud respons. in §. *à filia.*

Ad §. a filia.

A filia pater petierat, vt cui vellet ex liberis suis prædia restitueret. Vni ex liberis prædia fideicommissi viua donauit, non esse electionem propter incertum diem fideicommissi, certæ donationis videbatur. Nam in eum destinatio dirigi potest, qui fideicommissum inter cæteros habiturus est, remota matris mortis electione.

PAter filiam heredem instituit, & eam rogauit, vt cui vellet ex suis filiis prædia quædam cum moreretur, restitueret. electionem dedit filiæ, vt cui vellet cum moreretur ex suis filiis ea prædia restitueret: filia autem cum viueret, vni ex filiis prædia fideicommissi donauit. *Prædia fideicommissi* dicit, vt contra *fideicommissum prædiorum*, in *l. cum pater, sup.* Quæritur, an hæc donatio, quam viua fecit filia, contulitque in vnum ex filiis pro electione, sit firma & certa, quæ nec reuocari possit? Et respondet Papinian. hanc donationem non esse electionem certam & immutabilem, quia electio collata est in diem incertum, puta, cum moreretur filia heres, *l. 1. §. dies, ff. de cond. & demonst.* Quæ dies incerta conditionem facit, *l. dies, eod. tit.* Quæ quidem conditio non existit ante mortem filiæ, §. *hereditatem, supr. in hac l.* Quocirca omne spatium vitæ liberum est filiæ ad eligendum, quem volet ex filiis, cui prædia fideicommissi restituat vsque dum moriatur, & quamdiu variare & mutare electionem potest. Electio siue donatio prædiorum non est pro electione aut donatione certa, vel, vt loquitur, non est pro electione certæ donationis, sed est pro destinatione tantum & designatione quadam fideicommissarij infirma & instabili, quoniam interim variare potest filia, & à destinato recedere. Incerti fideicommissi, conditioneue incerta suspensi certa electio esse non potest, antequam conditio extiterit, puta, in casu proposito, antequam contigerit mors filiæ, quæ si contingat non mutata voluntate, tum proculdubio destinatio illa conuertitur in electionem & donationem certam atque stabilem, quoniam durauit ea voluntas filiæ vsque ad mortem: & is igitur fideicommissum prædiorum capiet, quem filia destinauit, nec remouit quandiu vixit: sed si mutata voluntate alium, antequam moreretur, delegerit, destinatio illa prioris filij, irrita constituitur, *l. vnum ex familia, in pr. & §. rogo, sup. h. tit.* Itemque si is, quem filia destinauit prior moriatur; deinde filia, irrita destinatio est, & nemine alio electo omnes liberi superstites ad fideicommissum inuitantur: at si is quem destinauit filiæ superuixerit, nec filia donationem siue destinationem reuocauerit, & mutauerit, is, vt dixi, solus fideicommissum obtinebit. Ex quo apparet, destinationem quam viuus heres fecit, & direxit in eum, qui remota matris electione, id est, matre neminem eligente, fideicommissum inter cæteros habiturus est, prorsus inutilem non esse, quoniam is, qui destinatus est, id est, cui prædia filia donauit, si filiæ superuixerit, cæteros excludet fideicommisso, tanquam electus à matre, quæ donationem non mutauit. Et hoc est quod ait, *nam in eum destinatio dirigi potest, qui fideicommissum inter cæteros habiturus est, remota matris electione.* His verbis refellit, quod obiici poterat, *Eam destinationem esse inutilem: nec enim est inutilis,* inquit, *si conferatur in eum, qui neminem eligente matre, fideicommissum prædiorum habiturus sit.* Inter cæteros, id est, vnum ex filiis. Accursius etiam obiicit *l. post mortem, C. de fideic.* quæ post mortem heredis certæ personæ relictum fideicommissum, ait, ab herede repræsentari posse, id est, heredem viuum id præstare posse detracta Falcidia, si ratio legis Falcidiæ interueniat. Sed hoc ita, si, vt dixi, certæ personæ fideicommissum relictũ sit præstãdum post mortem heredis, cui sit omnino præstandum, si coheredi superuixerit. At si vni ex liberis quem elegerit heres, relictum sit fideicommissum post mortem heredis, frustra repræsentatur fideicommissum vni, quod ei forte postea non debebitur herede mortuo, tametsi heredi superuixerit, puta, si postea alium heres elegerit. Eligẽdi arbitrium quod heredi datur, quodque confertur in tempus mortis heredis, ambulatorium est. Eligendi arbitrium currit & recurrit toto tempore vitæ heredis, quoniam interim dum viuit, integrum ei est subinde variare, & alium atque alium eligere.

Ad §. fidei.

Fidei heredum meorum committo, ne fundũ Tusculanũ alienent, & ne de familia nominis mei exeat. secundũ voluntatem eos quoque inuitatos intelligendum est, quibus heredes extranei fideicommissariam libertatem reddiderunt.

TEstator fidei heredum commisit, ne fundum Tusculanum alienarent extra familiam nominis sui, his verbis: *fideicommissum fundi reliquit familiæ nominis sui,* & constat quidem post agnatos vocari ad fideicommissum libertos orcinos, id est, qui directo in testamento manumissi sunt, vel qui manumissi sunt inter viuos, *l. vlt. C. de verb. sign.* quia per manumissionem assumuntur in nomen familiamque domini. Lactant. de vera sap. *Seruus liberatus,* inquit, *patroni nomen accipit tanquam filius.* Tertull. de resurrect. carnis: *Manumissus,* inquit, *patroni nomine, atque tribu & mensa honoratur.* Certum igitur est, hos libertos ad fideicommissum vocari, quia sunt de nomine testatoris. At quæritur, an etiam ad fideicommissum vocentur ij, quibus testator reliquit fideicommissariam libertatem ab heredibus extraneis, id est, qui non sunt de familia & nomine testatoris, quoniam hi manumissoris, id est, heredis extranei nomen accipiunt, tanquam patroni, non testatoris. Patronus heres, non testator, §. *qui autem, Inst. de sing. reb. per fid. rel.* Qua in re hoc loco pueriliter loquitur Accurs. oblitus *d. §. Inst.* & male etiam in medium allata *l. pater, inf. tit. seq.* quæ non de hoc quærit, an fideicommisso contineantur manumissi per fideicommissum, sed an liberti libertorum, qua de re est disquirendi alius locus in hac l. nempe in §. *libertis.* Verum secundum ea, quæ diximus, ad fideicommissum relictum familiæ nominis sui, non videntur admitti manumissi ab herede extraneo per fideicommissum, quia non vocantur nomine testatoris, sed nomine heredis extranei. Aliud tamen respondet Papin. in hoc §. ex voluntate testatoris ducens coniecturam, cui etiam manumissi per fideicommissum sunt suorum libertorum loco, ac si directa manumissione eos in suum nomen adsumpsisset. reuera alterius nominis sunt, opinione testatoris habentur pro libertis eiusdem nominis, quia eis ipse dedit libertatem, heredes reddiderunt, non dederunt, ipse gratuitam, heredes debitam, *l. 1. C. de libert. & eor. lib.* Quamobrem, & qui libertis legat alimẽta, etiam ea legare videtur iis, qui sunt manumissi per fideicommissum, id est, quibus dedit fideicommissariam libertatem. *l. 2. ff. de alim. leg.* quia eos habuit pro suis libertis, licet reuera sui non sint liberti, sed manumissoris, *l. qui ex causa, ff. de bon. libert.*

Ad §. fidei tuæ.

Fidei tuæ committo vxor, vt des, vt restituas filiæ meæ, cũ morieris, quicquid ad te quoquo nomine de bonis meis peruenerit. Etiam ea quæ post codicillis vxori dedit, fideicommisso continebuntur. Nam ordo scripturæ non impedit causam iuris ac voluntatis, sed dos prælegata retinebitur, quoniam reddi potius videtur quam dari.

VXorem maritus rogauit, hoc modo: *Quicquid ad te quoquo nomine de bonis meis peruenerit, peto restiـ*

tuas filiæ meæ cum morieris; Quæritur, an fideicommiſſo contineatur, quod ſatis eſt generale & amplum, cum dixerit, quid quid quoquo nomine, etiam dos quam vxori prælegauit: Reſpondet non contineri, quia dotem vxori reddit potius quam dat: rem vxori reddit, non ſuam dat. Qua ratione etiam Vlpianus vtitur in *l.2.§.mulier, de dote præleg.* Et Paul.5.Sentent.tit.1. Eademque ratio efficit, vt prælegatum dotis vxori relictum non patiatur Falcidiam, *l. ſed & vſusfr.§. dos, ad leg. Falcid.* Idemque, vt dote vxori prælegata, & petita à filio præterito bonorum poſſeſſione contra tab. vxor non redigatur ad virilem portionem, *l. virilis §. ſi quid vxori, de leg. præſt.* Ergo hoc fideicommiſſo dos prælegata non continetur: ſed an continetur hoc fideicommiſſo, quod poſtea codicillis vxori legauit, aut reliquit: & hoc ait contineri, B quamuis poſtea vxori reliquerit, quia ordo ſcripturæ non ſpectatur, ſed ius & cauſa legati, & voluntas teſtatoris, qui verbo *quidquid peruenerit,* plane demonſtrauit, ſe velle etiam futurum tempus comprehendere, quod falſam eſſe coarguit diſtinctionem, qua Accurſus vtitur in *l. cum virum, C. de fideicomm.* vt fideicommiſſo relicto eius, quod peruenerit ad heredem, contineatur, quod eo tempore ad eum iam peruenerat, non quod poſtea perueniet. Hoc falſum eſſe hic §. docet, quia *peruenerit*, etiam futurum tempus complectitur. aliud dicendum eſſet, ſi dixerit, quod vxori dedi: nam fideicommiſſo non continebuntur, quæ poſtea dederit, vt in *l. vxori, §. vxori, tit. ſeq.*

Ad §. volo.

Volo prædia dari libertis meis, quod ſi quis eorum ſine liberis vita deceſſerit, partes eorum ad reliquos pertinere volo: collibertum patris eundemque filium, ex voluntate ſubſtitutionem excludere placet.

QVidam libertis ſuis prædia per fideicommiſſum reliquit, eoſque in eo fideicommiſſo verbis precariis inuicem ſubſtituit ſub conditione, *ſi quis eorum ſine liberis vita decederet.* Inter libertos ſunt duo, pater & filius colliberti ſimul ab eodem patrono manumiſſi. mortuo patre quæritur, an locus ſit ſubſtitutioni precariæ, id eſt, an pars, quam is habuit in prædiis fideicom- D miſſi iure poſterioris fideicommiſſi, iure ſubſtitutionis ad omnes libertos pertineat. Et negat Papin. pertinere, quia defecit conditio ſubſtitutionis: neque enim deceſſit ſine liberis, qui filium naturalem, id eſt, quæſitum in ſeruitute, collibertum ſuum ſuperſtitem reliquit, hic cæteros collibertos excludet, & efficiet, vt poſterioris fideicommiſſi ſiue ſubſtitutionis conditio deficiat, atque adeo ſolus vocabitur in partem patris ſui. Et hoc Papiniani reſponſum nominatim ad teſtimonium vocatur ab Vlpiano in *l. ex facto § ſi quis rogatus, ad Senatuſ. Trebell.* Et ratio reſponſi, vt & ſuperiorum fere omnium, quantum Papinianus ipſe ſignificat, proficiſcitur ex voluntate defuncti, cuius introſpiciendæ & eruendæ Papinianus eſt artifex acutiſſimus, quia in conditione ſubſtitutionis veriſimile eſt, teſtatorem cogitaſſe etiam de liberis collibertis, qui naturales ſunt, non iuſti, cum eos priore gradu ad fideicommiſſum prædiorum inter cæteros vocauerit. Et ita etiam in ſpecie *l. vlt. ſup. de iur. delib. & l. pen. §. Damæ, hoc tit.* filiorum appellatione continentur etiam filij naturales & colliberti ex voluntate teſtatoris, Quæ tamen vtique ſemper an eadem ſit, hoc Vlpianus in *d. §. ſi quis rogatus,* ait, deprehendi poſſe ex dignitate & conditione teſtatoris. Ex dignitate, vt ſi ſit honeſtiſſimus paterfam. qui nullo loco numeret filios naturales, hic creditur liberorum vel filiorum appellatione iuſtos, non naturales intellexiſſe. Ex conditione, vt ſi ipſi teſtatori iidem ſint, humileſque natales, & mores, & abiectior animus, vt eodem loco numeret liberos

A iuſtos & naturales, aut certe hos ponat ſuperiore quam illos, vt nonnullorum mores ſunt, iuxta id quod ſcribit Appollonius Rhodius lib.1. Hunc vero facile dicam liberorum appellatione, naturales comprehendi voluiſſe. Denique vt definit Vlpianus ſupradicto loco, an liberorum appellatione contineantur naturales, voluntatis quæſtionem eſſe. Quæſtio igitur facti, non iuris, *l. ex verbis, C. de don. int. vir. & vxor.* Quæ in æſtimatione iudicis eſt, non Iuriſconſulti, in diſquiſitione Rhetoris, non Iuriſconſulti, *l. voluntatis, C. de fideicommiſ. l.2. C. plus val. quod ag. quam: l.12.§. ſed etſi Papinianus, de inſtr. leg. l. mora, de vſur.* Et ideo quod Iuſtinianus, in *l. generaliter, §. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.* hanc conditionem fideicommiſſi, *ſi ſine liberis deceſſerit*, accipit de iuſta ſobole, hic ex voluntate teſtatoris modum & finem accipere debet, quæ non patitur, vt id ſit perpetuo verum. Sequitur aliud reſponſum in §. *curatoris.*

Ad §. curatoris.

Curatoris ſui fruſtra fideicommiſſa videbantur, vt heredi fratri negotiorum geſtorum rationem redderet. Quanquam igitur teſtamento cautum eſſet, vt cum ad ſtatum ſuum frater perueniſſet, ei demum ſolueretur, tamen ſub curatore alio fratrem agentem recte placuit actionem inferre, cum illis verbis fratri potius conſultum videtur, quam ſolutio quæ iuſte fieri potuit, delata.

C CErtum eſt, à debitore fideicommiſſum relinqui poſſe ex conſtit. Diui Pij, *l. ſi pecunia, ſup. tit. prox. l. cum quis decedens §. pater, in fine, tit. ſeq.* puta vt debitor det, ſoluat, reſtituat aliquid, non heredi. Nam fruſtra fidei debitoris committitur, vt quod debet ſoluat heredi, quia heres iure hereditario eum ſatis obligatum habet. Ideoque ſi fidei curatoris mei committam, vt negotiorum geſtorum rationem reddat fratri heredi meo, quæ eſt ſpecies huius §. inutile fideicommiſſum eſt, & conſequenter fruſtra huic fideicommiſſo tempus adiicio, puta, *vt fratri heredi meo rationem reddat, cum frater meus ad ſtatum peruenerit,* id eſt, ad 25. annum. hanc ætatem vocat ſtatum, vt Græci ἀκμὴν vt *l. cum de ætate, ſup. de probat. l. pen. C. quando dies leg. ced.* quod hic ſit oleſcendi ſiue creſcendi finis: adoleſcentes ab oleſcendo dicti ſunt. Quamuis igitur tempus huic fideicommiſſo adiecero, poterit tamen frater heres meus etiam ante tempus, antequam venerit in ætatem, id eſt, in ſtatum, rationes & reliqua, quæ ſemper nomine rationum continentur exigere à curatore meo, auctore curatore ſuo vti oportet, *l.2. C. qui legit. perſ. ſtandi in iud. hab.* Et rationem hanc tradit Papinianus, quia nec ſupradictis verbis, vt rationem reddat heredi, cum venerit in ſtatum ætatis, moram redditioni rationum & ſolutioni reliquorum iniicere volui, ſed fratri potius conſulere meo, ne ante iuſtam ætatem repetita pecunia abuteretur; potui quidem nominatim differre ſolutionem reliquorum ex administratione data debitori liberatione ad tempus ſine E laxamento aliquo & iuſtitio temporario, *l. Aurelius §. centum, inf. de liberat. leg.* ſed in dubio magis videor tempus adieciſſe pro herede meo, *l. cum tempus, de R. I.* Quapropter ſi frater, meo conſilio meaque prudentia vti nolit, ei licebit ante tempus quod finiui, debitorem meum exigere.

Ad §. ab inſtituto.

Ab inſtituto extraneo prædia libertis cum moreretur, verbis fideicommiſſi reliquerat, & petierat, ne ex nomine familiæ alienarentur: ſubſtitutum ea prædia debere ex defuncti volutate, reſpondi. Sed vtrum confeſtim, an ſub eadem conditione, voluntatis eſſe quæſtionem, ſed coniectura ex voluntate teſtatoris capienda, mors inſtituti exſpectanda eſt.

Certum etiam illud eſt, fideicommiſſum relictum ab A inſtituto, deberi etiam à ſubſtituto, ex tacita voluntate defuncti; & ita definit conſtitutio Seueri & Antonini, vt docui in §. *cum pater, ſup.* At finge, ab herede inſtituto cum moreretur, vel poſt mortem eius relictum fideicommiſſum fuiſſe, & inſtitutum repudiata hereditate ſubſtituto locum feciſse. Quæritur: an ſtatim fideicommiſſi repræſentationem à ſubſtituto deſiderare poſſint ij, quibus relictum eſt; an vero exſpectare debent mortem heredis inſtituti, id eſt, an conditio fideicommiſſi relicti ab inſtituto intelligatur etiam repetita à ſubſtituto, à quo & fideicommiſsum repetitum intelligitur. Et Pap. ait, in coniectura voluntatis teſtatoris quæſtionem eſse poſitam, quid is ſenſerit introſpiciendum eſse, in dubio exſpectandam eſse mortem heredis inſtituti, quaſi eadem conditione à ſubſtituto repetita, B quia fieri poteſt, vt fideicommiſsarij moriantur viuo herede, quo caſu fideicommiſsum intercideret, *l. hereditate §. vlt. de iure fiſci.* Et hæc ſententia huius reſponſi, cui opponitur *l. ſub conditione, ff. de hered. inſt.* quæ ait, ſub conditione heredi inſtituto, ſi teſtator ſubſtituat, niſi eandem conditionem repetat, pure ſubſtituiſse videri. Conditionem igitur adſcriptam inſtituto non videri repetitam in ſubſtituto. Nihil eſt quod tam facile expediri poſſit: Loquitur in ea lege de conditione impoſita heredi inſtituto. Hæc non intelligitur tacite repetita in ſubſtituto: alia eſt ſubſtituti, alia inſtituti perſona: & proinde alia inſtitutionis, alia ſubſtitutionis cauſa. Hoc autem loco agitur de conditione impoſita fideicommiſſario ab herede inſtituto, quæ intelligitur etiam repetita à ſubſtituto, quia vna eſt fideicommiſſarij perſona, vel C ſi plures ſint coniunctim pro vna habentur, pro vna igitur cauſa fideicommiſſi, niſi probetur aliud ſenſiſse teſtatorem. In dubio hoc reſponſum eſse ſequendum. Quod autem ait Accurſ. repetitam non videri conditionem, ſi teſtator ſimpliciter repetierit legatum aut fideicommiſsum, hoc falſum eſse coarguit *l. in repetendis, tit. ſeq.* falſum, inquam, generaliter, nam poteſt ſpecialis aliquis caſus exiſtere. quo repetita conditio non intelligatur, vt ſi repetitio eius inutile legatum aut fideicommiſſum faciat, *l. ſi quis à filio, l. ſeruo alieno §. vlt. ſup. tit. prox. l. vlt. inf. de fideic. lib.* Quæ exceptio, & in tacita repetitione locum habet.

Ad §. menſæ.

Menſa negotium ex cauſa fideicommiſſi, cum indemnitate heredum per cautionem ſuſceptum, emptioni ſimile videtur, & ideo non erit quærendum, an plus in ære alieno ſit, quam in quæſtu.

Menſa argentaria per fideicommiſsum relicta in hoc §. oſtenditur, fideicommiſso contineri etiam onera menſariæ, ſiue nummulariæ negotiationis, ſicut hereditate Mæuiana relicta onera contineri dictum eſt, in *l. prox. §. Lucio, ſup.* quia & hereditatis, & menſæ nomen non eſt corporis, ſed iuris nomen, quod complectitur & commoda & incommoda: & omnino is, cui menſa argentaria per fideicommiſſum relicta eſt, cauere debet heredi de indemnitate, vt ait hoc loco interpoſitis ſtipulationibus, ad exemplum ſtipulationum emptæ & venditæ hereditatis. Et hoc eſt quod ait, *hoc negotium eſſe emptioni ſimile.* Emptioni ſcilicet vniuerſi cuiuſdam iuris, vt emptioni hereditatis, fideicommiſſum non ſolet eſſe damnoſum, verum hoc fideicommiſſum poteſt eſſe damnoſum, ſi menſa plus debeat, quam ei debeatur, vel vt ait, *ſi plus ſit in ære alieno negotij menſarij, quam in quæſtu,* & quæſtum vt Græci κέρμα accipit pro fœnore. Menſæ igitur nomen non pro menſa ipſa accipitur, ſed eo nomine ſignificatur ius omne menſæ. Denique menſa nomen eſt iuris ſicut hereditas. Neque idem dicendum eſt in taberna argentaria. Nam tabernæ nomen, eſt loci nomen, nomen ædificij non iuris, quocirca qui legat aut vendit tabernam argentariam, vel ædificium legat vel vendit ſi ſuum ſit, vel ſi publicum ſit ædificium, vt pene erant omnes tabernæ argentariæ, quæ erant circa forum Romanum, legaſſe aut vendidiſſe intelligitur ius, quod in eo ædificio habet. Nam plerunque earum tabernarum ſolum erat publicum, vſus concedebatur priuatis, *l. qui tabernas, de contr. empt.* Et ideo ſi tabernæ ſolum ſit publicum, qui vendit aut legat tabernam, non quod eſt publicum legare, aut vendere intelligitur, ſed ius ſuum, id eſt, vſum tabernæ quem habet, *d. l. qui tabernas, de contr. empt.* Et hoc ſenſu apud Liuium 26. Annibal dicitur, *tabernas quæ circa forum erant, venire iuſſiſſe.* At quæro, an legata, aut argentarias, vendita, quod etiam hic Bartolus tractat, taberna purpuraria, vel ferraria, vel qua taberna negotiatoria, merces legato aut venditione contineantur? Et dicam non contineri omnino: nec mouebor *l. cum taberna, ſup. de pignor.* quæ dicit, taberna pignerata & merces, quæ in ea ſunt pigneratas videri eſſe; ſed hoc ideo, quia plerunque pretium tabernæ non reſpondet debitæ quantitati, vt puta, cum ſit viliſſimum ædificium, vt plane inter creditorem & debitorem actū videatur, vt in fidem creditæ pecuniæ non viliſſima taberna, viliſſimum ædificium pignori ſit, ſed merces, quæ in eo ſunt ex voluntate contrahentium. Tabernæ nomine non locus ſignificatur, ſed merx, quæ in eo loco ſita eſt.

Ad §. pater filiæ.

Pater filiæ mancipia, quæ nubenti dedit, verbis fideicommiſſi præſtari voluit partus ſuſceptos, etſi matres ante teſtamentum mortuæ fuiſſent, ex cauſa fideicommiſſi præſtandos reſpondi, nec aliud in vxore confirmatis donationibus pridem obſeruatum eſt.

Ad hunc §. ſciendum eſt, donationem à patre collatam in filium, quem habet in poteſtate, vel in filiam, quam æque habet in poteſtate, iure ciuili non valere, quia idem ſibimet donaſſe videtur. Quādoquidem idem homo eſſe intelligitur pater & filiusfam. vinculum patriæ poteſtatis vnam perſonam conſtituit. Concedit quidem pater filiofam. peculium quandoque, ſed conceſſio peculij, donatio non eſt: nam & finitur morte D patris. Fauore tamen nuptiarum receptum eſt, vt ſi det pater filiæfamilias dotem, teneat datio, vt donatio, fiatque dos proprium patrimonium filiæ, nec finiatur, filiæve proprietate abſcedat morte patris. Alias donatio facta inter patrem & filium filiamve famil. iure non valet, ac ne confirmatur quidem ſilentio ſolo & morte patris, *l. 2. §. vlt. D. pro her. l. 1. §. 1. inf. pro don.* Confirmari tamen poteſt alia ratione, vt puta, ratihabitione expreſſa vel tacita poſt emācipationem filij vel filiæ. Nam emancipato poteſt donare, ergo & ratam facere donationem, quam fecit ante, quum filius erat in familia & ſacris paternis, *l. donationes, §. pater, de donat. l. ſiue emancipatis, C. eod. tit.* Item retento filio filiave in poteſtate, verum eſt donationem ei factam poſſe confirmari vltimo iudicio E patris, ſi ſpecialiter eam confirmarit verbis legati, id eſt, directis, aut fideicommiſſi, *l. pen. inf. de collat. dot. l. qui concubinam in princ. & l. item legato in tit. ſeq. l. 2. C. Gregor. fam. erciſc.* Et ita accipiendum eſt, quod Paulus ſcribit 5. *Sent. tit. 11.* in hunc modum: *pater,* inquit, *ſi filiofamil. aliquid donauerit, & in ea voluntate perſe[illegible] de ceſſerit,* id eſt, *declarans ſe in ea voluntate perſtare: morte patris donatio conualeſcit.* His cognitis, facito patrem nubenti filiæf. donaſſe ancillas aliquas in miniſterium, vt fit plerunque, *l. proſpexit, D. qui & à quibus. man. lib. non fiant.* Eamque donationem in teſtamento confirmaſſe, per fideicommiſſum herede rogato, vt filiam ſineret

illas ancillas sibi habere & possidere ; destinatio animi erga filiam ante fuit ea concessio ancillarum, in vsum siue ministerium potius quam donatio, nunc vero etiam donatio non est, sed fideicommissum : confirmatio donationis inutilis facta verbis fideicommissi vel legati non est donatio, sed legatum vel fideicommissum, inter quæ multum interest. At re ita gesta, vt proposui; Quæritur, si ancillæ filiæ donatæ ante testamentum patris, quod confirmat donationem verbis fideicommissi, vita decesserint, nunquid ex causa fideicommissi partus earum filiæ debeantur? Et respondet Papin. deberi, & ratio, quam non explicat, hæc est, quia vt ancilla precario rogata, id etiam agitur, vt partus sit precarius, si quem ediderit, *l. 10. inf. de precar.* vt ancilla empta & partus emptus intelligitur, *l. si quod ex Pamphila, h. t. l. non quodcunque §. Iulianus, sup. tit. prox.* Ita etiam donata ancilla, quamuis in computationem donationis partus non veniat, cum scilicet quæritur de modo donationis, an excedat legem Cinciam, quæ modum imposuit donationibus *l. in ædib. §. ex rebus, & l. cum de modo, inf. de don.* Tamen ancilla donata id agitur, vt & partus donatione contineatur: ergo quasi confirmata verbis fideicommissi ancillarũ donatione partus filiæ præstantur, partus filiæ omnes præstabũtur, qui ex ancillis donatis susceptæ fuerint: ancillę autẽ nõ præstabũtur quia in rerũ natura esse desierunt ante testamentum: & idem esset, si in rerũ natura esse desiissent post testamentum viuo testatore. Imo & idem, si post mortem testatoris ante moram heredis, *l. cum res §. vlt. sup. tit. prox.* Id vero quod ita respondit Papin. ad quæstionem propositam subiicit, etiam pridem obseruatum fuisse in don. inter vir. & vx. *Pridem*, id est, ante orationem Seueri & Antonini, & SC. quod eam insequutum est, de quo multoties fit mentio potissimum in titulo illo, *de don. inter. vir. & vx.* Ex qua oratione siue Senatusconsulto donationes factæ inter maritos confirmantur morte sola & silentio donatoris, si modo non mutauerit voluntatem, si non ademerit res donatas. Nam ante eam orationem, morte sola non confirmabantur, sed necessaria erat morientis donatoris confirmatio, expresso genere legati aut fideicommissi, quo casu confirmatio porrigebatur quidem ad partus donatarum ancillarum, quia sunt portio donationis: sicut ancillarum dotalium partus dicuntur esse portio dotis, *l. cum post §. vlt. de iure dot.* Sed non porrigebatur etiam ea confirmatio ad omnes fructus rerum donatarum, quia pro parte donationis fructus non sunt, & quia iure legati aut fideicommissi ea donatio confirmabatur ex iudicio speciali donatoris, & conualescebat, nõ iure donationis, *l. ex verbis, l. donationes, C. de don. inter vir. & vx.* & ideo non retrotrahebatur ad tempus, quo primum donatio facta fuit, vt fructus interim percepti ad donatarium pertinerent, sed valebat tantum ex die mortis testatoris, sicut legatum & fideicommissum. Et hoc quidem pridem obtinuit. At hodie post orationem Seueri & Antonini morte donatoris tacite, vel specialiter confirmata donatione inter virum & vxorem per legatum aut fideicommissum, pro donatione habetur, non pro legato aut fideicommisso, quamuis dixerit se legare aut fideicommittere, & ideo retrotrahitur, nisi forte inutilis fuerit ob aliam causam, veluti ob causam omissæ insinuationis, vt Iustinianus declarat in *d. l. donationes,* qui & ea lege primus idem seruari voluit in donatione inter patrem & filium filiamve famil. quod statuerat supradicta oratio in donatione inter virum & vxorem. Ex quo euidenter apparet, totum hoc responsum Papiniani pertinere ad ius antiquum, quod obtinuit in donationibus inter patrem & filiumfa. ante constitutionẽ Iustiniani, & in donationibus inter maritos ante orationem supradictam, quæ est sincera interpretatio huius responsi. Delendæ sunt omnes Glossæ Accursij, quibus fingit, patrem non donasse ancillas filiæ, sed dedisse in

A dotem. deinde legasse per fideicommissum, & ideo etiã ancillarum æstimationem filiæ deberi, quasi re aliena legata, quia ancillæ sunt in bonis mariti dotis causa. Primum non animaduertit esse desiisse in bonis mariti, quia vita functæ proponuntur ante testamentum. deinde etiam Papinian. non dicit, ancillas patrem dedisse in dotem, sed dedisse simpliciter, quod est, donasse. Comparatio rerum donatarum vxori, qua Papinianus vtitur, demonstrat satis: comparat enim res donatas filiæ rebus donatis vxori, quod vtraque donatio sit inutilis. Et ita quoque Dynus sentit, cuius & Bartolus ipse sensum ait esse satis bonum. Debuit dicere eum olim esse bonum & verum. Hoc tamen Dynus perperam adiecit; *mortuo patre per fideicommissum confirmata donatione ancillarum* B *etiam fructus præteritos filiæ deberi, veluti mercedes operarum, retroacta donatione,* quia, vt dixi, non valet vt donatio, secundum ius de quo Papin. tractat, quod obtinuit ante Iustinianum, sed vt fideicommissum, ergo non retrotrahitur, *d. l. ex verbis.* & partuum alia est causa, quia & ij vt donati sic per fideicommissum filiæ relicti intelliguntur. Præterea si ancillæ essent datæ in dotem; nec viuentibus ancillis ea res indigeret confirmatione, nec vtiliter per fideicommissum filiæ relinqueretur, quia res filiæ propria est, quamuis sit in potestate, *l. 3. §. ergo, de minorib.* & rei propriæ inutile fideicommissum est, *l. proprias, C. de leg.* Dos, tametsi in bonis sit mariti constante matrimonio, si legum subtilitatem spectes, reuera tamen & naturaliter permanet in dominio vxoris, *l. quamuis,* C *sup. de iur. dot. l. in reb. C. eod. tit.* Et iisdem fere verbis, quibus *l. quamuis,* Boetius in Topica Cic. *Dos,* inquit, *licet matrimonio manente, in bonis sit mariti, est tamen in iure vxoris: & post diuortium velut res vxoria peti potest.* Papinian. etiam non dicit, ancillarum æstimationem filiæ deberi, quod illi comminiscuntur, imo cum hoc tantum dicit, partus filiæ esse præstandos, qui matribus superuixerunt, satis negat, matrum nomine, quæ ante testamentum mortuæ sunt, quicquam peti posse. Breuius, vt dixi, erat alterum responsum, quod est in §. *hereditatem.*

Ad §. hereditatem.

D *Hereditatem post mortem suam rogati restituere, nominum periculo, quæ per diuisionem obtigerunt inter coheredes interpositis delegationibus, non adstringuntur: non magis quam prædiorum, cum permutatio rerum discernens communionem interueniet.*

Sciendum est inter coheredes diuisionem prædiorum fieri mutuis permutationibus partium, vt *l. si filia, §. si pater, sup. fam. ercisc.* Nominum autem, id est, æris alieni diuisionem inter coheredes fieri mutuis delegationibus interpositis, *l. tale pactum, §. post diuisionem, D. de pact.* quod & hic Papinianus aperte demonstrat, vt ecce, si mihi sit coheres Titius, & ei prædium Tusculanum diuisione obtigerit, mihi autem Seianum, ego par-E tem quam iure hereditario habeo in fundo Tusculano, permutabo cum parte quam coheres habet in fundo Seiano, vt hac via habeam Seianum totum, & ille etiam Tusculanum totum. Vel si agatur de integro nomine Sempronij mihi attribuendo, & de nomine Mæuij attribuendo coheredi in solidum; ego delegabo coheredi Mæuium pro mea parte, & is vicissim pro sua parte mihi delegabit Sempronium: sic nominum diuisio fit interpositis delegationibus prædiorum, interpositis permutationibus. Hoc cognito, finge: vnus ex heredibus rogatus est hereditatem, id est, portionem suam extraneo non coheredi restituere, post mortem suam diuisione facta, quomodo eam fieri prædixi, ex nominibus attributis in solidum, vel prædiis adiudicatis in solidum quædam perierunt; Quæritur, cui perierint, an perie-

rint fideicommissario? Sane pro parte hereditaria, quam A heres fideicommisso oneratus in prædiis vel nominibus habuit, *l. mulier, §. sed enim, D. ad Treb.* At pro parte adiudicata vel attributa videntur heredi, qui oneratus est fideicommisso, deperiisse, quia pro ea parte illam ex permutatione habuit, quæ vicem emptionis obtinet, *l. 1. C. comm. vtriusq. iud.* Verum, quia non tam voluntaria quam necessaria fuit ea hominum rerumque permutatio, vt ait lex, *si pignori, D. fam. ercisc.* quippe cum fieret communionis dirimendæ causa, diuisionis causa, quæ socio etiam inuito extorquetur: nemo enim inuitus in communionem venit, inuitus communione discedit, æquum est, vt nec pro ea parte periculo nominum vel rerum fideicommissario heres obstringatur, scilicet pro dodrante, quem restituit, quod omnino congruit cum *l. 34. sup. fam. ercisc.* quæ est ex hoc ipso libro, & videtur B esse coniungenda cum hoc responso. Ipsi etiam coheredes inuicem, licet permutationis, & quasi emptionis genere, diuisionem bonorum fecerint, vel ex conuentione, vel ex iudicio testatoris, vel arbitrio iudicis fam. ercisc. periculum & damnum fatale siue fortuitum, detrimenta fatalia inuicem non præstant, *l. 21. in princ. de euict.* periculum tamen euictionis inuicem præstant, vt dixi in *§. euictu, sup.* at fideicommissario heres, nec periculum euictionis præstat, *l. euictione inf. ad SC. Treb.*

Ad §. filia mea.

Filia mea præcipiat sibique habeat, volo rem matris suæ: fructus quos medio tempore pater percipiet, nec in separato C habuit, sed absumpsit, vel in suum patrimonium conuertit, non videntur filiæ relicti.

IVre veteri ante edictum Constantini, quod est in *l. 1. C. de bon. maternis*, vt cætera omnia bona aduentitia, ita etiam bona materna, per filium aut filiamf. patri adquirebantur pleno iure: Ex edicto Constantini, vsusfructus tantum eorum bonorum patri adquiritur, quod & generaliter Iustin. admisit in omnibus bonis aduentitiis. Iuri autem veteri conueniens est, quod proponitur in hoc §. patrem filiæ rem matris, id est, bona materna, D quæ per filiam ad se peruenerant pleno iure, quasi rem suam legasse per fideicommissum, quoniam dixit, *volo*, quod est fideicommissi verbum, & quæstio vertitur in eo tantum, num etiam fideicommisso contineantur fructus; quos ex bonis maternis pater medio tempore percepit: Et respondet Papin. non contineri fideicommisso fructus, quos pater absumpsit, vel quos in proprium patrimonium conuertit, puta, ex fructibus prædio sibi cōparato, quoniam hi fructus in eadem causa non manserunt; At fideicommisso contineri fructus, qui in eadem causa manserunt integri, qui absumpti non sunt, qui in aliam speciem versi non sunt, quos scilicet pater in separato habuit, in condito, quos in horrea reposuit, & habuit mortis tempore: hi cum hereditate materna filiæ restituendi sunt iure fideicommissi; rectissime, quia & in fideicommissariam quamcunque hereditatis restitutio- E nem veniunt fructus exstantes, fructus in horrea reconditi, fructus inuenti in hereditate, fructus maturi, *l. centurio, sup. de vulg. subst. l. 9. D. ad leg. Falci.* Idemque est non tantum in hereditate materna, sed etiam in qualibet alia hereditate, quæ patri per filium aut filiamfam. quæsita, deinde filio vel filiæfam. à patre relicta fuerit. Et nihil est præterea in hoc §.

Ad §. dulcissimis.

Dulcissimis fratribus meis, auunculis aut tuis quæcunque mihi supersunt in Pamphilia, Lycia vel vbicunque, de maternis bonis concedi volo, de qua cum his controuersiam habeas. Omnia corpora materna hereditatis, quæ in eadem causa dominij manserunt, ad voluntatem fideicommissi pertinent. Ex iisdem igitur facultatibus percepta pecunia, & in corpus proprij patrimonij versa, item iure diuisionis propria facta non præstabuntur, cum discordiis propinquorum sedandis prospexerit, quas materia communionis solet excitare.

SPecies hæc est: quædam mulier filium heredem instituit, & ab eo verbis fideicōmissi fratribus suis auunculis scil. filij reliquit, quæcunque sibi superessent de bonis maternis, adiecta causa, adiecto elogio, *ne qua filio cum auunculis suis per causam eorum bonorum controuersia esset*, quibus verbis plane demonstrauit, se tantum fratribus bona materna reliquisse, quæ communiter cum iis possidebat pro indiuiso, non etiam quæ possidebat pro diuiso vel iure proprio. Fac diuisisse eos inter se, quædam ex bonis maternis, quædam indiuisa reliquisse; indiuisa in fideicommissum veniunt, non etiam ea, quæ iure diuisionis mulieris propria sunt effecta. Rursus fac mulierem percepta pecunia numerata ex bonis maternis, percepta pecunia communi, possessionem sibi comparasse, eamque vertisse non in commune, sed in corpus proprij patrimonij: res ex communi pecunia comparata non est communis, sed emptoris propria, *l. 4. C. comm. vtriusque iud.* Papin. hoc loco communia separat à propriis, ac rursus alia facit propria iure diuisionis, alia propria iure emptionis, vel alio iure. Omnia, inquam, corpora maternæ hereditatis, quæ in eadem causa dominij manserunt, id est, quæ in promiscuo dominio sororis & fratrum fuerunt, quæ communia fuerunt inter matrem & auunculos, ad voluntatem fideicommissi pertinent, id est, fideicommisso continentur, quod reliquit fratribus. *Ex eisdem ante*, inquit, *facultatibus percepta pecunia, & in corpus proprij patrimonij versa*, puta, ex ea pecunia comparato prædio, itemque corpora diuisionis iure, matris propria facta non præstabuntur ex causa fideicommissi. Denique ea tantum bona fideicommisso continentur, quæ si manerent communia inter filium & auunculos, controuersias inter eos excitare possent, id est, bona, quæ mater cum fratribus suis communia habuit, scilicet in iis bonis, quam partem habuit pro indiuiso, eam fratribus suis reliquisse intelligitur, non tam vt eis quam vt filio consuleret suo, ne quam, sicut dixi, cum eis controuersiam haberet: distinctio dominiorum sedat controuersias, communio excitat immensas: idemque in *l. re communi, D. de seruit. vrb. præd.* Multo sune plures sant lites inter consortes, quam inter dissortes: sed quia pauci sunt socij consortes, si conferantur cum immensa multitudine aliorum, qui separatim propria bona possident, ideo paucæ lites ex communione nasci videntur. verum, si inter omnes ciues communio esset, & consortium omnium rerum, vt Socrates voluit introducere, sane inter eos multo plures essent lites, quam nunc sunt, iure gentium distinctis rerum dominiis.

Ad §. pater pluribus.

Pater pluribus filiis heredibus institutis, moriens & claues & annulum custodiæ causa maiori natu filiæ tradidit, & libertum eidem filiæ, qui præsens erat, res quas sub cura sua habuit, adsignare iussit. commune filiorum negotium gestum intelligebatur, nec ob eam rem apud arbitrum diuisionis præcipuam causam filiæ fore.

PAter, qui plures filios habebat & filias, eos heredes instituit, & filiæ maiori natu tradidit claues & annulum signatorium custodiæ causa, & eidem filiæ libertum, qui præsens erat, iussit adsignare vestem vel argentum, vel alias res quas sub cura sua libertus habuit. Ad-

signare est annulo obsignatas præbere adseruandas. Quæritur, an videatur pater filiæ prælegasse quæcunque clausa, obserata, obsignata essent: quod possit quis tentare, sumpta coniectura ex traditione clauium & annuli: cur.n. tradidit, nisi vt ne quid ex iis rebus amitteret? Et eadem ratione, morituri, ei, quem sibi esse heredem volebant, solebant tradere annulos suos signatorios, nisi forte quem eo genere bona sua captantem, & coram hiantem deludere volebant vana spe hereditatis, tradito annulo signatorio, & interea tamen tabulis alio herede scripto, vt Valer. Maxim. ostendit ad finem 7. lib. Iustinus siue Trogus 12. quod iam moriens Alexander præclusa voce exemptum digito annulum Perdiccæ tradidisset, ex eo plerosque existimasse, & si non voce nuncupatum, iudicio tamen Perdiccam heredem electum. Aut vt Cornelius Nepos & Diodorus Siculus scribunt, Perdiccæ regnum commendauit, quoad liberi Alexandri, vel quoniam ambigitur an liberos reliquerit, quoad Aridæus Alexandri frater ex alia matre in suam tutelam peruenisset. Zonaras in fine suæ historiæ. & Nicetas sub principium suæ, regni concessi σύνθημα esse κατὰ γνώμην τοῦ πατρός. Argumentum esse voluntate patris accipere annulum signatorium. quod etiam confirmat 1. *Machabæorum cap. 6.* Vnde etiam dici posset filiæ patrem tradidisse claues & annulos in rem filiæ propriam, siue præcipuam, vt præcipuo quodam munere afficeret filiam, nec frustra eam elegisse, cui claues & annulos committeret, cuique iuberet adsignari res à liberto administratas se viuo. Verum aliter respondet Papinianus, non videri scil. patrem filiæ maiori natu claues & annulos tradidisse custodiæ causa, vt sibi soli haberet clausa omnia & obsignata, sed vt sibi & fratribus suis coheredibus ea seruaret, & commune negotium gereret. Itaque in diuidenda hereditate arbitrio iudicis familiæ erciscundæ, nihil in eis rebus præcipuum habebit filia, sed ex æquo diuidentur inter eam & fratres. Pater maiori natu custodiam detulit tanquam prudentiori, non vt plus ferret quam fratres cæteri. Est elegantissimum responsum.

Ad §. cum imperfecta.

Cum imperfecta scriptura inuenitur: ita demum verbum legati vel fideicommissi, quod præcedit vel sequitur, ad communionem adsumitur si dicto scriptum congruat.

EX hoc §. intelligimus, aliquando ex imperfecta scriptura deberi legatum aut fideicommissum, vt si dixerit testator: *Caio fundum Tusculanum dari volo;* & si subiecerit *Mæuio decem,* non repetitis superioribus verbis, *dari volo,* manca videtur esse oratio; itemque, si scripserit in hunc modum: *Caio fundum Tusculanum, Mæuio decē dari volo.* Ex hac scriptura debetur fundus Tusculanus Caio: verbū *volo,* quod præcedit aut sequitur, adsumitur ad communionem, id est, quod Grāmatici dicunt reperitur ἀπὸ τοῦ κοινοῦ, vt in *l. 10. sup. de pact. dot.* Huius pactionis, ne se viuo petatur, neve constante matrimonio dos petatur, interpretatio sumitur repetitis his verbis, *se viuo* κατὰ κοινοῦ, vt est in Basil. eod. loco. adsumptis prioribus. verbis ad communionem, vt Papin. loquitur. verbum, inquit, quod præcedit vel sequitur ad communionem adsumitur: quo sermone significat ζεῦγμα, quod fit dupliciter, vel à præcedenti verbo, vel à sequenti verbo legati aut fideicommissi. Hoc tantum exigitur, vt dicto, id est, ei, quod dixisse testator intelligitur, nec scripsisse perfecte, scriptum congruat, id est, vt salua sit ratio recti sermonis, *l. vnum ex familia §. pen. sup. h. t.* Conseruanda est ratio recti sermonis, *l. Plautius inf. de auro, & arg. legat.* vnde si ita scripserit exempli gratia, *L. Titio centum dari volo,* & subiiceret, *Caius fundi Seiani,* nihil præterea, Caio nihil debetur, quia in eo sermone

A ne est stribiligo, nec vlla congruentia est superior, nulla communio, quæ imperfectam orationem suplere possit. Res est satis aperta.

Ad §. filius matrem.

Filius matrem heredem scripserat & fideicommissa tabulis data cum iurisiurandi religione præstari rogauerat: cum testamentum nullo iure factum esset, nihilominus matrem legitimam heredem cogendam præstare fideicommissa respondi. Nam enixæ voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectæ videbantur.

EX iniusto vel irrito testamento nihil deberi certum
B est, nec legati, nec fideicommissi iure, etiamsi verbis fideicommissi relictum sit, nec testamenti, nec codicillorum iure. iniustum, id est, minus solemne, aut irritum testamentum pro codicillis non habetur, nisi testamento sit adiecta clausula codicillaris, vel nisi heredes legitimi ad quos rediret hereditas ab intestato, rogati probentur: alioquin legitimi heredes, nihil eorum quæ in testamento inutiliter relicta sunt præstare tenentur, *l. 81. inf. h. t. l. fideicommissa 11. §. 1. t. seq. l. ex ea scriptura, D. qui testam. fac. poss. l. 1. sup. de iure cod. l. ex testamento, C. de codic.* Ab hac sententia excipiendus est casus, qui proponitur in hoc §. Casus hic est; Filius matrem iniusto testamento heredem scripsit, eamque adhibita iurisiurandi obtestatione onerauit fideicommisso, vel hoc verbo, *ἐνορκῶ, vt l. 2. C. communia, de leg.* quod verbum Alciatus
C male diuisit. est simplex verbum ἐνορκῶ, id est, *adiuro te, vt des Titio fundum illum,* & dicitur, ἐνορκῶ, vt ἐνορκῶ, *liquido iuro,* vel etiam his verbis, vt *l. 3. de iure fisci. Per Deum rogo te mater fundum illum L. Titio restituas,* vel vt in *§. 1. de fideicom. heredit. Instit. Per salutem Principis rogo te mater rem illam L. Titio præstare.* quod perinde est ac si diceret: *Per Deum à quo pendet salus Principis, l. qui per salut. de iureiur.* Finge igitur, matrem cum iurisiurandi obtestatione rogatam fuisse fideicommissum præstare, & matrem filio heredem fuisse non ex testamento, quoniam erat iniustum, sed ab intestato ex SC. Tertull. An præstabit fideicommissum de quo obiurata est? Sic videtur optima ratione: *quia,* inquit, *enixæ voluntatis preces, omni nixu effusæ preces filij ad omnem suc-*
D *cessionis speciem porrectæ videbantur.* Porrectæ videntur, id est, siue ex testamento, siue ab intestato mater filio succederet; vt omnimodo fideicommissum præstaret, valde vult, qui quid per iurisiurandi religionem, vt fiat, obsecrat, & obtestatur, vt in *Nou. 48. Catull.*

Dum aliquid cupiens animus prægestit apisci,
Nil metuit iurare, &c.

Omnino igitur fideicommissum veluti etiam ab intestato relictum, à matre præstabitur. Et notandum est, matrem solam fideicommisso obligari, non etiam matre repudiante sequentes, qui succedunt in bona filij, quia rogati non sunt, *l. 1. §. vlt. tit. seq.*

Ad §. mando.

Mando filiæ meæ pro salute sollicitus ipsius, vt quoad li-
E *beros tollat, testamentum non faciat, ita enim poterit sine periculo viuere; fideicommissariam hereditatem sorori coheredi non videri relictam apparuit, quod non de pecunia sua testari, sed obtentu consilij derogare iuri, testamentum fieri prohibendo, voluit.*

PAter duas filias heredes instituit, & de vna filia ita cauit: *Mando filiæ meæ de salute ipsius sollicitus, vt quoad liberos tollat testamentum non faciat; ita enim poterit sine periculo viuere.* Hæc sunt verba testatoris. Quæritur, an his verbis portionem hereditatis filiæ, si ea filia sine liberis vita decederet, pater per fideicommissum

reliquisse videtur sorori coheredi eius. Mando est verbum fideicommissi, verbum precarium. Et respondet tamen Papinianus his verbis nihil pro fideicommisso significari, quia hæc verba: *sollicitus pro salute ipsius*, & illa, *ita enim poterit sine periculo viuere*, consulentis verba sunt, non fideicommittentis; consilium pro fideicommisso non habetur, quoniam qui consilium dat, de re sua pecuniave, non testatur, sed rem alienam quemadmodum geri expediat, monet & demonstrat: Fideicommissum autem est species decernendi de re pecuniave sua. Mando autem verbum est commune & consulentis & fideicommittentis, & procuratorem constituentis, *l. 2. §. vlt. sup. mand.* Et consiliarium quidem verbum non obligat, *l. testatorem §. 1. tit. seq. l. generaliter §. si petitam, de fideicom. lib.* fideicommissarium verbum obligat & necessitatem imponit, vt in *l. proxi. §. pater, sup.* Itemque id quo procurator constituitur, & contrahitur obligatio mandati vltro citroque. Consuluit autem filiæ pater in hac specie, ne testamentum faceret, antequam liberos suscepisset, metuens ne si extraneos filia palam heredes nuncuparet, hi filiæ non darent spatium tollendorum liberorum, vitæ eius comparatis insidiis, & properata fatali necessitate. Et ideo subiicit pater: *ita enim poteris sine periculo viuere.* Sine periculo insidiarum scilicet, vt in *§. sin autem, Inst. de pup. subst.* Ita vero pater obtentu consilij prohibendo filiam testari, vt Papinianus ait, sane voluit derogare iuri publico, quo cauetur vnicuique libero homini & ciui Romano, esse liberam testamenti factionem, in XII. *Tab.* & in *l. Falcidia.* Voluit, inquam, derogare iuri publico, sed nihil egit, quia illud consilium non tenet filiam. nihil etiam ageret, si citra consilium iuri publico & formæ antiquitus constitutæ derogare vellet, *l. nemo potest, sup. tit. prox. l. Cerdonem, D. de oper. libert. l. 5. §. Iulianus, de adm. tut. l. testandi, C. de testam. l. 1. § proculdubio, C. de Lat. lib. toll.* Sed hoc ita intelligi velim, si directo heredem suum prohibeat facere testamentum, quem forte heredem scripsit ex asse, quo genere nihil agit; quia contra ius publicum libero homini nititur auferre ius faciendi testamenti; sed si hanc prohibitionem acceperit pro fideicommisso, valebit vt fideicommissaria voluntas & precaria, sicut in specie *l. qui filium, in princ. ad SC. Trebell.* Pater filium & filiam heredes instituit, & de filia ita cauit, vt proponitur illo loco; *mando tibi, vt quoad liberos susceperis testamentum non facias*, non sunt consiliaria verba illo loco, sed fideicommissaria. Et ita in ea specie decreuit Antoninus Imperator, per fideicommissum supradictis verbis rogatam filiam videri, vt hereditatem fratri restitueret, quia per hoc quod prohibuit eam testari, videtur eam rogasse, vt fratrem coheredem suum faceret heredem. Quod etsi nemo iure rogari possit liber homo, vt illum faciat heredem, tamen ex SC. qui ita rogatus est, intelligitur esse rogatus de hereditate restituenda, exstatque sententia huius SC. in *l. ex facto, ad Trebell. & l. filiusfam. §. vt quis, sup. tit. prox.* In hac igitur specie filia intelligitur esse rogata rem hereditariam restituere, si sine liberis, si illiberis decesserit, vt Tertullianus loquitur, restituere fratri coheredi suo, retenta scilicet Falcidia, de qua poterit testari.

Ad §. rogo.

Rogo te filia bona tua quandoque distribuas liberis tuis, vt quisque de te meruerit: videtur omnibus liberis, & si non æqualiter promeruerint fideicommissum relictum, quibus matris electione cessante, sufficiet, si non offenderint, Eos autem quos mater elegerit fore potiores si soli promeruissent, existimaui. Quod si neminem elegerit, eos solos non admitti, qui offenderunt.

PAter filiam heredem institutam onerauit fideicommisso his verbis: *Rogo te filia mea, bona tua quandoque* A *distribuas liberis tuis, vt quisque de te meruerit.* His verbis iniecit conditionem fideicommisso, quæ non potest existere ante mortem filiæ, vt in specie §. *hereditatem & §. a filia, sup. in hac lege.* Quia liberum est filiæ, quamdiu viuit, eligere quem vel quos volet ex liberis suis de se bene meritis, & quorum electionem fecerit etiam mutare, si ipsi mutauerint mores in deterius, & male meriti erga matrem esse cœperint. His, inquam, verbis omnibus, non parte eorum; *Liberis tuis quandoque bona tua distribuas, vt quisque de te meruerit*, vltimo scilicet fine vitæ tuæ meritorum ratio habetur die vltimo, quod qui hodie est bene meritus, potest cras male mereri. Imo pessime, & sic homo videtur μεταβολον ζῶον. Et hęc est vis eorum verborum: nam verbum hoc *quandoque*, solum B eandem vim non haberet. facito matrem rogatam quandoque hereditatem restituere, fideicommissum ab eo petetur, cum primum potuerit restituere, cum erit ei commodum: nec mors matris exspectabitur, *l. rogo, inf. quand. dies leg. ced.* Verum secus erit, si dixerit, *liberis tuis quandoque distribuas, vt quisque de te meruerit.* His etiam verbis, matri non permisit electionem plenam, sed arbitrio boni viri, non permisit arbitrium plenum, sed boni viri, vt in *l. 11. §. si fid. ti. seq.* Ideoque bene meriti liberi duntaxat ad fideicommissum inuitantur, & ij quidem omnes simul, licet æqualia non sint omnium officia: vt C è contrario male meriti repelluntur omnes, licet omnium non sit par offensa aduersus matrem, quia illud ipsum offendere vel promereri semper idem est, licet offensa, aut merita sint disparia: male meriti sunt qui offenderunt. Bene autem meriti dicuntur duobus modis, vel qui non offenderunt, vt in *l. 22. C. de inoffic. test. l. 20. inf. de man. test.* vbi Bartolus non ineleganter, *Meruisse eum, quem non apparet demeruisse.* Nam & eo sensu Ouid. dixit *demeruisse.* sed in Bartolo est corrupte scriptum *dememinisse* vel *deminisse*, pro *demeruisse*, & pro, *meruisse*, cum lex agat de meritis: vel etiam bene meriti dicuntur & multo magis, qui promeruerunt benefaciendo. Et hi quidem & illi promiscue vocantur ad fideicommissum, si neminem elegerit mater, non etiam D male meriti. & in *l. cum quidam, sup. h. t.* dum ait. Si neminem elegeritis, à quo fideicommissum relictum est iis, quos dignos putaret, omnes admitti. Omnes dignos intelligere oportet, non indignos, ingratos, & male meritos. At si mater eligere velit, primum frustra elegerit male meritos: deinde, ex bene meritis, frustra etiam, vt opinor, prætulerit illos qui non offenderunt his qui promeruerunt: At recte iis etiam illos commiscuerit. frustra etiam ex iis qui promeruerint, quosdam delegerit, cæteros prænterierit. Nam præteriti & omissi à matre ad fideicommissum inuitantur. quæ est sententia huius responsi.

Ad §. donationis.

Donationis prædiorum epistolam ignorante filio, mater in æde sacra, verbis fideicommissi non subnixam, deposuit, & E *literas tales ad æditum misit: Instrumentum voluntatis meæ post mortem meam filio meo tradi volo. Cum pluribus heredibus intestato diem suum obiisset, intelligi fideicommissum filio relictum, respondi: non enim quæri oportet cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigetur.*

MAter ignoranti filio donauit prædia per epistolam, in qua nulla erant verba fideicommissi, quibus rogarentur heredes filio ea prædia præstare, sed ita erat simpliciter scriptum in epistola; *Fili mi scias me tibi donare illa prædia.* Eam epistolam ignorante filio deposuit in æde sacra, data epistola æedituo seruanda in æde sacra: deinde ad æditum (*au Secretain*) cui ædis sacræ custodia credita est, misit tales literas, *instrumentum voluntatis*

voluntatis meæ, quod in æde ſacra depoſui, poſt mortem meã filio tradi volo. quibus verbis oſtendit ſe nolle donationem prædiorum effectum habere, niſi poſt mortem ſuã. Ergo quaſi fideicommiſſum valere, non quaſi donationem inter viuos, vel cauſa mortis: nam & donatio inter viuos vel cauſa mortis ignoranti non fit, *l. abſenti, infrà de donat. l. inter mortis, infrà de mort. cauſ. donat.* Fideicommiſſum etiam ignoranti relinquitur, & adquiritur, *§. ſurdo ſup.* cui eſt ſimilis, quod ibi prætermiſi, ſententia apud Paulum 4. *Sent. tit.* 1. Quod igitur ignoranti donamus poſt mortem noſtram, fideicommiſſum eſt, non donatio, vt in *l. miles, in principio, h. tit.* In qua huic ſimile reſponſum proponitur ex *lib. 6.* & vtroque oſtenditur, fideicommiſſum valere, etiamſi verba non dirigantur ad heredes, qui fideicõmiſſo adſtringuntur, ſed ad eum ſolum, cui fideicommiſſum relinquitur, vt in ſpecie propoſita in epiſtola ad filium, depoſita apud æditLuũ, ædituus ex fideicommiſſo non tenetur, ſed ex depoſito, vt in *l. Publia, ſup. depoſ.* Verum ex fideicommiſſo filio tenentur heredes inſtituti matris teſtamento, licet rogati non ſint, quia, vt ait: *non quæri oportet cum quo de ſupremis quis loquatur, ſed in quem voluntatis intentio dirigetur,* id eſt, cui relinquatur legatum abſolute aut fideicommiſſum, vt Græci τελείως, vt in *l. 3. §. vlt. de mun. & honorib. l. 5. de teſtam. milit. l. 5. C. de ijs, quib. vt indig.* In quib. locis ſunt qui ſupplent, *ſupremis iudicijs ſeu voluntatibus* inepte, cum dicatur abſolute. ſic igitur dicimus ex fideicommiſſo filio teneri heredes inſtitutos à matre. Nam omni adſeueratione confirmo, quod in quibuſdam legi, in contextu huius §. ſic eſſe legendum, *cum pluribus heredibus inſtitutis diem ſuum obiiſſet,* inſtitutis ſcilicet teſtamento: nam ſi inteſtata mater diem ſuum obiiſſet, filius eius heres eſſet ex SC. Orphitiano, nec conſiſteret fideicommiſſum prædiorum heredi à ſemetipſo relictum: at teſtamento mater heredes alios inſtituit, & filium præteriuit, prædiis ei relictis per fideicommiſſum, quæ ſatis abundeque ſufficiunt ad quartam debitæ portionis, quæ excludit querelam inofficioſi teſtamenti, hoc ſcilicet iure, *l. Papinianus §. quarta, de inoffic. teſtam.* hoc, inquam, iure. quoquo titulo relicta ſit quarta. Neque huic reſponſo obiiciatur *l. donationes §. pen. inf. de donat.* vbi arca quædam in æde ſacra depoſita apud æditLuum ea lege, vt eam ſolus is, qui depoſuit, tollat, vt eam ædituus ei ſoli tollere permittat, qui depoſuit, vel poſt mortem eius L. Titio heredi ſperato, vt ponit. Et recte reſpõdet Papinian. qui eſt auctor illius l. non videri celebratam donationem, id eſt, non videri L. Titio donatam arcam, quæ depoſita eſt apud ædituum ea lege, vt eam ſineret ſolum ſe tollere, vel poſt mortem ſuam L. Titio donatam fuiſſe arcam, ſicut hoc loco proponitur donata fuiſſe prædia filio per epiſtolã, nec proponitur inſtrumentũ vllum donationis depoſitum in æde ſacra, quod L. Titio tradi oporteat. Itaque neque donationis iure, neque fideicommiſſi, neque vllo alio iure illa arca Lucio Titio debetur, cui exportare quidem licet eam arcam, ſed non ſibi eam habere, ſed reſtituere heredibus depoſitoris.

Ad §. libertis.

Libertis prædium reliquit, ac petit ne id alienarent, vtq; in familia libertorum retinerent: ſi excepto vno cæteri partes ſuas vendiderint, qui nõ vendidit cæterorum partes, quibus non dedit alienandi voluntatem, integras petet. Eos enim ad fideicommiſſum videtur inuitaſſe, qui iudicio paruerunt, alioquin perabſurdum erit, vice mutua petitionem induci, ſcilicet, vt ab altero partem alienatam quis petat, cum partem ſuam alienando perdiderit, ſed hoc ita procedere poteſt, ſi pariter alienauerit. Cæterum prout quiſque prior alienauerit, partem poſterioribus non faciet, qui vero tardius vendidit, in ſuperiorum partibus feciſſe partem intelligitur: at ſi nemo vendiderit, & nouiſſimus ſine liberis vita deceſſerit, fideicommiſſi petitio non ſupererit. Cum inter libertos ad prædij legatum liberta quoque fuiſſet admiſſa, quod patronus petit, vt de nomine familiæ non exiret, heredem libertæ filium partem prædij, quam mater accepit, retinere viſum eſt.

HVius reſponſi quæſtio eſt ſatis difficilis. Finge: Patronus libertis ſuis primo, ſecundo, tertio, quarto, fundum legauit, & eos rogauit, ne fundum alienarent, his verbis: *Rogo vos, ne fundum quem vobis legaui abalienetis, ſed in familia & nomine veſtro retineatis.* Idem eſt nomen, eademque familia patroni & libertorum, vt docui *ſupra in §. fidei heredum.* Sed longe amplior eſt familia patroni, quia non tantum libertos continet, ſed etiam cognatos & alios quoſdam, de quibus dicemus in extremo huius recitationis. verum ſatis habuit patronus cauere, ne fundus ille alienaretur extra familiam libertorum, vt in *l. filiusfam. §. Diui, ſup. tit. prox. l. pater §. duobus, tit. ſeq.* ſi modo in eo §. habeas, vt habent Florentini, vtique habuit Accurſ. ipſe, *de nomine meorum libertorum*, ſcilicet non *de nomine meo.* Denique conſulere libertis tantum ſuis patronus voluit, dum vetuit ne fundum legatum alienarent ex familia libertorum, quo genere intelligitur fideicommiſſum collibertis tantum reliquiſſe in hunc caſum, ſi quis eorum alienaret partem ſuam extero. Nam hæc verba: *vt fundum in familia libertorum retineant,* habent vim fideicommiſſi, quod confertur in libertos, qui partes ſuas non alienarunt extra familiam, iis ſcilicet debetur pars, quam eorum aliquis alienarit extra familiam. fac, excepto primo, cæteros partes ſuas extero vendidiſſe citra conſenſum primi: nã ſi prim⁹ conſenſerit venditioni, aut quod tãtundem poteſt, ſi ſubſcripſerit, nõ poteſt partẽ eorum perſequi, vel conſequi iure fideicommiſſi, nec pretia quæ acceperunt, *l. nihil §. 1. ſup. tit. prox. l. pen. §. inſulam, infrà h. t. l. quoties. 1. C. de fideicommiſſ.* Neque obſtat *l. ſi fundum per fideicommiſſum, in prin. ſup. tit. prox.* quam obiicit Accurſ. & quæ dicit, non ideo minus fideicommiſſum fundi deberi fideicommiſſario, quod heres eum fundum vendiderit fideicommiſſario præſente, & adſignante inſtrumentum venditionis ſuo ſigillo, quia ea l. non loquitur de eo, qui conſentit venditioni, ſed qui præſens adeſt vt teſtis, vel vt ſignator. Præſentia & ſigillum pro conſenſu non habetur, vt in *l. Tit. §. Lucia, ſup. h. tit. l. Caius, de pigner. act.* Et longe aliud eſt ſignare, aliud ſubſcribere: nam ſubſcriptio pro conſenſu habetur, *l. fideiuſſor §. pen, ſup. de pignor. l. Titius, §. vlt. ſup. quib. mod. pign. ſolu.* Plus eſt ſubſcribere quàm ſignare. Nam ſubſcribere quid eſt? ſubſcribere non eſt nomen nudum ſuum ſcribere, ſed & ſcripto ſignare, ſignificare, cui rei, cuique negotio ſubſcribat, vt *Nouella 126.* Subſcriptio conſtat duobus aut tribus verſibus. Quia verò, vt initio propoſui, primus neque conſenſit venditioni factæ collibertis, neque ipſe vendidit partem ſuam, collibertorum partes quas vendiderunt exteris iure fideicommiſſi perſequi, & eo nomine agere aduerſus collibertos poteſt: fideicommiſſi perſecutio datur ei, vel eis, qui iudicio defuncti paruerunt, id eſt, qui non alienauerunt partes ſuas exteris. Nam ſi omnes partes ſuas exteris vendiderunt, nulli competit repetitio fideicommiſſi, vt *d. l. quoties & Nou. 159.* quia, vt eleganter docet Papin. alioquin abſurdum erit me tecum agere, quod partem tuam extero vendideris, cum & ipſe idem fecerim: abſurdum me tecum agere quod obſequium defuncto non præſtiteris, quod nec ipſe præſtiti: me id in te reprehendere, in quo mihi indulſi. Sed hoc ita procedere ait, ſi omnes pariter vno eodemque tempore eum fundum extero vendiderint, hoc caſu conſumitur fideicommiſſum: ſecus eſt dicen-

dum, si diuersis temporibus separatim partes quisque suas vendiderit. Nam si primus partem suam prior extero vendiderit, cæteri, qui nondum partes suas vendiderunt, admittuntur ad petitionem fideicomissi, id est, ad partem alienatã à primo. Tum deinde, si secundus partẽ suam extero vendiderit, tertius & quartus qui nondum partes suas vendiderunt, admittuntur ad partẽ secundi, non etiam primus, qui & ipse etiam partem ante extero vendiderat, eoque genere ceciderat iure fideicommissi. Et hoc est quod ait Papinianus, eum, qui prior vendidit, non facere partem posterioribus, id est, eius personam non numerari in partibus faciendis fideicommissi, siue portionis secundi, quam scil. post primum secundus extero vendidit: non venire igitur primum in partem portionis secundi, sed integram partem secundi peruenire ad tertium & quartum. Partem, inquam, secundi, quam in fundo habuit iure legati, & post primum vendidit extero, non etiam partem quam secundus fecit antea tertio & quarto in parte primi, id est, non trientem, quem secundus tulit ex parte primi, & simili modo, similique ratione post primum & secundum tertio quoque vendente partem suam extraneo, solus quartus, qui nõdum vendidit suam iure fideicommissi admittitur ad portionem, quam tertius in fundo habuit iure legati, & vendidit extero, non etiam ad partem, quam tertius, cum nõdum vendidisset suam, fecit quarto in portione secundi, vel secundo & quarto in portione primi. Denique sic statuamus: collibertorum partes alienatas exteris, quas acceperunt ex caussa fideicommissi, qui nondum partes suas vendiderant, eas eos optimo iure retinere, etiamsi postea partes suas vendiderint. Optimo, inquam, iure retinere, & vt opinor etiam transmittere ad heredem extraneum: nam etiamsi quam partem emerunt à collibertis, eam transmittunt in extraneum heredem, *l. pater*, §. *quindecim*, *tit. seq.* Quia testator suam quemque partem duntaxat vetuit extero vendere, quæ obuenit ei iure legati, non partem emptam à collibertis, quibus iure vendita est, cum sit vendita in familia libertorum, & statim atque quis eorum partem suam colliberto vendidit, defecit conditio fideicommissi. Conditio autem semel defecta non resumitur, *l. pater*, §. *vlt. sup. de condit. & demonstrat.* Ex his igitur apparet, quid sit quod ait Papinianus hoc loco: Eum, qui tardius vendidit partem suam, vt puta, tertium, vt Glossa ponit, recte, ei, qui non vendidit, id est, quarto, facere partem in partibus superiorum, id est, in partibus primi & secundi: nec quam semel tulit partem ex eis partibus, etiamsi postea vendat partem, quam in eo fundo habet iure legati, quartum ei adimere, & auocare posse, sed partem tantum venditam.

Ad hæc quæro, quid si & postremus omnium quartus, partem suam æque extraneo vendiderit? quem casum palam non attingit Papinianus, quia, vt arbitror, constabat nulli superesse fideicommissi petitionẽ, & rẽ pro eo haberi, atque si ab initio omnes pariter fundum extero vendidissent, cum omnes sigillatim extero vendiderunt. Nouissimi venditio erit cõsumptio fideicommissi. Item quæro, quid sit dicendum, si nemo partem suam vendiderit, & nouissimus moriatur sine liberis, relicto herede extraneo? Hunc casum attingit Papinianus, & ait etiam hoc casu non superesse fideicommissi petitionem, quia scil. ex libertis supremo moriente sine liberis, re transmissa ad extraneos heredes, nullus superest ex familia libertorum. Ponendum igitur, partes collibertorum quod & ipsi decessissent sine liberis, peruenisse ad eum, qui nouissimus diem suum obiit, alioquin liberi libertorum ad fideicommissum vocarẽtur, nouissimo heredem relinquente extraneum. Nam prohibita alienatione extra familiam, censetur etiam prohibita institutio extranei heredis, *l. peto* §. *vlt. sup. hoc tit. l. 8.* §. *cæterum, C. de sec. nup.* Item quæro, an etiam liberi libertorũ ad fideicommissum vocentur? Fac, inter eos libertos, quib. fundus legatus est, esse libertã, quæ filium suscepit, hic matri extraneus heres est, quia patris non matris familiam sequitur: Quæro, inquam, an in parte fundi, quam mater accepit vt liberta, filius eius, quamuis matri sit extraneus heres, præferatur aliis libertis, qui eandem familiam & idem nomen habent, quod ipse tamen filius non habet? Et subiicit Papinianus, filium libertæ præferri collibertis, quamuis non sit ex eadem familia, his verbis: *Cum inter libertos ad prædij legatum liberta quoque fuisset admissa; quod patronus petijt, vt de nomine familiæ non exiret, heredem libertæ filium partem prædij, quam mater accepit, retinere visum est.* Quæ verba nolo diuelli à superioribus, nec ex illis confici alium §. quoniam ad eandem speciem pertinent, vt & Glossa sensit, quæ ad hæc verba: *de nomine familiæ*, subaudit, *libertorum:* Videtur ergo hæc mens fuisse testatoris, vt liberti partes suas conferrent suis liberis quibuscunque, vel suis, vel extraneis liberis, aut his deficientibus collibertis: quam interpretationem voluntatis etiam Papinianus introduxit in specie *l. cum acutissimi, C. de fideic.* Alium heredem extraneum excluderent colliberti, sed non filium heredem extraneum. Denique collibertis præferuntur liberi legatariorum, etiamsi non sint ex eadem familia. Et ita demum videtur exstitisse conditio fideicommissi, si quis eorum libertorum, vel libertarum, quibus fundus legatus est, non liberis suis aut collibertis, sed aliis extraneis partes suas reliquerunt. Familiæ nomen in hoc genere fideicommissi aliquando latius accipitur. Nam & emancipati ad fideicommissum vocãtur licet mutarint familiam, *l. peto* §. *vlt. sup. hoc tit. l. filius familias* §. *cum pater, sup. tit. prox.* Et is, qui fuit gener, vel nurus, quamuis hi omnes reuera ex eadem familia non sint, quia plerumque ex opinione nostra nobis sunt pro familiaribus: & Iurisconsulti est secundum iudicium & opinionem nostram accipere, augere, & producere significationem verborum. Postremo quæro, si cum primus, secundus, tertius partes suas extero vendidissent, & ita quæsita esset quarto fideicommissi petitio, qui non vendidit partem suam, & mox antequam peteret fideicommissum, vita decesserit quartus sine liberis, relicto herede extraneo, an transmiserit in heredem extraneum petitionem fideicommissi? Et definitur in *l. seq.* §. *pen.* qui suo ordine latius explicabitur, eum transmisisse petitionem fideicommissi, cuius dies eo viuo cesserat etiam ad extraneum heredem.

Ad §. cum existimaret.

Cum existimaret ad solam consobrinam suam bona peruentura: codicillis ab eo factis pluribus fideicommissa reliquerat, iure successionis ad duos eiusdem gradus possessione deuoluta: rationibus æquitatis & perpetui edicti exemplo pro parte dimidia mulierem releuandam respondi: sed libertates ab ea præstandas, quas intercidere damni caussa durum videbatur.

SEquitur vt exponamus §. *cum existimaret*, in quo hæc proponitur species & quæstio. qui existimabat ab intestato iure cognationis bona sua omnia peruentura ad consobrinam, ignorans se habere etiam patruum vel auunculum magnum, id est, matris suæ patruum vel auunculum, qui eodem gradu est quo consobrina, nempe quarto, & æque cognatus ac consobrina: codicillis factis ab intestato, pluribus fideicommissa & fideicommissarias libertates à sola consobrina reliquit, quod existimabat solam sibi successuram iure prætorio, siue iure cognationis. post mortem eius non consobrina tantum, sed etiam auunculus magnus ab intestato pro partibus æquis ei successerunt, accepta bonorum possessione vnde cognati: Quæritur, an ij, quibus fideicommissa in codicillis relicta sunt à consobrina

sola consobrina teneatur in solidum? Quod videtur, quia ea sola nominatim rogata est fideicommissa præstare, & ad eam solam scripti sunt codicilli. Et sane ipso iure ita est, eam solida fideicommissa præstare debere: & tamen Papinianus respondet æquitate subnixus aliter, nempe consobrinam onere fideicommissorum pro parte dimidia esse releuandam, quam ei abstulit concursus auunculi magni: hoc exigere rationem æquitatis, ne oneretur supra dimidiam, quæ dimidiam tantum accepit, quam etiam credibile est testatorem oneraturum non fuisse tot fideicommissis, si existimasset non ad eam solam omnia sua bona peruentura. hoc etiam exigere ait exemplũ edicti perpetui. Et credo Papinianum intelligere edictum prætoris de bonis libertorum, quo à liberto herede instituto extraneo, patrono præterito, & patrono petente bon. poss. cont. tabul. liberti, & euincẽte dimidiam partem bonorum liberti, vt ante Iustinianum obtinuit, heres scriptus pro parte dimidia, quam ei aufert patronus, releuatur præstatione legatorum & fideicommissorum, & pro ea tantum parte dimidia, quam sibi retinet, legatariis & fideicommissariis obstringitur salua Falcidia, quod patet ex *l. Plautius, de condit. & dem. l. 20. §. libertus, de bon libert.* Et eodem exemplo, si filius exheredatus per querelam inofficiosi testamenti, vel filius præteritus per bonorum possessionem contra tabul. heredi scripto euicerit partem dimidiam, heres scriptus pro ea parte, quæ euicta est, præstatione legatorum & fideicommissorum exoneratur, *l. etsi contra, in fi. de vulg. l. 11. §. Imperator, inf. ad leg. Falcid.* At rursus quæri potest, an is qui partem aufert heredi scripto, pro ea parte legatariis, ac fideicommissariis teneatur? Et dicemus incunctanter, pro ea parte legata & fideicommissa intercidere, quia is, qui ad alteram partem venit, rogatus non est, & quia ad eam venit suo iure, non beneficio iudicioue defuncti. Idque comprobat etiam *l. prox. in princ. sup. & l. cum duobus, C. de inoffic. testam.* Et male Accursius hoc loco, fideicommissa ab vtroque præstari pro partibus hereditariis: quia certo certius est, fideicommissa intercidere pro parte eius, qui propter cognationem suo iure cum muliere concurrit in successione intestati, quo nomine etiam Accursium reprehendit Paulus Castrensis. Nec obstat huic sententiæ *lex militis, in prin. sup. de milit. test.* quæ merito potest obiici, nec tamen obiicitur, quoniam in ea lege is, qui partem hereditatis aufert heredi instituto ex asse, legata testamento relicta præstat pro parte sua quam euicit. Quod pugnare videtur cum superiore sententia. Sed ideo præstat legata pro parte sua, quia si inspiciatur diligenter species huius legis, eam partem aufert ex iudicio defuncti militis, qui post testamentum factum in quo alium heredem scripserat ex asse, eum codicillis ad testamentum factis heredem scripsit ex semisse, priori in testamento scripto adempto semisse, quo casu ambo præstant legata communiter. Quid enim iustius est, quam vt iudicium conseruet & impleat, qui ex iudicio defuncti ad hereditatem venit? In legibus autem supradictis, qui partem auffert heredi scripto, vel heredi aut successori legitimo, quem solum sibi heredem aut successorem fore defunctus arbitrabatur, suo iure venit; non ex iudicio defuncti, & idcirco, nec iudicio defuncti adimplendo obstringitur: hæc longe sunt diuersa, iure suo, & iudicio defuncti, *l. cum ab vno, sup. hoc tit l. illud in princ. sup. de iure codicill. l. post emancipationem, tit. seq.* cuius quidem legis necessario nobis hoc loco sententia explicanda est, quoniam ea lex responso huic opponi solet. Cum filia suscepta post emancipationem patris existimaret patruum solum sibi heredem fore ab intestato iure agnationis, excluso auunculo, qui cognatus est, & ignoraret etiam patruum sibi cognatum esse, non agnatum, nimirum soluta agnatione per emancipationem patris, factis codicillis ab intestato patruum rogauit, vt partem dimidiam hereditatis auunculo restitueret, &

A amplius agros duos, & aliis quoque pluribus ab eodem patruo fideicommissa reliquit: vtroque succedente ab intestato per bonorum possessionem vnde cognati, patruo & auunculo, quoniam sunt cognati eiusdem gradus. Scæuola in eadem *l. post emancipationem* ait, non consistere quidem fideicommissum hereditatis, quod auunculo relictum est, quia suo iure partem hereditatis obtinet ab intestato; consistere tamen fideicommissum agrorum pro parte patrui; fideicommissa quoque aliis à patruo relicta patruum debere in solidum præstare, nec releuari pro parte, quamuis præter opinionem defunctę euicta sit ei pars, quod pugnat omnino cum iis, quæ ante dicta sunt de releuando herede pro parte onere legatorum aut fideicommissorum. At breuiter respondendum est, id quod scribit Scæuola ita se habere directo &

B summo iure, & ad ius ciuile siue ius summum spectare Scæuolam, vt & Marcellum in simili specie in *l. pen. sup. de iur. codicill.* sed vt ad Marcellum in *d. l. penul.* ita ad Scęuolam addendum est: imo dumtaxat partem à patruo deberi, secundum rationem ęquitatis, quam Papinianus spectat & notat in hoc responso & secundum exemplum prætorij edicti. & huic distinctioni inter ius ciuile & æquitatem prætoriam etiam Accursius acquiescit, & à nobis latius explicata est ad Africanum in *l. 15. de iure codicill.*

Non est omittendum, quod hoc loco Papinianus, cum dixisset consobrinam pro parte dimidia, quam ei fecit auunculus magnus, esse exonerandam præstatione fideicommissorum, subiicit, *libertates tamen ab ea esse præ-*

C *standas*, libertates scilicet fideicommissarias: Nam directæ codicillis factis ab intestato iure non dantur. libertates igitur fideicommissarias à consobrina esse prestandas in solidum: nisi dixerimus, libertatibus quoque prestandis pro parte tantum consobrinam alligari, coheredem autem eius non alligari pro sua parte, vt *d. l. illud, de iure codicil.* sic fiet vt libertates, quæ pro parte præstari non possunt, quæ indiuiduam caussam habent, *l. duobus, de liber. caus.* recidant in irritum, quod esset durum & iniquum. Durum, *inquit*, videbatur libertates intercidere causa damni, *id est*, ob causam damni, quod mulieri, à qua relictæ sunt adfert concursus heredis legitimi. Verum addendum est ad Papin. seruum, qui petit à muliere fideicommissariam libertatem, debere ei offerre pretiũ,

D quo mulier redimat à coherede serui partem, deinde manumittat. Alioquin seruus repellitur exceptione doli mali, vel officio iudicis, *l. iudicatæ, ff. de except. rei iudic. l. qui graui, & seq. de iure codicill.* Quod exposuimus etiam supra ad primum responsum proximæ leg. Biuium datur mulieri ad consequendam partis æstimationem, exceptio doli mali, & officium iudicis, siue prætoris fideicommissarij. Etiam non omittam, male Accursium edictum perpetuum, de quo hoc loco agitur, interpretari, vt edictum semper vbique generale, vt simili errore apud Cicer. 2. *de legib.* Diagoræ Thebani legem perpetuam, Adrianus Turnebus vir magnus, legem generalem interpretatus est. Potest idem esse perpetuum & gene-

E rale, fateor: sed non omne generale perpetuum est, nec contra omne perpetuum generale. Perpetuum dicitur tantum comparatione temporarij: generale comparatione specialis vel singularis. Perpetuum autem prætoris edictum fecit lex Cornelia, de qua Dio. 36. & Asconius in oratione pro Cornelio, ex quo scilicet omnes prætores perpetuo idem ius dicerent: edictum enim antea erat annuum, & ipsius quoque prætoris imperium erat annuum, *§ 1. Inst. de perp. & temp. act.* Et pro varietate prætorum varia quoque erant edicta, nisi si quod forte caput translatum per omnium edicta ambulabat. At lege Cornelia hodie prætores ex perpetuis & similibus edictis ius dicunt, non ex annuis, quæ posuerint ipsi suo arbitratu.

Ad §. pater qui filio.

Pater qui filio semissem dederat, & sororibus eius impuberibus quadrantes, quibus fratrem tutorem dedit, ita fuerat locutus, fili contentus eris pro tuo semisse aureis ducentis, & vos filiæ pro vestris quadrantibus, centenis; Vice mutua liberis fideicommissum hereditatis reliquisse non videbatur, sed æstimationem, vt à parentibus frugi fieri solet, patrimonij sui fecisse, nec idcirco fratrem iudicio tutelæ bonæ fidei rationes quandoque præscriptione demonstratæ quantitatis exclusum.

IN §. sequenti, hęc proponitur species: Pater filium heredem scripsit ex semisse, & duas filias impuberes ex quadrantibus singulas, iisdemque fratrem tutorem dedit. Deinde ita cauit: *fili contentus eris pro tuo semisse ducentis aureis & vos filiæ cõtentæ eritis pro vestris quadrantibus singulæ centenis aureis.* Quæritur, an vice mutua, videatur liberis fideicommissum hereditatis reliquisse, puta, vt frater sororibus semissem restitueret, & vicissim sorores fratri alterum semissem, id est, duos quadrantes? Et respondet Papin. in hac specie, nihil de mutuo fideicommisso significari, cuius nec vlla vtilitas esset. Imo quod ridiculum esset, vt ait *l. si fundus, infr. ad l. Falcid.* si quantum frater daret sororibus, tantum ferret ab eis, & vice versa. Verum ea cautione eoue sermone per post adscriptas filiis suis partes hereditarias dicimus, patrem fecisse videri patrimonij sui æstimationem, idque totum æstimasse quadringentis aureis, quod & plerumque, vt ait, parentes frugi, id est, boni patresf. facere solent quibus vires sui patrimonij in numerato sunt & in comperto. Quia tamen falli possunt, ideo nihil ea æstimatio officit veritati, si reuera pluris sit patrimonium, quam id æstimauerit, aut si minoris sit, vt *l. 15. §. vlt. sup. ad l. Falc. l. si fundum § si libertus, sup. tit. prox. l. 1. C. arb. tu.* Et ideo, si in hac specie sorores à fratre tutelæ iudicio exigent rationem plusquam ducentorum aureorum, non poterit frater se tueri exceptione quantitatis demonstratæ à patre, quia in quantitate ineunda falli potuit pater, sed ex bona fide sororibus ratio reddenda erit: & maxime notandum ex hoc loco, tutelæ iudicio contineri tutelæ administratæ rationes bonæ fidei, id est, reuocatæ rationes ad veritatem, vt scilicet reddantur finita tutela, & bonam fidem & veritatem idem esse.

Ad §. Titio fratri.

Titio fratri suo Mæuius hereditatem Seij, à quo heres institutus erat, post mortem suam restituere rogatus, eodem Titio herede scripto, petit, vt moriens Titius tam suam quã Seij hereditatem Sempronio restitueret, cum ex fructibus medio tempore perceptis fideicommissi debitam quantitatem Titius percepisset, æris alieni loco non esse deducendum fideicommissum respondi, quoniam ratione compensationis percepisse debitum videbatur. Plane si ea lege Mæuius Titium heredem instituat, ne fideicommissum ex testamento Seij retineat, Falcidiam compensationi sufficere sed iniquitatẽ occurrere. Prudentius autem fecerit, si ex testamento fratris hereditatem repudiauerit, & intestati possessionem acceperit, nec videbitur dolo fecisse, cum fraudem excluserit.

IN §. Titio hæc proponitur species: Seius Mæuium heredem instituit & onerauit fideicommisso his verbis: Rogo te Mæui, vt post mortem tuam hereditatem meam ad Titium fratrem tuum peruenire facias: Mæuius eundem Titium fratrem suum heredem instituit & rogauit, vt moriens ipse Titius tam suam, id est, vt ipsius Mæuij, quam Seij hereditatem Sempronio restitueret. Quod attinet ad Mæuij hereditatem, vtilis institutio, vtile fideicommissum est: quantum vero attinet ad

A Seij hereditatem, etiam pro quadrante, quam ex Seiana hereditate Mæuius retinere potuit iure Falcidiæ, vtilis institutio, vtile fideicommissum est; At pro dodrante Seianæ hereditatis, quem Mæuius moriens cœpit debere Titio fratri suo, inutilis institutio est, quia creditor debitori frustra legat & relinquit, quod ab eo creditor ex alio testamento petere potest, *l. vnum ex familia 69. in pr. sup. h. t. l. si debitor, inf. de lib. leg.* Et consequenter, inutile est fideicommissum, quia à creditore frustra alij relinquitur, quod ei creditori debetur, *l. 13. si rem, tit. seq.* Debetur autem ei, nempe Titio dodrãs Seianæ hereditatis ex testamento Seij iure fideicommissi à Mæuio relicti, quem sibi Seius heredem fecerat. Et ideo in specie proposita, in ponenda ratione legis Falcidię, primum deducit Titius dodrantem hereditatis Seianæ tanquam æs
B alienum, quod sibi Mæuius ex testamento Seij debebat. Nam hoc est certissimum, antequã ineatur ratio legatorum & fideicommissorũ & legis Falcidię deduci debere omne æs alienum defuncti. Sic igitur deducit Titius fideicommissum sibi debitum ex testamento Seij vsque ad dodrantem, deinde ex reliquis bonis Mæuij omnibus detrahet Falcidiam, & residuum restituet Sempronio, *l. 6. & 8. C. ad l. Falc.* Ab hac definitione, quę certissima est, excipiuntur in hoc §. duo casus, quibus etiam, quod attinet ad totam hereditatem Seianam, vtilis institutio, vtile fideicommissum est. Vnus casus hic est. Si post mortem Mæuij fructus à Titio dum vixit medio tempore percepti ex bonis Mæuij, efficiant pretium dodrantis Seianæ
C hereditatis, qui ei debetur ex testamento Seij. Nam hoc casu fructus cum debito compensatur, & ratione compensationis Titius fideicommissum, quod ei debebatur ex testamento Seij, percepisse intelligitur, vt in *l. 15. §. quod auus, ff. ad l. Falcid.* Et hoc est, quod ait in hoc §. *cum ex fructibus medio tempore perceptis fideicommissi debitam quantitatem Titius percepisset; æris alieni loco non esse deducendum fideicommissum respondi, &c.* Hoc igitur casu Sempronio post mortem suam Titius heresve eius, qui ad vicem Titij propius accedit, restituet vtramque hereditatem Mæuianam & Seianam, deducta Falcidia, nisi & fructus medio tempore percepti Falcidiam etiam repleant, & debitum Seij, & debitum scilicet & Falcidiam, quia fructus medio tempore perceptos ante diem
D restituendæ hereditatis placet imputari in Falcid. *l. in fideicommissariam, ff. ad S. C. Treb.* Et eo modo restituere tenetur integram Mæuianam & Seianam hereditatem. Alter casus, quo etiam, quantum attinet ad hereditatem Seianam, vtilis institutio, vtile fideicommissum est, qui proponitur in hoc §. illo loco; *Plane si ea lege Mæuius Titium heredem instituat,* hoc est, si Mæuius Titium fratrem suum heredem instituerit ea lege, ne in ponenda ratione legis Falcidiæ deduceret fideicõmissum ei debitum ex testamento Seij, æris alieni loco, sed compensaret cum Falcidia quam retineret ex vtrisque bonis Meuij & Seij, dodrantem vero vtrorumque bonorum Sempronio restitueret. Nam seruanda est ea
E lex & voluntas Mæuij, idque obtinebit & consequetur Sempronius apud arbitrum legis Falcidiæ, non remedio cautionis Mutianæ, vt Rogerius voluit: non remedio propriæ cautionis, de implendo modo, vt Accurs. voluit, quia neque modus, neque conditio vlla iniicitur institutioni, quum ab instituto testator petit, ne debitum deducat, sed compenset cum Falcidia. Verum id Sempronius consequetur, vt ait *l. 12. inf. ad l. Falc.* remedio exceptionis doli mali, quam opponet Sempronius Titio, fideicommissum debitum ex testamento Seij cõtra voluntatem Męuij deducere & reputare volenti, videlicet si tantum Titius habeat in Falcidia, quantum est in quantitate fideicommissi debiti Titio ex testamento Seij. Et idem comparat *l. is cum fideicommissum, ff. ad l. Falcid. & l. Lucius §. maritus, in fin. ff. ad S. C. Trebel.* Duo sunt casus, quos expo-

ſui. Priore caſu fideicommiſſum Titio debitum ex teſtamento Seij compenſatur non cum Falcidia, ſed cum fructibus medio tempore perceptis ex æquitate. Poſteriore caſu compenſatur cum Falcidia ex iudicio defuncti, ex lege quam defunctus dixit, & vtroque caſu compenſatio fit, Vel hoc, cum l. Falcidia, non quãtacunque ſit Falcidia minima vel maxima, Vel illo caſu cum fructibus. Non quanticumque ſint fructus, vt Accurſ. voluit, ſed compenſatio fiet pro modo concurrentis quantitatis, quod eſt pari pecunia, *l. 15 §. quod auus*. Nam ſi quid amplius ſit in debito, quam in fructibus vel in Falcidia, ſane id dodranti detrahitur, tanquam æs alienum, *d. l. 15. §. cum fideicom.* Verum hoc poſteriore caſu Papin. ait, iniquitatem & fraudem aliquam occurrere, & errorem in hoc negotio: *ſed*, inquit, *iniquitatem occurrere*: ſic legendum, quam poſtea vocat fraudem, *erat*, inquit, *hic dolus aliquis, iniquitas aliqua*, quod ſic demonſtrat, quia etſi teſtator, qui fideicommiſſum debitum iubet compenſari cum Falcidia, palam non prohibeat Falcidiam, quod etiam non potuit ante Iuſtin. Nouel. *l. nemo, ſup. tit. prox. l. 15. §. 1. inf. ad l. Falci.* tamen quodammodo fraudem fecit legi Falcidiæ, eamque re ipſa labefactauit, atque conuulſit. Nam ſi verbi gratia, plus non ſit in Falcidia quam in debito, Titius iure Falcidiæ nihil habere videbitur, quandoquidem quod Falcidiæ ratione deducit, id iam ei debebatur ex teſtamento Seij, nec deſiderat deberi. Quamobrem occurrente fraude & iniquitate eiuſmodi, Papin. Titio prudens conſilium dat, vt repudiato teſtamento Mæuij fratris ſui, qui ſuperſtites nullos liberos reliquit, ab inteſtato eius hereditatẽ poſſideat: atque ita ſe expediat inſidiis paratis à Mæuio. Poterit autem omiſſo teſtamento fratris hereditatem ab inteſtato amplecti ex hac cauſa, impune & citra metum edicti, *ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti*, quoniam in illud edictum is tantum incidit, qui dolo malo in fraudem legatariorum vel fideicommiſſariorum omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſidet hereditatem: nam hoc Titius non facit dolo malo in fraudem aliorum, ſed fraudis ſibi ſtructæ vitandæ potius, & iniuriæ à ſe propellendæ cauſa, ob quam, plane licet omittere teſtamentum quaſi ſuſpectum & inſidioſum, & venire ab inteſtato, vt *l. 42. de adq. hered. l. 6. §. ſi patronus, ſi quis omiſſa cauſa teſtam. hered. ab inteſt. adier.* Et ita eſt explicandus hic §.

Ad §. à te peto.

A te peto marite, ſi quid liberum habueris, illis prædia relinquas, vel ſi non habueris, tuis ſiue meis propinquis, aut etiam libertis noſtris; non eſſe datam electionem, ſed ordinem ſcripturæ factum ſubſtitutioni reſpondi.

VXor à marito herede inſtituto prædia quædam legauit per fideicommiſſum, his verbis: *Rogo te, vt illa prædia liberis tuis relinquas, ſi quos liberos habueris tempore mortis, vel ſi liberos non habueris, vt ea relinquas tuis vel meis propinquis, vel libertis noſtris.* Quæritur, an poſſit maritus ex iis quos vxor demonſtrauit, quos volet eligere, quibus prædia relinquat? Et eleganter reſpondet Papinianus, nullam electionem eſſe datam marito, ſed in fideicommiſſo prædiorum factam eſſe ſubſtitutionem. Conſtat vt heredibus, ita legatariis & fideicommiſſariis ſubſtitui poſſe, *l. vt heredibus, ſup. tit. prox.* & liberis ſubſtitutos propinquos mariti, & propinquis mariti ſubſtitutos propinquos vxoris, propinquis vxoris ſubſtitutos communes libertos ordinem ſcripturæ factum ſubſtitutioni, id eſt, ſubſtitutioni impoſitum eſſe ordinem ſcripturæ, qui ſequendus ſit. Idque apparet ex primo gradu ſubſtitutionis, quia dixit, *ſi liberos non habueris*, quare & ſequentes gradus eodem modo accipiendi ſunt. Ergo ordinem ſcripturæ ſequamur, ſic

A ſane, niſi cum refragatur voluntas defuncti, vt in §. *fides tua, ſup.*

Ad §. vltimum.

Vicos ciuitati relictos, qui proprios fines habebant, ex cauſa fideicommiſſi non ideo minus deberi placuit, quod teſtator fines eorum ſignificaturum, & certaminis formam, quam celebrari ſingulis annis voluit alia ſcriptura ſe declaraturum promiſit, ac poſtea morte præuentus non fecit.

TEſtator ciuitati vicos quoſdam legauit per fideicommiſſum: & mox deinde alia ſcriptura dixit, ſe ſignificaturum fines eorum vicorum & certaminis formam, quam celebrari in eis vicis quotannis vellet, nec B tamen vſquam ſignificauit poſtea morte præuentus. Quæritur, an ideo minus debeatur fideicommiſſum prædiorum? Et ait, non ideo minus deberi, quia fuit omni ex parte perfectum: & pollicitatio illa, *ſe ſignificaturum fines & genus certaminis, quod ibi quotannis vellet celebrari*, pro ſuperuacua eſt. Quod ſuperuacuum eſt, nõ vitiat legatum aut fideicommiſſum: quæ abundant non vitiant ſcripturam. Et ita explicato hoc reſponſo incongrue plane videbuntur ei oppoſitæ leges, quæ opponuntur in Gloſſa, quas mitto, quia nihil habent commune cum hoc reſponſo. Non eſt omittendum hoc reſponſum Papiniani celebrari, & in teſtimonium vocari ab Imperatore in *l. pen. de inſt. & ſubſtit.* trahique eius rationem ad hanc ſpeciem: *Ille mihi heres eſto ſecundum con-* C *ditiones infra ſcriptas*, nullas conditiones infra ſcripſit, non ideo minus erit heres. Nam vtique pure heres inſtitutus videbitur, quia pollicitatio illa conditionum ſuperuacua eſt, ergo inanis. Vicos autem legatos ciuitati, ruſticos intelligit, vt in *tit. C. lib. 11. vt nemo ad ſuum patr. ſuſcipiat vicos vel ruſticanos eorum.* Vici cõſtant ex villis diuerſorum hominum quod plerunque ſint caſtello domini inſignes, etiam caſtella vocantur. Pagorum appellatio latius patet, vt cum Cæſar Heluetiam ait, fuiſſe diuiſam in quatuor pagos, *en quatre pays, contrees*. vt etiam Plinius dixit Pagum Geſorianum, *le pays des Griſons*. Pagus, *pays, contree*, vt hodie conſtat, & in teſtamento D Caroli Magni, Pagus Turonicus, Pagus Niuernenſis, Pagus Cabilonenſis, *Chalons*: & in vita Gelaſij, Pagus Lemouicus, *Limoſin*. Abſolui legem pulcherrimam, quam qui tenet, multa preclara & ſingularia tenet.

Ad l. 10. de ann. legat.

Seio amico fideliſſimo, ſi voluerit, ſicut meis negotiis interueniebat, eodem modo filiorum meorum interuenire, annuos ſenos aureos, & habitationem, qua vtitur, præſtari volo, non ideo minus annua Seio pro parte hereditarij viuentis filiæ deberi placuit, quod ex tribus filiis Titia, duo aliis heredibus inſtitutis vita deceſſerunt: cum tam labor, quam pecunia diuiſionem reciperent.

E PRimi reſponſi ſpecies hæc eſt: Titia duos filios puberes, & filiam quoque puberem vnam heredes inſtituit ex æquis partibus, & Seio negotiorum ſuorum procuratori, ſi vellet etiam eodem modo poſt mortem ſuam filiorum ſuorum negotia procurare, & eorum rebus interuenire, legauit per fideicommiſſum ſenos aureos annuos, & habitationem, qua gratuito vtebatur viua Titia, quæ habitatio alioquin finiretur morte Titij, ſi non legaretur, ſi eadem non eſſet heredum voluntas, vt habitatione frueretur. *l. Lucius, ff. de don.* Poſt mortem Titiæ duo filij vita deceſſerunt, extraneis heredibus inſtitutis, ſorore ſuperſtite, cuius dumtaxat negotia Seius adminiſtrabat. Nam filiorum negotia tranſlata ſunt ad heredes extraneos: Quæritur, an Seio debeantur ſeni aurei annui? Et reſpondet Papinianus, ei non deberi

annuam illam præstationem senum aureorum, nisi pro A
parte hereditaria filiæ, cuius solius negotia gerit, id est, binos aureos tantum ei deberi. *Quia, vt labor*, inquit, *ita pecunia diuisionem & deminutionem recipit.*

Minuitur labor Seij mortuis filiis, & eorum partibus translatis ad heredes extraneos, ergo minuenda est annua præstatio, quæ Seio relicta est pensandi laboris causa. Operæ numero diuiduntur, *l. libertus, qui post. inf. de oper. libert.* Tres autem olim erant Seij operæ, quæ tribus filiis præstabantur, hodie vna tantum est opera, quæ filiæ superstiti præstatur: ergo & qui olim erant ter bini aurei, hodie erunt bini tantum, quæ est sententia huius responsi elegantissima. Recte ponit Papinianus, filios instituisse extraneos heredes. Nam si sororem heredem instituisset, neque minueretur labor Seij, neque annua B
præstatio; quod & hic Bartolus obseruauit recte: quod si omnes filij superstites essent, nec tamen vellent vti opera Seij in negotiis suis, proculdubio Seio per quem non stat quo minus eorum negotia gerat, deberetur præstatio annua, nisi filij haberent iustam causam improbandæ operæ Seij *l. Mæuia, inf. hoc tit.* Quid enim si fraudulenter Seius negotia gerat? annua præstatio ei relicta est fidei remunerandæ gratia, non si fides eius deficeret & collaberetur, quod & Titia demonstrauit, cum in legando ita dixit, vt proponitur hoc loco, *Seio amico fidelissimo.* Huic autem responso Papiniani vnum tantum est, quod probabiliter opponi possit, quod sumitur ex *l. annua, in prin. inf. hoc tit. l. Caio §. 1. l. Stichus §. vlt. de ali. leg. l. 1. C. de leg.* In omnibus his legibus eadem fere species proponitur: Annua alimenta legata sunt Titio, si moraretur cum matre aut filio & herede defuncti, vel C
quoad moraretur cum eo & cum ea. Conditioni paruit L. Titius, habitauit cum filio vel matre defuncti, deinde mortuus est filius vel mater superstite L. Titio, an post mortem filij vel matris annua L. Titio debentur? Et constat inter omnes deberi, quia verisimile est, testatorem sensisse de perpetua præstatione, quamdiu viueret L. Titius. Cur & in specie proposita non interpretemur annuam præstationem Seio perpetuo relictam, & integram eam Seio deberi etiam post mortem filiorum? Rationem expediet *l. illis libertis, ff. de cond. & demonst.* quoniam euidens est, Titiam propter filiorum vtilitatem annua Seio legasse, vt negotiis eorum interueniret, quibus in alios translatis & finitis in persona filiorum, morte eorum, nulla amplius superest causa percipiendi legati. Nam etsi legatarium propter filij aut matris vtili- D
tatem appareat, cum filio aut filia morari voluisse in specie supradictarum legum, quæ huic opponuntur, vt scilicet legatarius esset in actu vel obsequio, vel ministerio filij aut matris defuncti, hoc casu morte filij, vel matris finiretur annua præstatio; sed in dubio ei, cui annua alimenta legantur, si moretur, vel quoad moretur cum filio vel matre defuncti, eo genere videtur relicta habitatio certa in vsum eius, vt apud illum scil. vel illam moretur, apud aliquem ex heredibus testatoris. Illud non est prætermittendum, quid sit dicendum in specie proposita, de habitatione Seio relicta. Nam de annuis rescribit tantum Papinianus ea deberi pro parte duntaxat hereditaria viuentis filiæ; de habitatione nihil rescribit, E
quæ etiam relicta fuit Seio, vt negotiis filiorum interueniret? credo, habitatio est indiuidua, vt rectissime sentit Accurs. in *l. penult. §. si vsusf. infr. ad leg. Falcid.* nec pro parte præstari potest: non possum domum, aut cænaculum aut membrum pro parte habitare, pro parte non habitare, facta sunt indiuidua, pecunia est diuidua. Quamobrem annua quidem pecuniæ præstatio diuidetur mortuis duobus filiis, sed non præstatio habitationis.

Ad §. medico.

Medico Sempronio, quæ viua præstabam dari volo, ea videntur relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt.

MEdico mulier legauit per fideicõmissum, quæ viua ei præstabat; non præstabat autem ei certam erogationem annuam, puta, tot aureos, vel tot culleos vini, vel tot pondo argenti, sed modo hac, modo illa re: & modo largius, modo parcius quotannis medicum munerabatur. Quæritur, ex causa fideicommissi supradicti, quid ei debeatur. Respondet nihil deberi: quia incertũ est fideicõmissum, & incerta liberalitatis voluntas. Et nota fideicommissum liberalitatem appellari, vt in *l. cum non facile, ff. si quis, plusq. per l. Falcid.* Legatum aut fideicommissum rei incertæ inutile est, *l. cum post, §. gener, sup. de iur. dot.* Paulus 3. *Sent. tit. de legatis. Legatum nisi certæ rei sit, nullius est momenti*, & ita salarium incertæ pollicitationis dicitur non deberi, *l. qui mutuam §. salarium, mand.* nec votum incertæ pecuniæ, apud Titum Liuium 31.

Ad §. vxori.

Vxori præter id quod a me viuo annui nomine accipiebat, aureos centum dari volo, annuum videtur, & semel centum aureos reliquisse.

VXori per fideicommissum legauit, præter id quod viuus annui nomine ei præstabat, centum aureos. Quæritur, vtrum semel tantum, an quotannis centum aurei præstandi sint? Et respondet, semel tantum esse præstandos, quia nihil pro centenis aureis significauit, sed tantum dixit, *vt præter annua, quæ viuus vxori præstabat*, quæ etiam vult ei præstari post mortem, eo amplius ei præstentur centum aurei, non annui quidem, quoniam hoc non dixit, sed vt semel tantum inferantur, annua tamen deberi post mortem eius, quæ præstitit viuus. Nam cum dixit, *præter*, comprehendit etiam fideicommisso annuum, quod viuus præstabat, & *præter* significat vltra, vt apud Sueton. in Aug. *Præterquam Decembri mense, quo scilicet constabat frequentatos fuisse ludos Saturnaliorum lusibus aliis, festis, profestisque diebus.* & l. 1. *in fine sup. de pigner. act.* qui æs pro auro pignori dedit, tenetur contraria actione pigneratitia præter stellionatum, quam fecit. Et stellionatus crimine tenetur, & contraria pigneratitia, nec ea vox semper exceptionem facit.

Ad §. vltimum.

Libertis dari volo, quæ viua præstabam, & habitatio præstabitur, sumptus iumentorum non debebitur, quem actori domina præstare solita fuit vtilitatis suæ causa. Ideo nec sumptum medicamentorum medicus libertus recte petet, quem vt patronam eiusque familiam curaret, acceptabat.

LIbertis reliquit, quæ viua præstabat: etiam habitatio, quam præstabat, eis debetur, vt in *l. Sempronio, tit. seq.* vt & cætera, quæ eis præstabat annua in vsum scilicet, & vtilitatem eorum. Nam fideicommisso etiam non continentur ea, quæ libertis præstabat vtilitatis suæ causa, veluti sumptus iumentorum, quos liberto actori præstabat excurrenti ad negotia sua: vel sumptus medicamentorum, quos liberto Medico præstabat, vt se familiamque suam curaret. Medicus olim ipsemet conficiebat medicamenta, non, vt fit hodie, ab alio confici imperabat. Quamobrem recte Paulus 3. Sentent. tit. de

leg. instrumento medico legato, legato cedere omnem apparatum conficiendorum medicamentorum.

Ad leg. 25. de vſu & vſufructu leg.

Qui fructus prædiorum vxori reliquit, post mortem eius prædia cum reditibus ad heredes ſuos redire voluit. imperitia lapſus nullum fideicommiſſum dominus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reuerti dedit. Etenim reditus futuri non præteriti temporis demonſtrati videbantur.

VXori legauit fructus ſiue vſumfr. prædiorum, & verbis fideicommiſſi declarauit ſe velle, vt post mortem vxoris fructuariæ, prædia cum fructibus redirent ad heredes ſuos, quod vtique fieret ipſo iure, etiam ſi hoc non dixiſſet, quia morte fructuariæ finitur vſusfructus, & reuertitur ad proprietariū ſuum, ſiue conſolidatur, id eſt, ſolida proprietas heredum fit. Et ait, tale fideicommiſſum nullum eſſe; propter illam rationem quam attigi, quia heredes mortua fructuaria ſuo iure prædia & fructus habituri ſunt. Inutiliter mihi relinquitur, quod meo iure habiturus ſum, citra ſpeciem legati, *l. cum pater §. curatoris. ſup. de leg. 2. l. post emancipationem, de leg. 3.* Senſit vtique teſtator hoc loco de fructibus futuris post mortem fructuariæ, vt redirent ad heredes, non de fructibus præteritis, quos fructuaria percepiſſet; ſed, vt ait, iuris imperitia lapſus teſtator ita legauit fruſtra & inutiliter quod & citra legatum ad heredes perueniret. Et hæc eſt ſententia huius legis.

Ad l. vxori meæ 9. de dote præleg.

Vxori meæ fundum Cornelianum, & quæ nuptura obtulit æſtimata in ſpeciebus reſtitui volo. Reſpondit non æſtimatum prædium in dotem datum, exceptum non videri, ſed vniuerſa dote prælata rerum æſtimatarum pretium non relictum; verum ipſas res, quales inuenirentur.

VXor marito in dotem dedit fundum Cornelianum inæſtimatum, & alias pleraſque res æſtimatas. Fundus inæſtimatus proprie dicitur dotalis, *l. vnica §. in fundo, C. de rei vxor. act.* quia licet ſit in bonis mariti dotis cauſa conſtante matrimonio, tamen ſoluto matrimonio plerunque is ipſe fundus mulieri reddi debet, nec interim à marito alienari poteſt. Alia eſt conditio fundi vel alterius rei æſtimatæ, quoniam ſi fundus æſtimatus ſit, vel quæ alia res in dotem oblata, ſoluto matrimonio liberatur maritus, ſi malit mulieri ſoluere æſtimationem, non rem ipſam, *l. 11. §. vlt. de iur. dot.* Et fundum æſtimatum maritus alienare poteſt, quia pro emptore habetur. & lex Iulia de fundo dotali, de inæſtimato loquitur, non de æſtimato. Hoc cognito finge, maritum, qui ab vxore in dotem fundum Cornelianum acceperat inæſtimatum, & alias pleraſque res æſtimatas, mandaſſe heredibus ſuis, vt post mortem ſuam eas res æſtimatas mulieri reſtituerent in ſpeciebus ipſis, ac ſi initio ineſtimatæ fuiſſent. Quæritur, an etiam is ipſe fundus, qui ineſtimatus eſt mulieri reddi debeat; an vero ſatis ſit, eius fundi æſtimationem mulieri ſolui, quod poſſet quis tentare, quoniam qui iubet æſtimatas tantum res in ſpeciebus ipſis reſtitui, non quidem adiecta illa taxatione tantum, ſed qui de æſtimatis tantum rebus loquitur, vt mulieri reſtituantur in ſpeciebus ipſis, poteſt videri aliud ſenſiſſe de fundo inæſtimato, vt non in ſpecie ipſa reſtituatur, ſed liberum ſit heredibus offerre fundi pretium. At Papinia. aliud iudicium eſt, qui & fundū ipſum inæſtimatum vult mulieri reſtitui, non pretium, quaſi noluerit teſtator mutare ius & conditionem fundi inæſtimati, ſed fundi tantum æſtimati, vel aliarum rerum æſtimatarum. Itaque vniuerſa dos mulieri reſtituenda eſt in ſpeciebus ipſis, tales quales fuerint tempore ſoluti matrimonij, *quales inuenirentur*, inquit: quibus verbis ſignificat, & deteriores factas recte reſtitui, vt *d. l. 11. in pr. & l. 12. de iure dot.* Potuit enim maritus conſtante matrimonio eas res vſu detetere. Et hæc eſt ſententia huius reſponſi.

Ad legem 3. de inſtruct. & inſtrum. leg.

Fundum inſtructum libertis patronus teſtamento legauit, postea codicillis petit, vt morientes partes ſuas fundi ſuperſtitibus reſtituerent, nec inſtructi mentionem habuit: talem in cauſam fideicommiſſi deductum videri placuit, qualis fuerat legatus, ſed medij temporis augmenta fœtuum, & partuum, item detrimenta fatalium fideicommiſſo contineri.

LEgauit patronus libertis ſuis fundum inſtructum, & verbis fideicommiſſi petiit ab eis, vt morientes partes ſuas fundi ſuperſtitibus reſtituerent, id eſt, in eo fundo eos inuicem precario ſubſtituit: & dixit, partes ſuas fundi, non partes ſuas fundi inſtructi. Sed quod dixit in legando, ſe libertis legare fundum inſtructum, id in fideicommiſſo ad communionem adſumitur, & repetitum intelligitur, vt in *l. cum pater §. cum imperfecta, ſup. de leg. 2.* vt ſcilicet morientes liberti partes ſuas fundi inſtructi, vti legatus eſt, ſuperſtitibus reſtituant. Itaque qualis fundus legatus eſt, talis etiam in fideicommiſſum deductus eſſe intelligitur. Logicum eſt quod Bartolus dixit hoc loco, & iiſdem fere verbis vſurpat Valerius in epiſt. ad Ruffinum, ne ducat vxorem, quæ exſtat inter opera D Hieronymi: Logicum eſt, inquam, talia eſſe ſubiecta qualia præmiſerint prædicata: vt in propoſito, tale erit fideicommiſſum, quale fuit legatum: fuit legatum fundi inſtructi: & fideicommiſſum igitur erit fundi inſtructi. Et ſubiicit Papinianus quod eſt ſatis difficile, *fideicommiſſo huiuſmodi contineri augmenta fœtuum & partuum, & detrimenta fatalium,* quæ verba non intelligens Martinus, tentabat vt Accurſ. notat, addita negatione hoc loco legere *fideicommiſſo non contineri*, perperam, quia etſi inſtrumento non contineantur pecora fundi, quæ ſcilicet in fundo paterfam. habuit, vt ex eis pecoribus, vt ex grege pecorum fructus caperet, vel negotiaretur venditis fœtibus pecorum, *l. de grege, hoc t.* continentur tamen inſtructo, *l. 2. C. de verbor. ſignif.* Et hic proponitur legatus inſtructus fundus. patet latius inſtructi nomen, quam inſtrumenti legatum. Ergo inſtructo continentur etiam fœtus pecorum fundi, qui ſubmiſſi gregem retinent, & retentant, *l. deducta §. hereditatem, ff. ad Trebell. l. 11. §. ſi ſerui, de iur. dot.* Addit Paulus *3. Sentent. tit. de leg.* etiam inſtructo contineri pecora, quæ patrifamil. inſtruendarum epularum gratia in fundo comparata ſunt. Ergo & fœtus eorum, quibus latius inſtruuntur epulæ patrifamil. qua Pauli ſententia ductus valde probo, quod omnes libri veteres habent Varronis 2. de re ruſtica, *eum, qui parat pecus, ſcire debere in grege, quot fœminas habeat, quot parere poſſunt, quot arietes, quot vtriuſque generis ſoboles, quot epulæ ſint alienandæ*: quæ poſtrema verba nullum non vexant, ſed intelligere oportet, quot epulæ inſtruendæ ſint hominibus diſtrahendæ. Nam & epula ſingulariter antiquos poſuiſſe Feſtus ſcribit. Conſtat etiam inſtructo contineri mancipia, quæ in fundo habuit paterfam. ſui cultus & miniſterij cauſa, & vxores & natos, vt ait *l. quæſitum, §. contubernales, h. t.* vxores & infantes, *§. vxores quoque, in eadem, l. quæſitu.* Vulgari ſermone infantes accipiens pro natis, vt D. Hieronymus in Geneſim ait, ſua ætate Romæ omnes filios vocatos infantes, vt ſcilicet in idiotiſmo noſtro, *enfant,* Denique partus ancillarum, quæ in fundo inſtructo ſunt, partus, nati, infantes & ipſi inſtructo continentur. Et huc valde pertinet lex penult. *inf. hoc titulo,* quæ oſtendit etiam medio tempore agnata, à

testamento facto scilicet in diem mortis testatoris, instructo cedere. Quid vocat *agnata?* nisi fœtus & partus. Ergo recte etiam Papinianus ait hoc loco, *medij temporis*, à die scilicet mortis testatoris in diem fideicommissi cedentem, *augmenta fœtuum & partuum fideicommisso contineri*. Et addit, *vt augmenta, ita etiam detrimenta fatalium*, quæ alij vocant damna fatalia, quæ ex improuiso contingunt, nec euitari possunt, fideicommisso contineri. Quid hoc est? augmenta scilicet augere instructi legatum: detrimenta fatalia minuere? puta, si suo fato deperierint pecora, vel mancipia, vel fœtus aut partus, instructum recipere augmentum & deminutionem. Et ita hoc primum responsum explicatum est. Sequitur aliud.

Ad §. minor.

Minor viginti annis instructa prædia consobrinæ suæ dari voluit, & quosdam seruos prædiorum viuus manumisit. Non idcirco serui manumissi præstabuntur, quod ad libertatem peruenire non possunt. Idem iuris est, cum ex quauis alia causa libertas non competit.

MInor viginti annis, cui per l. Æliam Sentiam non licet seruum manumittere nec inter viuos, nisi vindicta, causa probata apud consilium prætoris vel præsidis, nec testamento, consobrinæ suæ legauit instructa prædia quædam. In instructo istorum prædiorum erant serui, quos viuus post testamentum manumisit inutiliter, libertas seruis non competit. Vel finge, manumisit eos vtiliter causa probata consilio, sed extrinsecus superuenit alia causa, quæ libertati impedimento est, veluti quæstio adulterij, vt in *l. cum filius, §. seruus, sup. de leg. 2.* Quæritur, an ij serui, qui à testatore non iure, aut frustra manumissi sunt, instructo prædiorum cedant? Et respondet Papinian. non cedere. recte, quia destinatione testatoris instructo exempti sunt, etiamsi ea destinatio ad effectum perducta non fuerit, vt in *l. 19. §. vlt. inf. de pec. leg.* Et hoc quoque modo instructi legatum vel fideicommissum deminutionem recipit. Nec obstant tres leges, quas Accurs. in medium profert, tanquam huic responso contrarias, *l. seruum filij §. si idem, de leg. 1. l. si seruus legatus §. si seruus, eod. tit. l. qui testamento, de leg. 2. l. cum ita §. vlt. de opt. leg.* In iis omnibus ostenditur, eodem seruo legato, & manumisso inutiliter non perimi legatum serui. Distinctio aliqua adhibenda est, vt hæ leges cum hoc responso in concordiam adducantur. An adhibebimus hanc distinctionem, qua vtitur Glossa in *d. l. qui testamento.* Aut antiquius est legatum serui manumissione, vt in hoc responso, & tunc manumissio, quamuis sit inutilis, argumentum est adempti aut deminuti legati: aut manumissio inutilis, cuiusve conditio defecit postea, nihil refert, antiquior est legato, & vtile legatum est. Sed hanc distinctionem refellit *d. l. seruum filij §. si idem.* quæ legatum antiquius facit manumissione, & tamen statuit vtile esse legatum? An igitur, ita distinguemus vt Accurs. hoc loco. Aut specialiter seruum legauit, & legatum vtile est, etiam seruo manumisso, modo sit manumissio inutilis, alioqui legato præponderat manumissio. Aut generaliter seruum legauit, ac manumisit inutiliter, & legatum inutile est. Hanc distinctionem etiam refellit *d. l. cum ita §. vlt.* quæ seruo legato generaliter & manumisso sub conditione, deficiente conditione libertatis ait: etiam in eo seruo legatum consistere, & eligi eum seruum posse ab eo, cui homo generaliter legatus est. An igitur potior erit hæc vltima Accurs. distinctio? Aut eodem testamento legauit seruum, & inutiliter manumisit eadem scriptura, eodem tempore, & quasi momento, & non videtur tam cito à legato recenti, quod fecit iuncta scriptura penitus recessisse, sed ita demum, si libertas seruo competere pos-

A sit. Aut testamento seruum legauit & manumisit inter viuos, vt in hoc responso, & hoc plane videtur fecisse consulta opera, legati adimendi aut minuendi gratia. Multum interest duobus instrumentis quid fiat, diuersisque temporibus, an instrumento vno, tempore vno, *l. quingenta, sup. de probat.* coniuncta *l. plane §. sed si non corpus, sup. de leg. 1.* Et hæc probabilior distinctio est. Sequitur *l. 9. de alim. & cib. leg.*

Ad l. 9. de alim. leg.

Alio herede instituto, ita scripsi: à te peto Gai Sei, quicquid ex hereditate mea redegeris, illis alumnis meis des, singulis denos aureos eandemque summam penes te esse volo, cuius ex incremento eos alere, te volo, reliquum restitues
B *Numerio conliberto nostro. Respondi quamuis distrahere bona Gaius Seius alio scripto herede non possit, tamen eum alumnis relictam pecuniam, vt seruet ac restituat intra Falcidiam recte petiturum, quod de superfluo probari non potest.*

IN *l. 9. de alim. legat.* proponitur testator L. Titium heredem instituisse; deinde C. Seium, quem neque heredem instituerat, nec ei quidquam legauerat, fecisse dispensatorem siue curatorem & executorem certa in re, de qua mox dicemus, supremæ voluntatis suæ. Idem etiam dicitur minister, ἐπίτροπος, & ὑπουργὸς in Basilicis, vt memini me dicere lib. 7. ad *l. 8. hoc tit.* λειτουργός. Cuius pars etiam est de executore supremæ voluntatis, & apud Diogenem Laertium in testamento Theophra-
C sti & Stratonis ἐπιμελητὰς τῶν, &c. Et hoc causam dedit Bartolo in hac præcipue l. suopte ingenio multa quærendi, excogitandi, adinueniendi de executoribus supremarum voluntatum, cuius traditiones pleraque hac de re in mores abierunt, licet nulla certa lege subnixæ sint, sed ingenio tantum illius hominis, quoniam de executoribus testamentorum pauca legibus prodita sunt, quæ sola decreui etiam paucis explicare. Et leges nihil fere dant executoribus supremarum voluntatum: mores dant hodie nimium.

Cum igitur in hac lege proponatur testator Caium Seium elegisse executorem suæ voluntatis, videamus, qua in re eum elegerit & fecerit executorem. Nimirum petiit ab eo, vt auctioni siue venditioni bonorum suorum interesset, vel præesset, & quidquid pecuniarum
D ex ea venditione redigeret Caius Seius, ex eo in primis reseruaret, & seponeret alumnis testatoris singulis denos aureos, non annuos, quod perperam additur in quibusdam codicibus, sed singulis semel dumtaxat attribuendos, eamque summam, puta, triginta aureorum, si erant tres alumni, testator Caium Seium penes se habere voluit, & ex eius summæ incremento alumnos alere & tueri, superfluum autem incrementi Numerio restituere colliberto. Incrementum vocat vsuram supradictæ summæ triginta aureorum. Vsura est incrementum sortis, πλεονασμὸς, vt dixerunt 70. *Leuit. 25.* Reliquum autẽ quod redactum est ex venditione rerum hereditariarũ, sane voluit testator L. Titium heredem institutum suo iure sibi habere: hæc est testatoris suprema voluntas. Et
E primum quidem constat Caium Seium, non posse facere auctionem bonorum, quia heres non est, hoc munus est heredis, non dispensatoris vel executoris. Et hoc Papinianus ponit pro certo atque confesso. Sed quæritur, an Caius Seius ab herede petere possit alumnis relictam pecuniam, vt eam secundum volũtatem testatoris alumnis seruet & restituat, alendo eos ex vsuris eius pecuniæ salua heredi Falcidia, si locum habeat: nam ex relicto alimentorum Falcidiam detrahi constat, *l. hereditatem, & l. Diui, ff. ad l. Falcid.* Et hic locus aperte probat, id esse verissimum, dum ait, *intra Falcidiam*, id est, salua heredi Falcidia, relictam pecuniam alumnis eis à Caio Seio

esse

eſſe ſeruandam intra Falcidiam, id eſt, citra Falcidiam, quæ heredi ſalua eſſe debet, vt in Gloſſa *intra*, id eſt, *citra*: ſicut retro *citra* pro *intra*, ſæpiſſime apud Cornelium Tacitum legitur. Quæſtioni autem propoſitæ Papinian. ita reſpondet: Caium Seium ab herede poſſe petere pecuniam deſtinatam alimentis alumnorum teſtatoris, quod fauorem alimentorum extorſiſſe apparet ex eo, quod Papinian. ſubiicit, *C. Seium non habere etiam petitionem ſuperflui vſurarum eius pecuniæ, quod Numerio relictum eſt.* Quia extra cauſam alimentorum alumnis præſtandorum vel extra quam aliam piam cauſam, vt probat *l. nulli, C. de epiſc. & cler.* nudo executori in heredem nulla eſt actio; nam & cauſa alimentorum, piis cauſis adnumeratur, maxime ſi pauperibus relinquantur alimenta, *l. nulla, hoc tit. & Nouel. 131.* illo loco, εἰς τῶν πτωχῶν τροφὰς, &c. In alimenta, inquit, pauperum & in alias pias cauſas, neque quidquam amplius de nudo executore ſupremæ voluntatis legibus proditum eſt præter id, quod iam habuimus *ſup.* in *l. 8.* B

Ad §. eum quoque.

Eum quoque libertum inter eos, quibus cibaria, item veſtiarium patrona, quæ viua præſtabat, reliquit, recte fideicommiſſum petiturum exiſtimaui, qui annuos viginti aureos & menſtruum frumentum, atque vinum acceptauit.

HVic priori reſponſo Papinian. ſubiicit aliud, quod ad longe aliam ſpeciem pertinet quam ſuperius, & vulgo confunditur male cum ſuperiore. Patrona per fideicommiſſum reliquit libertis ſuis cibaria & veſtiaria, quæ viua præſtabat. Inter libertos eſt vnus, cui viua præſtabat annuos 20. aureos, & menſtruum frumentum atque vinum. Quæritur, an huic etiam liberto ex ſuperiore fideicommiſſo debeantur 20. aurei annui & frumentum vinumque menſtruum quod viua ei præſtabat? Poſſet dici non deberi, quia non hæc libertis reliquit per fideicommiſſum, ſed cibatum & veſtitum, cibaria, & veſtiaria. Et tamen Papinianus ait, Eum libertum ex cauſa fideicommiſſi ferre id omne, quod acceptauit à viua, id eſt, annuos aureos 20. & menſtruum frumenti, vinique certum modum, certam erogationem, quam viua faciebat: & falſam demonſtrationem non officere fideicommiſſo, quod omnino congruit cum *l. Titia §. vlt. ſup de ann. leg.* vulgo non intelligunt quæ ſit vis, aut qua in re conſiſtat vis huius reſponſi. Acceptare, quo verbo vtitur, eſt verbum proprium præſtationum annuarum, vt in *l. Seio §. vlt. de ann. leg. l. qui nominibus. §. vlt. D. de admi. tut. l. tale §. poſt diuiſionem, ſup. de pact.*

Ad l. 24. de liberat. leg.

Cum heres rogatur debitorem ſuum liberare, de eo tantum cogitatum videtur, quod in obligatione manſerit; itaque ſi quid ante tabulas apertas fuerit ſolutum, ad cauſam fideicommiſſi non pertinebit, quod autem poſt tabulas apertas ante aditam hereditatem ab eo, qui voluntatem defuncti non ignorauit, fuerit exactum, dolo proximum erit, ideoque repeti poteſt.

TEſtator heredem rogauit, vt debitorem ſuum, id eſt, debitorem heredis proprium, non debitorem teſtatoris liberaret; debitor ante apertas tabulas teſtamenti, cum ignoraret ſibi liberationem legatam, ignoraret id etiam heres, heredi bona fide ſoluit. Quæritur, an poſtea cognita voluntate teſtatoris, debitor ſoluti condictionem habeat tanquam indebiti? Et reſpondet non habere, quia de eo tãtum cogitaſſe teſtator videtur, quod in obligatione manſiſſet, non quod eſſe deſiiſſet

A ſolutione citra dolum heredis: vt hic ponitur dolo caruiſſe heres, qui ignorabat tenorem teſtamenti, clauſis tabulis teſtamenti, necdum apertis. Nam ſi dolus heredis interueniat, vt ſi poſt apertas tabulas cognita voluntate teſtatoris, quod ſibi debitor debuit, qui ignorat voluntatem teſtatoris, exegerit, propter dolum heredis qui fraudem fecit voluntati teſtatoris, & diſtulit aditionem, vt exigeret debitorem contra voluntatem defuncti, hoc caſu debitori condictio indebiti competit: differentiam igitur facit inter ſcientem & ignorantem voluntatem defuncti, quia in illo dolus eſt, in hoc nullus dolus eſt, & tamen in *l. ſi quis §. 1. ſup. de leg. 1.* dicitur indiſtincte, heredem ſeruum proprium à ſe legatum ſi manumiſerit, legatario teneri, ſiue ſcierit, inquam, ſiue ignorauerit à ſe legatum. Ne dicas, vt Gloſſa ibi, heredem ſeruum manumiſiſſe poſt aditam hereditatem: idē erit, ſi manumiſerit ante aditam hereditatem. & verius eſt, ſic eſſe definiendam rem omnem, facto heredis legatum perimi non poſſe, veluti manumiſſo ſeruo legato, ſiue ſcierit, ſiue ignorauerit eſſe legatum. & in ſpecie huius l. etiam facto heredis non perimi legatum liberationis, ſed facto debitoris ſoluentis, ſi ignorans ſoluerit ignoranti, legatum perimitur, non etiam ſi ignorans ſoluerit ſcienti.

Ad l. 24. de adim. leg.

Legatum ſub conditione datum, cum transfertur, ſub eadem conditione transferri videtur, ſi non conditio priori perſonæ cohæreat. Nam ſi quis vxori, ſublatis liberis legauerit, repetita conditio non videbitur, quæ fuit in perſona mulieris neceſſaria. C

IN principio legis 24. oſtenditur, legatum relictum ſub conditione, ſi adimatur & transferatur in alium, tranſlatum videri ſub conditione, niſi, inquit, prioris legatarij perſonæ conditio cohæreat, vt, quo exemplo vtitur, ſi vxori legatum ſit ſub conditione, ſi liberos ſuſceperit, etiam ſi legatum illud tranſlatum ſit in aliam mulierem, non intelligitur repetita eſſe eadem conditio, ſi & alia mulier liberos ſuſciperet, quia ea conditio cohærebat perſonæ vxoris, quaſi maxime neceſſaria in perſona vxoris ex *l. Papia*, vt beneficio liberorum caperet legatum, cuius ex *l. Papia* alioquin incapax eſt ex teſtamento mariti. Quamobrem & ea conditio frequenter adſcribitur legato vxori relicto, *l. 9. & 25. & 60. inf. de cond. & demonſtr.* In perſona alterius mulieris, quæ erat capax, nec indigebat beneficio liberorum, non fuit ea conditio neceſſaria: ideoque nec repetita intelligitur. Et cum hac ſententia Papinia. congruit omnino *l. Caium, in pr. ſup. de adim. leg. & l. 94. inf. de cond. & demonſtr.* Verum obſtat huic ſententiæ *l. ſub conditione, ſup. de heredib. inſtit.* quæ ait, conditionem adſcriptam heredi inſtituto, non videri repetitam in ſubſtituto, in quem videtur transferri hereditas. an aliud eſt in hereditate, aliud in legato? Minime vero, ſed hoc ideo ita eſt proditum in *d. l. ſub conditione.* quia in ſubſtitutum non transfertur hereditas. Alioquin transfertur cum omni ſuo onere, cum omni cauſa ſua, ſed ei datur directo: & idem dicerem in ſubſtituto legatarij. Noli igitur ſeparare hereditatem à legato, ſed ſepara ſubſtitutum legatarij aut heredis inſtituti ab eo, in quem transfertur hereditas mutata voluntate, eodem teſtamento, vel alio, aut legato, vel fideicommiſſo. D E

Ad §. pater.

Pater hortos inſtructos filiæ legauit, poſtea quædam ex mancipiis hortorum vxori donauit, ſiue donationes confirmauit, ſiue non confirmauit, poſterior voluntas filiæ legato potior erit. Sed & ſi non valeat donatio, tamen minuiſſe filiæ legatum pater intelligitur.

PRoponit, testatorem hortos instructos filiæ legasse, postea seruum, qui erat in instructo vel instrumento hortorum, donasse vxori inter viuos, etiamsi donatio non sit confirmata vltimo iudicio donatoris, id est, etiamsi inutilis sit, deminutum intelligitur esse legatum hortorum instructorum, etiam donatio inutilis, sicut manumissio inter viuos minuit legatum. Et posterior voluntas, id est, donatio collata in vxorem, legato filiæ est potior, id est, legato filiæ seruus donatus eximitur, licet donatio effectum non habuerit. Et coniungi omnino debet hic locus cum *l. 3. §. vlt. sup. de instr. leg.* & obserua testatorem ex instructo hortorum vxori donasse alio instrumento, nempe inter viuos, & in eo seruo legatum esse inutile, licet donatio inutilis sit: secus esset dicendum, si eodem testamento donasset eodem instrumento, vt *l. vlt. §. vlt. de aur. & arg. leg.* Proponitur quædam legasse cuidam vniuersa ornamenta sua. Deinde eodem testamento iussisse ornamenta quædam sua insumi in funus & condi, forte sarcophago, & huic voluntati non paruisse heredes, quod potuerunt impune, non consumpsisse ea ornamenta, an debentur ei, cui vniuersa sunt ornamenta legata, an cedunt lucro heredum? Et dicitur: in eis ornamentis, quæ consumi iusserat legatum consistere. Quod eadem scriptura non penitus minuisse videtur, sed ita demum si ornamenta consumerentur, quod confirmat distinctionem à nobis heri approbatam. De donatione autem inter virum & vxorem confirmata testamento sunt repetenda quæ dixi in *l. 54. de donat. inter vir. & vxor. & l. cum pater §. pater filiæ, de leg. 2.*

B

Ad l. 16. de his, quib. vt ind.

Cum tabulis secundis pater impuberi filio fratris filios coheredibus datis substituisset, ac substituti fratris filij post mortem pueri matrem eius partus subiecti ream postulassent, vt hereditatem patrui legitimam obtinerent: victis auferendam esse partem hereditatis ex causa substitutionis, respondi, quia ex testamento sententiam secundum se dictam non haberent.

INitio huius legis hæc proponitur species. Pater filio impuberi, quem habet in potestate heredi instituto substituit ex parte in secundum casum, quæ substitutio pupillaris appellatur, id est, pupillare testamentum, substituit ex parte filios fratris qui impuberi sunt fratres patrueles, & alios quosdam. Post mortem patris, mortuo etiam filio intra pubertatem, filij fratris testatoris, matrem pupilli ream fecerunt suppositi partus, ita scilicet vindicantes sibi totam hereditatem patrui ab intestato, qui non accusata matre pupilli suppositi partus ex testaméto pupilli, id est, ex substitutione pupillari tulissent tantum partem, tãquam substituti in partem duntaxat. Nam si substituti fuissent in assem, iure substitutionis laturis assem, omnino nihil profuisset accusatio suppositi partus, sed ideo eam instituerunt, vt irritum facerent testamentum pupillare, & ab intestato patrui totã hereditatem obtinerent. Et sane si in ea accusatione obtinuissent, proculdubio totam patrui hereditatem ab intestato vindicassent & exclusissent coheredes sibi adiectos in testamento pupillari. At si non obtinuerunt in accusatione suppositi partus, qui hac via captabant assem, & partis delatæ ex substitutione pupillari damnum facient, quia substitutione sunt indigni, qui eam oppugnauerunt, negando eos, quibus facta est substitutio, quæ non potest fieri nisi liberis in potestate constitutis, *l. 2. de vulg. & pupill. subst.* Negando, inquam, eos esse liberos defuncti, quod vtique negant, qui dicunt matrem supposuisse partum, *l. 1. §. vlt. de Carbon. edic.* denique qui captabant totum, & partem amittunt, quam alioqui obtinuissent. Sic sæpe falluntur aucupes & venatores, dum nimiam prædam affectant, quibus etiam Poëtæ solent comparare captatores alienorum testamentorum. Et est vera vox illa vulgo iactitata:

C

D

Qui duos lepores insequitur, is neutrum capit.

Pars autem hereditatis pupillaris, quæ aufertur filiis fratris tanquam indignis, proculdubio cedit in fiscum *l. 9. in fin. hoc tit.* Quæ vt indignis auferuntur, proprio nomine vocantur *ereptitia*, quod à fisco ea eripiantur plerumque exceptis duobus vel tribus casibus.

E

Ad §. quoniam stuprum.

Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quæ se non patroni concubinam esse patitur, eius qui concubinam habuit, quod testamento relictum est, actio non denegabitur, idque in testamento Cocceij Cassiani clarissimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat, optimi maximique Principes nostri iudicauerunt, cuius filiam, quam alumnam testamento Cassianus nepti coheredem datam appellauerat, vulgo quæsitam apparuit.

QVidam Senator pop. Rom. Rufinam ingenuam mulierem pleno honore dilexit, id est, vxorem legitimam habuit. honore isto pleno secernitur vxor à concubina, *l. item legato, § pen. sup. de leg. 3. l. donationes sup. de don. l. 13. C. de postlim. reu. ab host. l. 8. C. de ope. libert.* neque. n. concubina, si alterius, quam patroni sit concubina, matrisfa. id est, vxoris legitimæ honestatem habet, quamuis iure licito habeatur in *l. probrum, de rit. nupt.* Et hoc maxime concubina distat ab vxore dignitate, seu honestate. *Honore pleno:* Itaque concubina non est vxor, sed vxorem imitatur, vt ait Iulianus in Nou. 17. Concubinatus non est matrimonium, sed imitatio matrimonij aut semimatrimonij, nec tamen est illicita. Imo legitima coniunctio, quod nostri ignorant quomodo fiat, quia non sunt in vsu concubinæ hodie, nisi in montanis quibusdam regionibus. Ergo & matrimonium & concubinatus, vtraque legitima coniunctio est, *l. in concubinatu, in fi. de concub.* Cum concubina stuprum non committitur, etiamsi is, qui eam habet, non sit eius patronus. Patronus dicitur honestius libertam habere concubinam, quam matremfam. id est, vxorem iustam, *l. 1. §. 1 sup. de concub.* Sed tamen & non patronum dicimus habere posse concubinam impune, nec cum ea stuprum committere. Et hoc est quod ait §. huius initio, *stuprum in ea non contrahi, quæ se non patroni concubinam esse patitur.* Quæ se patroni concubinam esse patitur, hoc est certum, quia honestius à patrono habetur vt concubina, quam vt materfam. Sed & in ea stuprum committi non placet, quæ se non patroni concubinam esse patitur: *non patroni*, id est, exteri nomine infinito, vt fit sæpe, vice nominis vsurpato. Senator igitur pop. Rom. vt initio posui, Rufinam in matrimonio habuit, & post mortem Rufinæ, filiam eius, id est, priuignam suam in concubinatum adsumpsit, in matrimonium non potuisset, non est vitrico connubium cum priuigna; nec soluta adfinitate morte vxoris, quod Institutiones docent: & sæpe fit, vt cum qua non est iustum matrimonium, fit tamen iustus concubinatus, quod non eodem honore habeatur concubina, quo iusta vxor, non eodem numero, vt in *l. 1. §. qui autẽ, & §. vlt. & l. vlt. sup. de concubin.* Contra, videtur in hac specie Senatori cum priuigna non fuisse iustum concubinatum, quia fuit ingenua, nata nimirum ex Rufina ingenua muliere, *l. quod ex liberta, C. de oper. libert.* legend. *quod ex libera.* Cũ ingenua autem muliere nec iustus concubinatus est, *d. l. in concubinatu, sup. de concub.* vt & Vopiscus refert, Aurelianum Imperatorem concubinas ingenuas habere vetuisse. At ita respondet, imo & in concubinatu haberi posse

se ingenuam, quæ vulgo corpore quæstum fecerit, *d.l. in concubinatu*. Et in hac quoque specie, vt Papinianus ait, *apparuit supradictam priuignam, vulgo quæsitum, siue quæstum*, vt habent Florentini propius vero, sed deficiente verbo *fecisse*, quod supplendum est, *apparuit*, inquam, *supradictam priuignam, vulgo quæstum fecisse*, vt in extremo huius responsi esse legendum, iampridem ostendi. Iure ergo Senator eam habuit in concubinatu, & consequenter iure eam vt concubinam Senator testamento ex parte heredem instituit sub appellatione alumnæ, adiecta coherede nepte eiusdem Senatoris. Iustæ enim concubinæ plus habent hac in re, quam habuerint iustæ vxores. Ante Iustinianum, vxores non habebant, nisi beneficio liberorum solidi capacitatem ex testamento mariti, concubinæ habebant. Cum concubina igitur est testamenti factio, vt hic locus aperte demonstrat, & solidi capacitatem habet concubina, vt dixi, & habuit ante Nou. Iust. *de natur. lib.* Cum concubina est testamenti factio, quia stuprum cum ea non contrahitur: cum stupro cognita virgine vel vidua non est testamenti factio, nec si militare testamentum sit, sed quod ei relinquitur, fiscus occupat, *l. muliere, sup. hoc tit. l. miles ita § . mulier, de milit. testam.* Et hæc est sententia huius 2. respons. quam Papin. confirmat ex decreto Seueri & Antonini, quos solet optimos maximos Principes appellare.

Ad §. vltimum.

Cum heredis nomen, mutata voluntate paterfam. incisis tabulis induxisset, atque ideo fisco portionis emolumentum adiudicatum fuisset; eam rem legatariis non obesse, qui retinuerant voluntatem D. Marco placuit, & ideo cum suo onere fiscum succedere.

TEstator qui plures heredes scripserat, inciso lino, quo iunctæ erant tabulæ testamenti, hoc est incisis tabulis, vt ait, mutata voluntate, vnius heredis nomen deleuit. Quo facto, quia eum iudicauit indignum sua hereditate, fiscus in eius portionem successit, & successit cum onere legatorum ab eo herede relictorum & fideicommissorum & libertatum, vt D. Marcus decreuit, cuius etiam decreti fit mentio in *l. cum quidam, h. tit.* Et forma decreti exponitur in *l. pen. de iis, quæ in testam. delent.* Cum onere, inquam, legatorum, quia legatariorum nomina etiam testator non deleuit. Legatarij retinuerũt voluntatem, is solus heres non retinuit voluntatem, cuius nomen inductum & deletum est. Et generaliter tandem obtinuit ex omnibus causis caduca fieri cum onere, *l. quidam §. quotiens, de leg. 1. l. in facto, §. vlt. de condit. & demonst. l. 3. §. cum ex causa, l. dicitur, inf. de iure fisci l. 2. §. vlt. si quis aliq. test. prohib. l. cum fisco, de Senatusc. Syllan.* Maxime autem obseruãdum est in specie hoc loco proposita, testatorem vnius tantum heredis nomen induxisse & deleuisse, non omnium heredum testamento scriptorum, ex quo euidenter apparet noluisse eum mori intestatum; vt in *l. 2. sup. de iis, quæ in testam. del.* Nam si voluisset intestati exitum facere, non vnius, sed omnium heredum nomina circumscripsisset: at sane si omnium heredum nomina circumscripserit, voluntatis quæstio est: vtrum voluerit intestatus decedere, quod si voluisse eum probauerint legitimi heredes, qui veniunt ab intestato, scriptis hereditatem auferent excluso fisco, nec hoc casu legata, aut fideicommissa debebuntur; quia probarunt eum mori voluisse intestatum, & legata etiam ab intestato fuisse relicta non proponitur, *l. vlt. sup. de iis, quæ in test. delent. l. 1. §. pen. inf. si tab. testam. null. ext.* Paulus 4. *Sent. tit. de intestator. successionibus.* vt est legendum, *in collatione legis Dei cum iure ciuili populi Rom.* cuius auctorem facio Licinium Rufinũ, vbi referuntur maxime ad hanc rem apposita hæc Pauli verba: *Intestati sunt & qui linum, vt intestati decederent,* abruperunt. Et rursus quæstio est voluntatis, cum omnium heredum nomina deleuit, an heredes scriptos iudicauerit esse indignos sua hereditate, quod in dubio præsumitur, nisi aliud probent legitimi heredes, vt supra diximus, & fiscus in locum heredum scriptorum succedit cum onere legatorum. In dubio adsumitur benignior sententia, ne intercidant legata aut fideicommissa, quæ intercciderent, si in dubio res intelligeretur deducta ad causam intestati, *l. pen. sup. de iis, quæ in test. delentur.*

Ad leg. 93. de condit. & demonstration.

Mater filio suo coheredes sine vlla conditione filias ipsius dedit, ac petiit, vt filias suas emanciparet, ita vt curatores à prætore acciperent. filij videri fidei commisisse placuit, vt eas sui iuris constitutas, ad hereditatem auiæ peruenire pateretur, nec ad rem pertinere, si portionem filiarum iure substitutionis quæsisset.

CVm in superiori lege ex Vlpiano propositum esset, fideicommissum, quo heres vel legatarius rogatur filios suos emancipare, iure quidem directo ratum non esse, quia scilicet patria potestas inæstimabilis res est, vt *l. filiafamil. §. secundum, de leg. 1.* sed agnito legato vel hereditate extra ordinem, id est, auctoritate Principis cõpelli eum posse, vt filios emancipet, ne circumueniatur voluntas testantis, quam vtique circumuenit, qui agnoscit legatum & hereditatem, & id tamen, cuius contemplatione legatum vel hereditas relicta est, implere detrectat prolato in eam rem rescripto quodam Diui Seueri; nunc in hac lege ex Papin. eiusdem rescripti species & sententia proponitur, quæ tal s est. Mater filium suum, & filias ipsius, vt in hac lege, vel filios ipsius, vt in lege superiori, sed nihil refert, id est, neptes, vel nepotes suos heredes instituit omnes pure, nec nepotum vel neptium institutioni adiecit conditionem emancipationis; si à patre emanciparentur, sed omnes pure heredes instituit, & eos inuicem substituit vulgari modo, scilicet in primum casum verbis directis; deinde filium rogauit, vt eos nepotes neptesve emanciparet, ita vt emancipati curatores à prætore acciperent, qui erant minores 25. annis; nec rogauit etiam filium, vt eis restitueret portiones hereditarias eis in testamento ante adscriptas, & filio per eos easve adquisitas iure patriæ potestatis, vel iure substitutionis vulgaris. Nam quod maxime notandum est, in electione & arbitrio est patris substituti, filiis suis, quos habet in potestate, vtrum malit ex eorum persona adquirere hereditatem iure patriæ potestatis, iubendo eos adire hereditatem, an non iubendo, ex sua persona eam adquirere iure substitutionis vulgaris, quæ vice mutua facta proponitur. Et in hanc rem est valde singularis *l. Iulianus, in fine, sup. si quis om. sa causa, testamenti*: & tamen, vt Papinianus ait, filius rogatus emancipare filios ipsius coheredes ei datos, tacite rogatus videtur post emancipationem iisdem filiis restituere portiones eorum, siue eas quæsierit iure potestatis, siue iure substitutionis. Quo enim emancipatio, nisi vt eis restituat portiones eorum? Quo rogatur eos emancipare, nisi vt mox eis restituat portiones eorum sibi adquisitas quoquo iure? cum in eius arbitrio fuerit, hoc vel illo iure eas adquirere. Itaque & portiones eorum post emancipationem restituere debet sine mora, alioquin ex mora præstabit fructus & vsuras, vt in superiori lege? Et hæc est sententia huius responsi, congruens omnino cum rescripto Seueri, quod proponitur in superiori lege, & aliud ex alio lumen fœneratur, congruens etiam omnino cum *l. quamuis, C. de fideicommiss.*

Ad l.101. de condit. & demonst.

Pater Seuerinam Proculam Ælio Philippo cognato nuptiis testamento designauit. eidem filiæ prædium, si Ælio Philippo nupsisset, verbis fideicommissi reliquit, quod si non nupsisset, idem prædium Philippo dari voluit, nondum viripotens puella diem suum obiit, respondi, cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat, Ælio Philippo fideicommissum ita datum videri, si ei Procula defuncti filia nubere noluisset, quare cum ea prius quam viripotens fieret, vita decesserit, conditionem extitisse non videri.

AGgredimur *l.101. de condit. & demonst.* quæ continet quinque responsa: tribus primis hoc agitur, vt tribus exemplis propositis ostendat, in conditionibus, quæ testamentis adscribuntur, voluntatem potius testatorum spectari, quam verba. Primum exemplum tale est. pater filiæ impuberi, quam testamento nuptiis Philippo destinauit, filiæ, inquam, impuberi destinatæ Philippo, cum nubilis esset ætatis, prædium legauit per fideicommissum sub conditione, *si Philippo nupsisset, & sub contraria conditione, si Philippo non nupsisset*, idem prædium Philippo legauit: post mortem patris filia Philippo non nupsit, quia & ipsa mox mortem obiit impubes, nec dum facta viripotens, siue viripatiens, vt esse dicendum quosdam existimare Festus refert, credo, quia viripotens dicitur, de mare valido apud Plautum in Persa. Certum autem est filiam legatum in heredem suum non transmisisse, quia pendente conditione vita decessit. At quæritur, an legatum Philippo debeatur? Si verba spectas conditionis, debetur; quia verum est, filiam ei non nupsisse: sed si voluntatem testatoris spectas, ita demum Philippo datum videtur legatum, si filia cum nubilis esset & viripotens, ei nubere noluisset. Cum ergo nondum facta viripotens vita decesserit, non intelligitur extitisse conditio legati, Philippo relicti, & consequenter legatum Philippo non debetur. In conditionibus defuncti voluntas scripto potior est, & primum locum obtinet, & regit conditiones, *l. in conditionibus, sup. h. tit.* Quod in fideicommissis plerumque seruatur, vt in eis plus valeat voluntas, quam scriptum aut nuncupatum, quod est, *l. cum virum, C. de fideicom. l. pen. sup. de leg. 1.* In directis hereditatibus, & legatis sane olim potius sequebantur scripta & formulis inhærebant, vt patet ex *l. commodissime, de lib. & post. l. si alij, sup. de vsuf. leg. l. ille aut ille §. 1. sup. de leg. 3.* At meo iudicio ex sententia Iustiniani, voluntas dominatur in omnibus, vt ait, *l. cum quæstio, in fine, C. de legat.* vbi, in omnibus, id est, non tantum in fideicommissis aut conditionibus, sed etiam in hereditatibus & legatis, vt declarat idem Papin. in quæstione. 1. huius legis. nec ineleganter cum alia de re agitur, quam de directa scriptura siue oratione, puta, quid rerum prouincialium appellatione testator intellexerit, *l. ex facto proponebatur, §. rerum, sup. de hered. instit.* totum, inquam, facit voluntas defuncti. Nam quid senserit, spectandum. Male autem quidam notant in specie proposita; in fideicommisso prædij filiæ substitutum fuisse Philippum vulgariter. Nam si Philippus filiæ substitutus esset, in vtrumque casum admitteretur, siue nollet ei filia nubere, siue non posset per ætatem, vt fit substitutione heredum vulgari, *l. 3. C. de hered. instit.* Qui tamen Philippus negatur admitti ad fideicommissum hoc loco in posteriorem casum, videlicet filia mortua, antequam nubere posset. Multum distat substitutus ab eo, in quem transfertur legatum aut fideicommissum, quod memini me attingere in *l. 24. in pr. de adim. leg.* Qui substituit, nō mutat voluntatem collatam in priorem: qui transfert mutat voluntatem, substitutioni non inest ademptio, translationi inest, *l. 5. sup. de adim. leg.* Et in specie proposita, in defectum conditionis filiæ ademptum legatum, & in Philippum translatum intelligitur, sed quia non defecit conditio adscripta filiæ, cum decesserit priusquam implere conditionem posset, nec igitur in Philippi persona legati translatio locum habet. & Baldus immerito pudorem & silentium iniecit Ticini, quod Paulus Castrensis refert cuidam Doctori iactanti, se in materia vltimarum voluntatum, de omni re, quæ in quæstionem vocaretur ex tempore respondere posse, cum quæsiisset ab eo, quo loco iuris nostri proponeretur casus, quo substitutio vulgaris in legatis complecteretur vnum tantum casum, *si prior legatarius nollet*, non etiam alterum casum, *si non posset*, & obmutescenti ostenderet hanc legem quasi id proponeret, in qua tamen, vt patefeci; nulla substitutio fuit. Impostura iactantiam elusit.

Ad §. ita.

Ita fideicommisso dato, volo restituas, si sine liberis decedas, conditio deficit ex voluntate, vel vno filio superstite relicto.

SEquitur aliud exemplum in §. 1. quo demonstratur in conditionibus interpretandis voluntatem potius testatoris considerari, quam verba: fideicommisso dato ab herede sub conditione, si heres sine liberis decederet, si heres vnum tantum filium reliquerit superstitem, si verba spectas, extitit conditio fideicommissi, quia non reliquit liberos, sed liberum tantum, vt sæpe Iustin. loquitur, & nonnunquam Quintilianus, *Liberi & parentis is est affectus in cæco.* At si voluntatem spectas, conditio fideicommissi defecit, quia vel vno filio superstite, verisimile est testatorem noluisse fideicommisso locum esse, vt *l. ex facto §. si quis, inf. ad Treb. l. 6. §. pen. C. eod. tit. l. 4. C. quando dies leg. ced.* Et sub pluratiuo numero, si sine liberis, testatorem etiam singularem comprehendisse, quod & vsus loquendi admittit, *l. non est sine liberis, de verb. signific.* Diuus August. 16. de ciuitate Dei. *In Latina*, inquit, *lingua consuetudine liberi dicuntur filij, etiamsi non sint vno amplius.* Et ab hac igitur defuncti voluntate, verba prorsus abhorrent.

Ad §. conditionum.

Conditionum verba, quæ testamento præscribuntur, pro voluntate considerantur: & ideo cum tutores testamento dati, quoniam interea puer adoleuerat, id egerint, vt curatores ipsi constituerentur, conditio fideicommissi talis præscripta; si tutelam in annum 18. gesserint, defecisse non videbitur.

TErtium exemplum, quo etiam ostenditur, in conditionibus voluntatem testatoris spectari, non verba, proponitur in *§. conditionum.* Testator filio suo impuberi tutores dedit, & legatum eis reliquit sub hac conditione, *si tutelam filij gessissent in annum octauum decimum;* qui est finis plenæ pubertatis, tutores dati tutelam non gesserunt in eum annum, quia nec potuissent. Finitur enim tutela pubertate incipiente, quæ in mare incipit ab annis 14. completis, in fœmina 12. sed filio pubere facto id egerunt & curarunt tutores, vt ipsi curatores eidem filio constituerentur & confirmarentur. Inuiti non coguntur, cuius tutelam gesserunt, finita ea curā suscipere, *§. qui tutelam, Inst. de excus. tut.* sed sua sponte eam susceperunt, vt in *l. Caius, de excus. tut. l. 13. §. vlt. de tut. & rat. distr. l. 3. §. quæri, de susp. tut. l. cum hereditas, de admin. tut.* Idque fecerunt tutores conditionis fideicommissi siue legati sibi relicti fidei remunerandæ gratia, implendæ gratia: neque tamen eam impleuerunt, si verba spectas, quia non tutelam, sed curam gesserunt: At si mentem spectas, testatoris conditionem imple-

uiſſe intelliguntur. Teſtatoris, inquam, qui abuſus eſt A tutelæ nomine, vt vulgus, & nonnulli alij auctores, id producendo vltra pubertatem inchoatam, vſque ad plenam atque perfectam: plena pubertas incipit in mare ab annis 18. in fœmina à 14. *l. adrogato §. 1. ſup. de adopt. l. Mela, ſup. de alim. leg.*

Ad §. ſocrus.

Socrus nurui fideicommiſſum ita reliquerat, ſi cum filio meo in matrimonio perſeuerauerit. diuortio ſine culpa viri poſt mortem ſocrus facto, defeciſſe conditionem reſpondi: nec ante diem fideicommiſſi cedere, quam mori cœperit nupta vel maritus, & ideo nec Mutianam cautionem locum habere, quia morte viri conditio poſſit exiſtere.

IN §. *pen. h. l.* proponitur hæc ſpecies: ſocrus nurui fideicommiſſum reliquit ſub hac conditione; *ſi cum filio meo in matrimonio perſeueraueris*, vel, *nurui tot lego, ſi cum filio meo in matrimonio perſeuerauerit.* Quæ conditio vi ipſa in non faciendo conſiſtit, ac ſi dixiſſet, *ſi non diuerteris à filio meo.* Poſt mortem ſocrus, ſi culpa viri diuortium fiat, conditio pro impleta habetur, & fideicommiſſi petitio mulieri competit, *l. 5. ff. quand. dies leg. ced.* At ſi diuortium fiat ſine culpa viri, conditio fideicommiſſi defeciſſe intelligitur. Extitiſſe autem conditionem dicere non poſſumus ante mortem mulieris vel mariti, quamdiu diſſidio ſiue diuortio ſolui matrimonium poteſt. Exiſtit conditio moriente muliere in matrimonio, quia vt dixi, τῇ δυνάμει, *vi ipſa*, in non faciendo conſiſtit, vt in *l. ſi ita legatum, inf. h. tit. l. vlt. inf. quando dies leg.* Et ideo in heredem mulieris, qua moriente conditio extitit, fideicommiſſi perſecutio tranſmittitur. Exiſtit etiam conditio moriente marito in matrimonio, & vxori ſuperſtiti fideicommiſſi perſecutio competit. Denique impleri ea conditio poteſt, non tantum morte mulieris, ſed etiam morte viri. Quia igitur morte alterius, quam mulieris, cui fideicommiſſum relictum eſt, puta, morte mariti conditio fideicommiſſi impleri poteſt, ex eo recte colligit Papin. in hoc §. *pen.* non admitti mulierem ad petitionem fideicommiſſi oblata cautione Mutiana, qua promittat, ſe in matrimonio perſeueraturam, quia cautio Mutiana in his tantum conditionibus locum habet, quæ non niſi morte legatarij ſolius vel fideicommiſſarij expleri poſſunt, non etiam in his conditionibus, quæ expleri poſſunt, non mortuo tantum legatario, ſed etiam viuo, *l. auia §. Titio, l. cum tale §. 1. l. Titio fundus, l. hoc genus, h. t. l. ſeruo inuito §. ſi teſtator, ff. ad Treb.* Dices forte in hac ſpecie ominoſum eſſe & infauſtum expectare mortem mariti, & ideo mulieri petenti fideicommiſſum oblata cautione Mutiana non poſſe obiici rem luctuoſam & ominoſam, conditionem impleri poſſe ea viua mortuo marito, vt in *l. cum tale, in princ.* Nec ſane hoc mulieri obiici poſſet offerenti cautionem Mutianam, quod morte mariti poſſit impleri conditio, niſi ab ipſo teſtatore ſatis euidenter in caſum mortis mariti fideicommiſſum eſſet collatum vt fideicommiſſum, quo de agitur in hoc §. relictum ſub hac conditione; *ſi cum marito in matrimonio perſeueraueris*, quod quid aliud eſt, quam ſi ſola mors eos diſiunxerit? Satis igitur manifeſto contulit fideicommiſſum in mortem alterutrius. Denique videtur mulieri & poſt mortem mariti fideicommiſſum relinqui, vt in *l. hoc genus, hoc tit.* Proinde mors mariti expectanda eſt, quod mulierculæ ominoſum quidem eſt, ſed teſtator ita cauit, quod ſi non cauiſſet, aut ſi præſumeretur non cauiſſe, ſane hunc caſum, hancue rem abominaretur, vt in *d. l. cum tale.* Gloſſæ ſunt valde ſuaues, in hac re interpretanda.

Ad §. vltimum.

Fideicommiſſa menſtrua & annua ſub ea conditione liberto relicta, quamdiu res patroni filiæ geſſerit: etſi præſtari neceſſe eſt filia prohibente res ſuas adminiſtrari; tamen voluntatem filia mutante conditionem reſumunt: quoniam plura ſunt.

IN §. vltimo huius legis ſequitur hæc ſpecies: Patronus liberto reliquit fideicommiſſa menſtrua & annua, quandiu filiæ patroni negotiis interueniret, vel quod idem eſt, ſi filiæ ſuæ negotiis interueniret. filia in rebus ſuis non vult vti opera liberti, nec habet iuſtam B cauſam improbandæ operæ liberti; hoc caſu conſtat liberto menſtrua & annua deberi, quia per eum non ſtat, quo minus conditionem impleat, *l. Mæuia, ſup. de ann. leg.* At quæritur ſi poſtea filia mutata voluntate velit libertum accedere ad ſua negotia, & is recuſet, quod ſemel ab ea reprobatus libertus fuerit, an ei menſtrua & annua debeantur? Et reſpondet, non deberi, quaſi conditione defecta: conditio enim eadem ſæpius reſumitur & repetitur, quia plura ſunt legata menſtrua & annua, *l. 10. 11. & 12. D. quando dies leg. ced. l. 4. & l. 11. ſup. de ann. leg.* Quamobrem plurali numero Papin. dixit, fideicommiſſa, non fideicommiſſum, & ideo quocunque anno libertus conditioni non obtemperauerit, filia volente vti eius opera, ei menſtrua, & annua non præſtabuntur. C Eadem conditio plurium legatorum ſæpius reſumitur, vnius autem legati conditio ſemel defecta vel impleta non amplius reſumitur, *l. quidam, & l. rogo, D. de fideic. libert. l. 3. §. Stichus, de ſtatulib. l. vlt. C. de condition. inſert.* in illo loco, *quod ſemel repudiatum eſt ab eo, in cuius perſona conditio impleri debuit, redintegrari minime concedimus*, id eſt, conditio ſemel impleta non reſumitur, quia vnum fuit legatum, non plura.

Ad l. 5. ad l. Falcid.

Verbis legati vel fideicommiſſi non neceſſarie ciuitati relinquitur, quod ex cauſa pollicitationis præſtari neceſſe eſt. Itaque ſi debiti modum teſtamento dominus exceſſit, ſuperfluum duntaxat Falcidia minuetur. D *Quare nec fideicommitti legatarij poterit. Quod ſi dies aut conditio legatum fecerit, non vtilitatis æſtimatio, ſed totum petetur quod datum eſt, nec ſi viuo teſtatore dies venerit, aut conditio fuerit impleta, fiet irritum quod ſemel competit.*

AD *l. 5. ad leg. Falcid.* notandum eſt, ex pollicitatione nuda, quam quis vltro facit & irrogatus priuato cuidam neminem teneri: imo nec Imperatori, *l. vlt. ſup. qui teſt. fac. poſſ.* at ciuitati teneri, Reipublicæ, municipio Rom. etiamſi nuda pollicitatio fuerit, quæ habeat iuſtam cauſam; ſed etſi cauſam non habeat ſi modo cœperit facere, quod pollicitus eſt, quod cœpit facere Reip. cauſa, id perficere tenetur, *l. 1. & 3. D. de pollicit.* Ex E quo ſequitur, eum, qui ciuitati, quid præſtare neceſſe habet ex cauſa pollicitationis, id eſt, qui ciuitati obligatus eſt (obligatio eſt neceſſitas) *non neceſſarie*, vt Papinian. id eſt, eum fruſtra ciuitati legare, aut per fideicommiſſum relinquere, quod ei debet. Quod verum eſt, etiamſi ciuitati debeat ex alia cauſa, vel priuato, non ciuitati. Et ideo legatum Falcidiæ non ſubiici. Dico nihil referre ciuitati debeat, an priuato, quia ius commune hoc eſt, debitorem creditori fruſtra legare id, quod ei debet, *l. ſi debitor, l. legaui §. vlt. de liber. leg.* Et ideo legatum Falcidiæ non ſubiici, quia inutile eſt legatum, & creditorem cui debitor legauit quod ei debuit, ſi quid eius fideicommiſſum ſit, fideicommiſſo non teneri, quia nihil capere ex teſtamento videtur. Et hoc quidem ita procedit, ſi plus non ſit in legato,

quam in debito, quia nulla vtilitas legati futura est, *l. Mæuius, sup. de leg.2.* Nam si plus sit in legato, quam in debito, constat non esse inutile legatum, & Falcidiam pati, si ea locum habeat. Plus autem in legato potest esse vel summa, vel tempore, aut conditione. Inter quæ est nonnulla differentia. Nam si plus fuerit summa, vt si debitor qui centum creditori debuerit, legauerit centum quinquaginta, in superfluo tantum, id est, in 50. legatum consistit, ita vt superfluum tantum petatur actione ex testamento, reliqua centum actione creditæ pecuniæ. Itemque vt superfluum tantum minuatur lege Falcidia interueniente. Et vt pro modo tantum superflui fidei cōmitti legatarij possit, fideicommisso onerari legatarius possit. Quod si tempore plus fuerit, vt si debitor, quod debet in diem vel sub conditione, pure legauerit, non tantum commodum repræsentationis, vel eius æstimatio, quod etiam interusurium vocamus, & Græci ἐμπαρουσιασμὸν: non tantum inquam commodum repræsentationis, sed etiam tota pecunia iure legati ex testamento peti potest, quia tota repræsentatur. Et in hoc consentiunt Paulus in *l. debitor, sup. de leg.2.* & Papin. hoc loco, dum ait, non vtilitatis æstimationem, id est, non tantum interusurij æstimationem, sed totum peti quod datum est actione ex testamento. Falcidia autem detrahitur tantum ex commodo repræsentationis, ex interusurio, *l.5.§. si quis creditori, hoc tit.* Et pro modo quoque interusurij tantum fideicommisso legatarius onerari potest, *l.7.§. vlt. de leg.3. l.2. in fi. de dote præleg.*

Addit autem Pap. hoc loco, in hoc casu, cum in legato plus est tempore, quam in debito, totius pecuniæ legatum vtile esse, etiamsi viuo testatore dies pecuniæ, quæ legata est pure venerit, aut conditio extiterit, quod est, si debitum factum fuerit purum, non ideo minus legatum esse vtile, quia semel ab initio fuit vtile, nec fit irritum, quod semel constitit, vt Papinianus ait, cuius sententia ex hoc loco etiam relata est in Instit. *§. ex contrario, de legat.* Et hac in re Papinianus dissentit à Paulo omnino: nam Paul. in *d. l. debitor*, existimat irritum & inutile esse legatum, quod in eam causam recidit, à qua incipere nō poterat, vt incipere non poterat legatū debitæ pecuniæ, si pure relinqueretur pecunia, quæ pure debebatur: ergo & si quæ debebatur in diem vel sub conditione, legata sit pure, viuo postea testatore debito puro effecto, die veniente, aut conditione impleta, quia in eam causam recidit, à qua incipere non poterat; existimat Paulus, inutile esse legatum. Sed eius propositio est admodum infirma: nam nunquam constitit inter Iurisconsultos, an irrita fierent ea, aut non fierent, quæ ab initio vtilia fuerunt, si in eum casum recidant, à quo incipere & consistere initio non poterant, vt patet ex *l.2. §. ex iis, l. existimo. l. pen. inf. de verb. obligat.*

Dico autem, vtile esse legatum in casu proposito ex Papin. sententia, etiamsi post factum testamentum viuo testatore dies venerit, aut conditio fuerit impleta, vt sc. recte petatur actione ex testamento, non etiam vt Falcidiam admittat. Ne hoc dicamus, quia nullum ei iam inest commodum medij temporis, nullum emolumentum pecuniarium, *l. si creditori, in fine, de legat.1.* Et eadē ratione, nec vt fideicommitti legatarij possit, *l. 3. §. si rem, de leg.3.* Et ita recte Paulus Castrensis. Nouus quidam interpres huius tituli aliter, & pessime, quia inconsiderate scripsit, Falcidiam admitti & fideicommissum, quum viuo testatore dies venerit, aut conditio extiterit.

Ad l. 57. ad Senatusc. Treb.

Heredes mei quicquid ad eos ex hereditate bonisve meis peruenerit, id omne post mortem suam restituant patriæ meæ Coloniæ Beneuentanorum: nihil de fructibus pendente conditione perceptis petitum videri constitit.

IN lege 57. *ad Senatusconf. Trebel.* tria sunt responsa. In primo testator heredes rogauit, vt quidquid ad eos ex hereditate bonisue suis peruenisset, id omne post mortem eorum restituerent patriæ suæ. Coloniæ Beneuentaneorum, quam legimus in libro veteri de coloniis popul. Rom. deduxisse Claudium Neronem Cæsarem. Ita vero fideicommisso relicto, & per fideicommissum ciuitate substituta heredibus: Quæritur, an fructus medio tempore ab heredibus percepti fideicommisso contineantur, quod posset tentari, quia dixit generaliter, *quidquid ex hereditate bonisve meis, id omne:* Aliud tamen Papiniano videtur, & recte, vt in *l. quod his verbis, sup. de leg.3.* Quia non de fructibus restituendis sensit testator, quos heredes sibi habere voluit, sed de eo tantum quod hereditatis esset: fructus autem non hereditati, sed rebus ipsis accepto feruntur, *l. in fideicommissariam, sup. hoc tit.* verum quod non est omittendum fructus medio tempore percepti, id est, pendente conditione fideicommissi heredi imputantur in Falcidiam *d. l. in fideicommissariam, l. deducta § ante diem, D. h. t.* Et ideo hi fructus Falcidiam submouent, si tantum sit in eis, quos heres percepit pendente conditione fideicommissi, quantum in Falcidia, quia iure hereditario percepti sunt, *l. mulier §. si heres, h. t.* Et pertritum illud est, in Falcidiam imputari quæcunque iure hereditario capiuntur. Excipiuntur tantum ab hac definitione filij à patre rogati restituere hereditatem sub conditione aliqua, qui fructus medij temporis perceptos non imputant in Falcidiam, licet hoc pater iusserit, sed eos sibi retinent supra Falcidiam: Quod est beneficium Zenonis Imperatoris datum filiis in *l. iubemus, C. eod. tit.* & eo iure vtimur. Proponitur autem hoc loco fideicommissum relictum ciuitati Beneuentanorum, quia sic euenerat, verum nihil refert ciuitati, an priuato relictum sit. Et huic responso nihil obstat *l. Ballista, hoc tit.* Quæ, vt iam pridem docuit Obseruatio 4. non est de hereditate restituenda ex fideicommisso, sed ex cautione conuentionali, quam constat recidere incrementum fructuum ex mente contrahentium à die interpositæ cautionis, & ita vero in *l. pater §. pen. de leg. 3.* Si testator iubeat filios prædia conseruare successioni suæ, si & ea de re iubeat inuicem sibi cauere, non est fideicommissum, sed contractus, obligatio. Contractus recipit incrementum fructuum: fideicommissum non recipit incrementum fructuum perceptorum pendente conditione. Sequitur aliud responsum in *§. cum ita.*

Ad §. cum ita.

Cum ita fuerat scriptum: fidei filiorum meorum committo, vt si quis eorum sine liberis prior diem suum obierit, partem suam superstiti fratri restituat, quod si vterque sine liberis diem suum obierit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam peruenire volo: defuncto altero, superstite filio, nouissime autem sine liberis: neptis prima quidem facie propter conditionis verba non admitti videbatur: sed cum in fideicommissis voluntatem spectari conueniat, absurdum esse respondi, cessante prima substitutione, partis nepti petitionem denegari, quam totum habere voluit auus, si nouissimus frater quoque portionem suscepisset.

PAter duos filios, primum & secundum rogauit, vt si quis eorum sine liberis prior diem suum obiret, partem suam superstiti fratri restitueret, quod si vterque sine liberis diem suum obiret, vt partes suas siue hereditatem totam nepti restituerent. Primus diem suum obiit, vno filio superstite relicto, ac proinde in eius parte fideicommissi conditio defecit, vt sup. habuimus, in *l. pater. §.1. de condit. & demonstr.* Denique quasi defecta conditione cessat, vt ait, substitutio facta primo, id est, substitutio fideicommissaria, substitutio precaria, fideicom-

miſſum reſtituendæ partis, poſt ſecundus obiit ſine liberis, quæritur, an ſubſtitutio locum habeat, vt ex ea portio ſecundi pertineat ad neptem? Si verba ſubſtitutionis ſpectes, ſubſtitutio locum non habet, quia vterque filius non deceſſit ſine liberis, ſed nouiſſimus tantum, & neptis ita ſubſtituta eſt, *ſi vterque ſine liberis vita decederet.* At ſi voluntatem ſpectes, quæ etiam in fideicommiſſis potiſſimum intuenda eſt, *l. cum virum, C. de fideicom.* videtur teſtator ad neptem voluiſſe partem pertinere, cum & ad eam totam hereditatem pertinere voluerit: ſi in partem primi ſecundus ex fideicommiſſo ſuccederet, primo defuncto ſine liberis: quod cum non euenerit, ſed primo ſucceſſerit filius ſuus, deinde ſecundo moriente ſine liberis, æquum eſt, aut veriſimile eſt, voluiſſe teſtatorem hoc caſu eam venire in partem ſecundi, quam illo caſu volunt venire in totum. Concludit igitur Papinia. neptem in portionem ſecundi ſubſtitutionis iure admitti, & excludere filium fratris, qui iure legitimo contendebat ſe patrui heredem eſſe. Et hæc eſt ſpecies, & definitio huius §. ſane peritiſſima, & tamẽ vexatur miſum & miſerum in modum ab interpretibus propter *l. pen. C. de impub. & aliis ſubſtit.* Quæ videtur cum hoc reſponſo pugnare ex diametro: dum ſcilicet illi non poſſunt implere, quod profitentur in tradenda diffenretia, quæ eſt inter ſpeciem hoc loco propoſitam, & ſpeciem *d. l. pen.* neque enim vtroque loco eadem ſpecies, nec quæſtio vertitur eadem, vt non mirum ſi nec ſit vtriuſque definitio eadẽ, ſed aduerſa. In leg. pen. vt eam paucis enarrem, proponitur, patrem duobus filiis impuberib. heredib. inſtitutis, primo, & ſecundo ita ſubſtituiſſe verbis directis, *ſi vterque impubes deceſſerit, Luc. Titius heres eſto,* quæ dicitur ſubſtitutio pupillaris, & primo decedente intra pubertatem, ſuperſtite altero, in eius partem fratem ſuperſtitem iure legitimo ab inteſtato ſuccedere, non L. Titium iure ſubſtitutionis, quia nondum deceſſit vterque impubes, & qui ita ſubſtituit, *ſi vterque impubes deceſſerit,* ſane voluit inter fratres conſeruare ius legitimarum hereditatum, vt in *l. qui duos, de vulg. & pupil. ſubſtit.* quæ eſt ſententia leg. penult. In ea quidem l. fuit ſubſtitutio directa, in hoc §. precaria. Sed hæc differentia nihil pertinet ad rem: hæc iuris differentia, differentiam non facit vllam, nihil etiam pertinet ad rem, ſi dicas, vt Gloſſa, conditionem precariæ ſubſtitutionis in hoc §. extitiſſe in perſona fratris ſupremi morientis, quia deceſſit ſine liberis, in *l. pen.* in perſona ſupremi morientis defeciſſe ſubſtitutionem pupillarem, quia adoleuerat. Subſtitutio pupillaris finitur adoleſcentia ſiue pubertate, quod idem eſt, quia, inquit, adoleuerat, quod tametſi lex non dicat, facile concedo, quia nihil intereſt adoleuerit, an non adoleuerit: nam etſi non adoleuerit in partem fratris defuncti impuberis, frater etiã impubes ab inteſtato vocabitur excluſo ſubſtituto, quia pater, vt dixi, qui eis ita ſubſtituit, *ſi vterque impubes deceſſerit,* voluit inter fratres conſeruare ius legitimarum hereditatum. Vera & liquida ratio differentiæ in eo cõſiſtit, quod in ſpecie legis penult. ſubſtitutus venit contra verba, *ſi vterque,* & contra voluntatem etiam teſtatoris, *qui cogitauit,* vt ait lex, *primo decedente fratrem ſuum in eius portionem ſuccedere,* id eſt, qui inter fratres voluit conſeruare iura legitimarum hereditatum, & idcirco ſubſtitutus excluditur, cui neque ſcriptum, neque voluntas patrocinatur. In ſpecie autem huius §. ſubſtitutus venit quidem contra eadem verba, *ſi vterque,* ſed non venit etiam contra voluntatem teſtatoris, qui cum totam hereditatem adſcripſerit ſubſtituto vel nepti ſubſtitutæ, vtroque filio decedente ſine liberis, non videtur ei denegaſſe partem, nouiſſimo tantum decedente ſine liberis, & idcirco patrocinante voluntate ſubſtitutum admitti. Nihil eſt euidentius.

Ad §. vltimum

Peto à te vxor chariſſima, vti cum morieris hereditatem meam reſtituas filiis meis, vel vni eorum, vel nepotibus meis vel cui volueris, vel cognatis meis, ſi cui voles excepta cognatione mea. Inter filios reſpondi, ſubſtitutionem fideicommiſſi factam videri, circa nepotes autem (&) cæteros cognatos, facultatem eligendi datam, ex cæteris autem cognatis, ſi nepotes ſupereſſent, non recte mulierem acturam propter gradus fideicommiſſi præſcriptos: deficiente vero gradu nepotum, ex cognatis, quam velit perſonam eligi poſſe.

Reſponſum vltimum eſt ad aliquid ſimile ei, quod habuimus in *l. cum pater §. pen. de leg. 2.* Maritus vxorem heredem inſtitutam rogauit, vt cum moreretur, hereditatem reſtitueret filiis ſuis, vel vni eorum, vel nepotibus ſuis, id eſt, teſtatoris, vel cui vellet nepotum, vel cognatis ſuis, ſi cui vellet ex tota cognatione teſtatoris. Circa filios primum non videtur matri teſtator dediſſe electionem, quia non adiecit, cui vellet, ſimpliciter dixit, *vel vni eorum,* quomodo filios ad fideicõmiſſum vocaſſe videtur, vel vnum eorum qui ſupereſſent, vel qui ſupereſſet moriente matre, vt in *l. ſi fundum ſub conditione §. his verbis, de leg. 1.* Circa nepotes autem & cognatos teſtatoris manifeſtum eſt, mulieri electionem datam, vt cui vellet ex nepotibus, vel cui vellet ex cognatis reſtitueret hereditatem. Sed animaduertendum eſt ordinem ſcripturæ factum ſubſtitutioni precariæ, vt in *d. l. cum pater, §. pen.* nempe vt filiis deficientibus, moriente vxore hereditas reſtituatur nepotibus, quos elegerit, & deficientibus nepotibus, cognatis, quos elegerit, qui duo ſunt gradus ſubſtitutionis precariæ diligenter obſeruandi.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. IX. Reſponſorum Æmilij Papiniani. Annno 1579.

Ad l. 31. de minorib.

Si mulier poſteaquam heres extitit, propter ætatem abſtinendi cauſa in integrum reſtituta fuerit, ſeruos hereditarios ex fideicommiſſo ab ea recte manumiſſos, retinere libertatem reſpondi, nec erunt cogendi viginti aureos pro libertate retinenda dependere, quam iure optimo conſecuti videntur. Nam et ſi quidam ex creditoribus pecuniam ſuam ante reſtitutionem ab ea recuperaſſent, cæterorum querela contra eos qui acceperunt vt pecunia communicetur, non admittetur.


Exordium facio à *l. 31. de minor.* Totus hic liber eſt de fideicommiſſis. Et non de fideicommiſſis tantum rerum ſingularum, ſed etiam de fideicommiſſariis hereditatibus, & de fideicommiſſariis libertatibus. Hæc lex præcipue eſt de fideicommiſſ. libert. cuius hæc eſt ſpecies. Mulier minor 25. annis teſtamento heres inſtituta, in quo ab ea verbis fideicommiſſariis ſeruis hereditariis libertates relictæ erant, ex teſtamento hereditatem adiuit, & vt in eo præſcriptum erat ex cauſa fideicommiſſi ſeruis præſtitit libertatem, poſt beneficio ætatis à prætore in integrum reſtituta eſt, vt ſe abſtineret hereditate quam adiuerat

inconſulte, forte quod ab initio ei videbatur eſſe magna & luculenta hereditas, poſtea apparuit eſſe exigua, nec ſufficiens æri alieno. Quæritur, an ſerui ab ea ex fideicommiſſo recte manumiſſi, poſt eius abſtentionem retineat libertatem, vel an pro retinenda libertate pretium ſui, id eſt, ſinguli 20. aureos inferre debeant iis, quorum intereſt, puta iis ad quos bona redeunt, herede teſtamentario abſtinente ſe. Dubitationis cauſa hæc eſt, quia non debetur libertas ex teſtamento, ex quo nullus heres exſiſtit, *l.1.C. de fideicom. libert.* Et nullus videtur ex teſtamento heres extitiſſe, quandoquidem qui in eo ſcriptus eſt, ſe abſtinuit bonis, quia prætor pro herede non habet eum, qui ſe abſtinuit bonis, vel hereditate, *l.6.§.vlt. & l. pen.§.pen. de bon. libertor. l.2.§. ſi bonorum, inf. ad Senatuſconſ. Tertul.* Hæc eſt dubitationis cauſa. Verum, quia iure ciuili heres manet qui ſemel ex teſtamento adiit hereditatem, licet poſtea abſtinuerit ſe per reſtitutionem in integrum, heres, inquam, manet, ſine re tamen, heres nomine, non re, *l. cum quaſi §. ſed et ſi ſuus, D. de fideic. libert.* Et quia verum eſt, ex cauſa fideicommiſſi poſt aditam hereditatem, antequam heres abſtinendi cauſa reſtitutus eſſet in integrum, recte ab eo herede ſeruis præſtitas eſſe libertates, ideo & hi quoque liberi manent. vt ille heres manet, ita & ab illo manumiſſi ſerui liberi manent, imo nec pro retinenda libertate iis neceſſe eſt pretium ſui, id eſt, 20. aureos inferre bonis, vt hoc loco reſpondit Papinianus: quia, inquit, libertatem optimo iure conſecuti ſunt: optimum ſcil. fideicommiſſi ius eſt, ſicut Vlpianus *lib. ſing. regularum tit. de legat.* ſcribit, optimum eſſe ius legati per damnationem, cui etiam in omnibus fere iuris noſtri articulis ius fideicommiſſi adſimilatur. Optimum autem ius legati per damnationem Vlpianus dixit, quod ſumme notandum eſt, per comparationem, non ſimpliciter, quod quæ res per damnationem legari poſſunt, vt res alienæ, non poſſunt etiam legari alio genere legati, veluti per vindicationem aut præceptionem, aut ſinendi modum, aut ſimili modo. Qua ratione etiam ius fideicommiſſi optimum dici poteſt, quia vt Vlpianus ait *quæ per damnationem legari poſſunt, & per fideicommiſſum relinqui poſſunt.* Verum in hac lege Papinianus, ius fideicommiſſi non dixit eſſe ius optimum, per comparationem, ſed ſimpliciter: non quod non ſit etiam optimum ius cuiuſcunque legati, ſed quod ius fideicommiſſi æque ſit optimum ius, atque ius cuiuſcunque legati, quodque ius fideicommiſſariæ libertatis, de qua agit, idem omnino ſit, atque ius directæ. Directa autem libertas teſtamento relicta ſeruo competit ſtatim ab adita hereditate ſine facto vel opera heredis, & retinetur. porro etiam poſtea herede abſtinente ſe, nec pro abſtinente ſe eius ſeruo, vel heredi quidquam cuiquam dependere neceſſe eſt, *l. in integrum, ſup. h.t.* quam l. eſſe accipiendam de directa libertate, non, vt Gloſſa voluit, de fideicommiſſaria, illa verba demonſtrant: *Qui ad libertatem aditione heredis peruenerunt*, quia ad directam tantum ſerui perueniunt aditione hereditatis, ad fideicommiſſariam non aditione heredis ſtatim, ſed præſtatione demum, & manumiſſione ab herede facta. Verum fideicommiſſaria libertas quam heres ſeruo præſtitit, à ſeruo retinetur, etiam herede poſtea abſtinente ſe, nec neceſſe eſt eius retinendæ vel conſeruandæ cauſa ſeruo vel heredi quidquam dependere, vel refundere iis, ad quos ea res pertinet: optimum ius ſeipſo contentum eſt, nec quidquam quærit, aut deſiderat amplius quo melius fiat. Denique optimum ius dixit Vlpianus ſup. dicto loco comparatiue, hoc vero loco Papinian. ſimpliciter ſiue θετικῶς, vt & Imperator in *l.1.C. de vſur.* ex ſtipulatione vſuras optimo iure deberi, non quod magis ex ſtipulatione quam officio iudicis, vel ex nudo pacto ſuis caſibus optimo iure debeantur, ſed ſimpliciter, quod ex ſtipulatione optimo iure debeantur, atque ita æquitatem M. Tull. in *Partitionibus* modo ſpectari ſim-

A plicitur, modo ex comparatione, in quibus cauſis, quid ſit æquius, melius, æquiſſimumve quæri ſolet. Et ex iis, quidem planum fit huic loco omnino non conuenire, etiam *d.l.1.C. de vſuris.* diſtinctionem quam affinxit Accurſius inter ius bonum, melius, & optimũ; omne ius ſi ſimpliciter ſequamur, optimum ius eſt. Male etiam idem Accurſ. in ſpecie propoſita ſeruos ex cauſa fideicommiſſi manumiſſos ab herede poſt aditam, nec dum beneficio abſtentionis derelictam hereditatem, libertos non eſſe heredis qui manumiſit, ſed libertos eſſe orcinos ex *l. cum quaſi §. quærendum, ſup. de fideicomm. libert.* Quia is §. de eo ſeruo non loquitur, quem heres manumiſit, antequam ſe abſtineret hereditate, ſed de eo quem nunquam heres manumiſit, qui ex conſtitutionibus Principum, ſi
B ei fuerit relicta fideicommiſſaria libertas, ipſo iure poſt abſtentionem heredis ad libertatem perducitur, perinde atque ſi directo ex teſtamento libertatem conſequutus eſſet, & conſequenter libertus fit orcinus, non libertus manumiſſoris: quia nullius eſt libertus orcinus, nullius eſt libertus, vt eleganter ait *l.4. in p. inf. de bon. libert.* nimirum, quia quem ademit orcus, nullus eſt. At in ſpecie propoſita, ſerui certum manumiſſorem habent, nempe heredem ipſum, qui eos manumiſit poſt aditam hereditatem, antequam ſe abſtineret. Proinde certum & iuſtum patronum habent, qui vtique etiam poſt abſtentionem, vt heres iure ciuili manet, quemadmodum ante diximus, & patronus etiam manet, nec amittit libertum quem quæſiuit ſemel iuſta manumiſſione, quia nec
C eo videtur locupletior factus: locupletior enim non eſt factus, qui libertum adquiſiuit, *l. nemo prædo §.1. de regul. iur.* Sed de Accurſ. Gloſſis ſatis. Illud potius adnotemus, quod de pretio ſeruorum Papinianus ſcribit hoc loco, ſingulos ſeruos non eſſe cogendos pro libertate retinenda, quam optimo iure conſequuti ſunt, inferre viginti aureos: quoniam hoc erat legitimum & vulgare pretium cuiuſcunque ſerui, *l. cum ex falſis inf. de manum. teſtam. l. Papin. §. vlt. & l. ſeq. de inoffic. teſtam. l. ſi fundum §. ſi libertus, de leg. 1. l. 2. C. de fideicom. libert. l.4. C. de ſeru. fug.* Quamobrem vectigal viceſimæ quod pro ſeruo manumiſſo ex l. Manlia, ærario inferebatur, vt Liuius ſcribit 7. & Arrianus 2. in Epictetum, recte dixeris conſtitiſſe vno aureo tantum. Quod autem *l. vlt. C. de cond. ins. tit. & l. ſi quis argentum, C. de donat.* ſeruus æſtimatur quin-
D decim aureis tantũ, ea vero mediocris non iuſta æſtimatio eſt. mediocritas conficitur ex dodrante, & iuſtitia minor eſt quadrante tantum, quam rationem & in legatorum mediocritate, & conſtituendo modo, legem Falcidiam ſequi conſtat. Etiam illud notandum eſt, quod à ſimili reſponſum ſuũ hoc loco confirmat. Papin de cõſeruanda libertate recte & optimo iure manumiſſi. In ſpecie propoſita, Fac eundem heredem, priuſquam ſe abſtineret hereditate, quibuſdam creditoribus hereditariis pecunias debitas ex hereditate bona fide ſoluiſſe? Recte ſoluit: ergo etſi poſtea abſtinuerit ſe iis, quæ de libertatibus reſpondi ſupra, conſequens eſt, vt ſolutam pecuniam creditores ſibi habeant, & retineant in ſolidum, nec eam communicent cæteris creditoribus heredita-
E riis, qui ſibi non vigilarunt. Eleganter Scæuola in *l. pupillus, in fin. quæ in fraud. credit.* ius ciuile vigilantibus ſcriptum eſſe: Et additur in Baſil. ἀλλ' οὐχὶ τοῖς βαθέως κοιμουμένοις, χάλκεον ὕπνον κοιμουμένοις. Non iis qui altum dormiunt, quod confirmat *l. ſumma §.1. D. de pecul. & l. 2. C. de ann. except.* Præcepta viuendi ſapientes dant, quibus ciues vtantur, non quæ negligant. Et rurſus eleganter *l.6.§.1. inf. de reb. auct. iud. poſſid.* alterius creditoris negligentiam vel cupiditatem ei, qui diligens fuit, id eſt, qui ſibi vigilauit, qui ſuum exigere anteuertit, nocere non debere, & *l. vlt. C. depoſ.* induſtriam deſidiæ pœnas ſoluere non debere. Poſtremo quod erit breuiſſimum, excutiamus ea, quæ huic reſponſo obiici ſolent. Sunt autem duo potiſſimum, vnum eſt de legatis,

quæ

quæ heres poſt aditam hereditatem ex teſtamento ſoluit, quæ, ſi poſtea heres ſe bonis abſtineat, tentant quidam reuocari & eripi legatariis, ab iis ad quos bona pertinent, ex *l. 5. inf. de cond. indeb.* Perperam: eadem enim eſt ratio non reuocandarum libertatum, quas ſerui iure optimo conſecuti ſunt, & non reuocandorum legatorum, quæ iure optimo percepta ſunt. At *d. l. 5.* ſecundum anteriores ex quibus pendet, vt in ea recte ſupplent Accurſius, Baldus, & Albericus, de legatis indebitis, quæ per errorem heres ſoluit, accipienda eſt, non de iis, quæ optimo iure debebantur. Alterum autem eſt, quod obiiciunt de libertatibus præſtitis ex teſtamento, quod poſtea falſum, vel iniuſtum vel inofficioſum pronuntiatum eſt, quæ non reuocantur quidem, ſed vt eas manumiſſi retineant, coguntur inferre pretium ſui, id eſt, viginti aureos, *l. cum ex falſis, D. de man. teſt. l. Papin. §. vlt. de inoff. teſtam.* At hæc lex nihil vult inferri. Sed & id quoque ita procedit, quia pronuntiato teſtamento falſo vel iniuſto, vel etiam inofficioſo, quo genere damnatur teſtamentum, tanquam furioſi voluntas nulla eſt, *l. Titia, de inoff. teſtam. l. nec fidei commiſſa, de leg. 3.* & ex poſt facto apparuit, indebitas fuiſſe libertates, quas heres præſtitit, quaſi relictas in teſtamento furioſi, vel in teſtamento falſo aut iniuſto: In propoſita autem ſpecie verum fuit teſtamentum & iuſtum, & ſani hominis vltima voluntas, ex quo præſtitæ ſunt libertates debitę optimo iure poſt aditam hereditatem, quamobrem etiam retinentur, nulla re nullove pretio illato bonis, quæ herede abſtinente ſe ad fiſcum vel ad bonorũ poſſeſſorẽ ab inteſtato tranſeunt.

Ad l. 58. de cond. indeb.

Seruo manumiſſo fideicommiſſum ita reliquit, ſi ad libertatem ex teſtamento peruenerit, poſt acceptam ſine iudice pecuniam, ingenuus pronuntiatus eſt, indebiti fideicommiſſi repetitio erit.

HOc reſponſum eſt de fideicommiſſo pecuniario, cuius ſpecies eſt huiuſmodi. Teſtator ſeruo ſuo libertatem dedit verbis directis, verbis ciuilibus, eidemque fideicommiſſum pecuniarium reliquit ſub hac conditione, *ſi ad libertatem ex teſtamento ſuo peruenerit,* id eſt, ſi liber fieret, non alia ex cauſa quam ex cauſa teſtamenti. Ex teſtamento autem liber fieri dicitur ſemper in iure, vel teſtamento manumitti, non is, cui fideicommiſſaria libertas relinquitur, quoniam hic non manumittitur teſtamento, neque libertatem capit ex teſtamento, ſed is tantum, cui directa libertas datur, §. *pen. Inſtit. de ſing. reb. per fideicom.* directa, inquam, libertas dari videtur, non cum ab alio ſeruum manumitti rogat, ſed cum velut ex ſuo teſtamento libertatem ei competere vult. Is autem ſeruus quo de agitur qui liber ex teſtamento ab herede fideicommiſſum pecuniarium accepit vltro herede ſoluente fideicommiſſum ſine iudice, vel vt eſt *in Baſi.* ἔξωθεν δικαστηρίου, citra *iudiciũ*, citra ſententiam iudicis, citra condemnationem. Poſtea apparuit eum hominem non eſſe ex teſtamento liberum, quia alio agente aduerſus eum præiudiciali actione, & dicente ſe eius eſſe patronum, ipſe ingenuus pronuntiatus eſt: iure, an iniuria, nihil refert. Res iudicata ſemper pro veritate habetur, *l. ingenuum, ſup. de ſtat. hom.* qui ingenuus pronuntiatus eſt, pro ingenuo habetur omnino, id eſt, pro eo habetur, ac ſi reuera ingenuus natus eſſet. Ingenuus naſcitur: libertinus fit manumiſſione, *l. ingenui, C. de ingen. man,* deinde apparuit eum, de quo agitur à natalibus fuiſſe liberum, non ex manumiſſione teſtamentaria quum ingenuus pronuntiatus eſt, & conſequenter apparuit defeciſſe conditionem fideicommiſſi pecuniarij, quod ei teſtamento relictum eſt. Denique indebitam fuiſſe

A pecuniam ei per fideicommiſſum relictam ſub conditione, *ſi ad libertatem ex teſtamento perueniret,* & perperam ſoluiſſe heredem, qui eam pecuniam ſoluit. Qua de cauſa concludit in hac l. Papinianus, heredi competere condictionem indebiti, ſed hoc ita, ſi vltro heres ſine iudice fideicommiſſum ſoluit, nam ſi ex cauſa iudicati id ſoluit, ceſſat condictio indebiti, licet natura indebitum fuerit, *l. 1. C. eod. tit. l. 2. C. de comp. l. cum putarem, ſup. fam. erciſc. l. ſi fideiuſſor §. in omnibus, D. mand.* Quibus omnibus locis oſtenditur, ſolutum ex cauſa iudicati, etiamſi iure naturali indebitum ſit, condici non poſſe, propter auctoritatem rei iudicatæ, & quia res iudicata, etſi naturalem obligationem non pariat, ſicut nec

B naturalem obligationem extinguit vel expungit, *l. Iulianus, h. t. l. procurator §. 1. D. rem rat. hab.* tamen ciuilem obligationem parit, cum actionem & exceptionem pariat, & actionem, quæ nulla exceptione infringi poteſt. Accedit etiam alia ratio ex iure veteri. Prior ſcilicet & antiquior ratio, quia ſolutum ex ea cauſa, quæ per infitiationem creſcit in lite, condici non poteſt *l. 4. C. eod. tit.* Et cauſa iudicati olim infitiatione creſcebat in duplum auctore Paulo. 1. *Senten. tit. quemad. act. per inf. dup. Quædam,* inquit, *actiones ſi à reo inficientur, duplantur, veluti iudicati.* Et addit deinde alias, *vt legis Aquiliæ actionem, & actionem legati per damnationem, & actionem ex empto, actionem, de falſo modo agri, quem venditor dixit; & actionem etiam depoſiti,* quoniam illo loco pro *depenſi,* quod nihil

C eſt, legendum *depoſiti.* Nam alio loco idem Paulus auctor eſt ex cauſa depoſiti *l. XII. Tab.* in infitiatorem eſſe dupli actionem, ex edicto prætoris ſimpli duntaxat: ergo inter eas actiones, quæ infitiatione creſcunt in duplum, numeratur actio iudicati, quod & M. Tullius confirmat in oratione pro Flacco: *Frater meus,* inquit, *pro ſua prudentia decreuit, vt ſi iudicatum negaret, in duplum iret.* Atque ideo ſecundum ſuperiorem regulam merito dicimus: ſolutum ex cauſa iudicati iure condictionis repeti non poſſe, tametſi natura indebitum ſit. Qua de cauſa, hoc loco, & in *d. procurator §. 1. rem. rat. hab.* proponitur ſolutio facta ſine iudice, & ideo heredi competit ſoluti fideicommiſſi, cuius conditio defecerat, repetitio iure condictionis.

D Deficit autem conditio in hac ſpecie, quia ei vt liberto ſcilicet orcino, vt directo manumiſſo ex ipſo teſtamento fideicommiſſum relictum eſt, & poſtea apparuit reddito præiudicio non libertinum eum, ſed ingenuum fuiſſe, quo caſu conſtat ex Senatuſconſulto vel Senatuſconſulti iuſta interpretatione, legata ei vt liberto relicta heredi eſſe reſtituenda, *l. 1. C. de ingen. manum.* & hæc eſt ſincera huius reſponſi interpretatio. Male Accurſius ponit ſeruum non eodem teſtamento, quo fideicommiſſum accepit pecuniarium, fuiſſe manumiſſum, non ab eodem teſtatore, ſed ab alio. Quod ſi ita res ſe haberet, Papinianus non omiſiſſet, & cum omiſerit, nihil vaticinemur, nihil fingamus, ſed

E ſimpliciter ponamus eodem teſtamento, vt Papinianus ponit, ſeruum directo manumiſſum, fideicommiſſumque ei relictum ſub conditione, *ſi eo teſtamento ad libertatem perueniret*: denique eodem teſtamento ab eodem, ſeruo proprio & libertatem datam & relictum fideicommiſſum conditionale. Abſurdius eſt quod idem Accurſius cum Papin. ait, illum fuiſſe ingenuum pronuntiatum, id ſic accipit, quaſi iudex pronuntiauerit, eum fuiſſe manumiſſum alio teſtamento, non eodem quo fideicommiſſum accepit: manumiſſio libertinum facit, non ingenuum facit tantum origo, ſi quis naſcatur ex matre ingenua, vel libertina, connubio non interueniente, aut ex patre ingenuo vel libertino, connubio interueniente, *l. ingenuam. C. de ingen. manumiſſ. l. quod ex liberta, C. de oper. libert.* vel etiam inge-

nuum facit sententia iudicis, vt ante diximus, vel beneficium Principis, puta, restitutio natalium, non in quibus quis natus est, sed in quibus omnes homines fuerunt nondum naturali, neque ciuili, iure descripto, nondum discreta libertate à seruitute, quum eadem erat conditio omnium hominum idemque ius, *l. Imperialis, C. de nupt.* Manumissio autem ante Iustinianum, nunquam quemquam ingenuum fecit, ergo inepte ingenuum pro manumisso accipit in alio testamento, scilicet, quam quo relictum est fideicommissum, Postremo quod idem Accurs. Papinian. obiicit, hanc conditionem impositam ingenuo homini, id est, qui postea ingenuus pronuntiatus est, videlicet fideicommisso pecuniario relicto sub conditione, *si ex eo testamento, in quo etiam liber esse iussus est, ad libertatem peruenerit.* hanc, inquam, conditionem esse impossibilem, quia liber & ingenuus amplius liber fieri non potest. Conditionem autem impossibilem in legatis & fideicommissis, quod est notissimum, pro non scripta haberi: & fideicommissum igitur in hac specie deberi quasi purum, ac proinde solutum, postea repeti non posse. Conditionem impossibilem ipso iure impletam videri, *l. 4. §. vlt. inf. de condit. inst.* coniuncta *l. Mutiana §. vlt. inf. de cond. & demonstr.* Ea, inquam obiectio Accursij huic loco accommodari nullo modo potest, quia nullam speciem aut figuram impossibilis conditionis habet hæc conditio, quæ seruo testamento manumisso adscribitur, *si libertatem in testamento obtinuerit*, impossibilis conditio est, quam statim ex ipsa figura verborum & specie prima sentimus, intelligimus, per rerum naturam existere non posse, veluti, *si cœlum digito tetigeris: si plantis summa sydera contigeris*, apud Propertium: *si mare ebiberis, §. si impossibilis, de inut. stipul.* Cuiusmodi non est hæc conditio, *si ad libertatem ex testamento peruenerit*, qui scilicet testamento manumissus erat, licet postea per errorem aut sordes iudicis ingenuus pronuntiatus sit: ergo impossibilis hæc constitutio non est: nec amplius est insistendum in ea obiectione Accursij, à qua tamen is se expedire non potest.

Ad l. 3. de probat.

Cum tacitum fideicommissum ab eo datur qui tam in primo quam in secundo testamento pro eadem parte vel postea pro maiore heres scribitur, probatio mutatæ voluntatis ei debet incumbere qui conuenitur, cum secreti suscepti ratio plerumque dominis rerum persuadeat, eos ita heredes scribere, quorum fidem elegerunt.

Lex est de tacito fideicommisso, quo verbo significatur fraus, vt nomine tacite pecuniæ creditæ, quæ ideo creditur tacite, quod non possit iure palam credi, puta ei cui adnumeratur, est, quod in fraudē legum ei, qui capere non potest, ei qui testamenti factionem non habet, qui intestabilis est, tacite testator reliquit, secreto ad se vocato herede & rogato incapaci fideicommissum restituere, heredeque dante fidem, tam testatori, quam fideicommissario, plerumque cautione interposita, se ita facturum contra leges vt testator iussit. Id verò tacitum fideicommissum constat redigi in fiscum ex Senatusconsulto Plautiano, nec apud heredem remanere, qui fraudis particeps est, deberi ei cui relictum est, quem leges incapacem fecerunt. Hoc cognito: finge: Testator primo testamento duos heredes scripsit ex æquis partibus, Caium & Titium, & à Titio tacitum fideicommissum reliquit incapaci, electa fide eius heredis, eoque herede fidem accommodante. Deinde idem testator mutato testamento primo, secundum fecit, quo primum rumpitur, vt constat: & in secundo eundem Titium, à quo primo tacitum fideicommissum reliquerat, heredem scripsit ex eadem parte, veluti ex

A semisse, vel ex maiori parte, veluti ex besse, aut etiam ex asse, neque in secundo testamento eum tacite quidquam rogauit, neque in eo repetiit tacitum fideicommissum, quod reliquerat primo iam rupto per secundum. Hinc quæritur, an fideicommissum quod proponitur relictum primo testamento incapaci in fraudem legum, pertineat ad fiscum? Videtur non pertinere, quia primum testamentum, in quo relictum est fideicommissum, in irritum recidit: ergo & tacitum fideicommissum non est repetitum in secundo testamento. Denique non intelligitur esse relictum, & tamen Papinianus respondet, fideicommissum pertinere ad fiscum, hac ratione elegantissima, quia præsumitur testator, qui mutauit testamentum, nec mutauit tamen heredem, *secreti ab eo suscepti*, vt ait, id est, tacitæ fidei
B interpositæ causa, vt fraudi suæ maiorem nubem obiiceret mutasse testamentum, & vt fideicommissum mutatum esse intelligeretur, quod tamen omnino præstari volebat, seque heres cauerat omnino præstiturum. Denique quum mutatur testamentum nec heres mutatur, erat in eo fraus magna quædam. Et hoc est quod ait, *cum secreti suscepti ratio*, id est, tacita fides, *plerumque dominus rerum*, id est, testatoribus, *persuadeat eos ita heredes*, quorum fidem scilicet tacitam elegerunt, vt Greci interpretantur eleganter, οἷς ἅπαξ τὰς ἀπορρήτους ἡμῶν ἐδιερρήσαμεν γνώμας, *quibus semel secretam voluntatem nostram commisimus*. Et ait, plerunque hoc facere testatores: ex eo quod plerunque fit, ducuntur præsumptiones vt in *l. 9. h. t.* Ait similiter, quia plerunque
C tam heredibus nostris quam nobismetipsis cauemus, ergo præsumimur semper cauisse etiam heredibus nostris quia igitur præsumptio à fisco facit, recte ait, eo nomine à fisco heredem conueniri posse & cōdemnari, vt fideicommissum restituat, nisi scilicet heres probet testatorem mutata voluntate, nec fideicommissum incapaci illud præstari voluisse, præsumptio quæ facit à fisco, transfert onus probandi in heredem, vt in *l. generaliter, §. si petitum, in fine D. de fideicom. libert.* heredis est probare mutatam esse voluntatem testatoris in fideicommisso, quam mutatam dicit, vt in *l. 22. h. t. l. fideicommissa, §. si rem, de leg. 3.* Et congruit omnino cum hoc responso *l. Statius, D. de iure fisci.* quam tamen Accursius hoc loco huic responso aduersam facit,
D quod dicat in fine, ex cautione præstita incapaci, ab herede qui tacitā fidem accommodauit fideicommissum præstari debere. Sed nihil est quod tam facile expediri possit: non enim vult fideicommissum præstari incapaci ex cautione siue stipulatione, sed fisco: quia fiscus succedit in locum incapacis, & quod non potest incapax capere, capit ipse fiscus iure suo & occupat, ne cedat lucro heredis, qui fraudi participauit, & hæc est sententia huius responsi.

Ad l. 51. 63. de leg. 1.

Domus hereditarias exustas, & heredis nummis ex-
E *tructas, ex causa fideicommissi post mortem heredis restituendas, viri boni arbitratu sumptuum rationibus deductis & ædificiorum ætatibus examinatis, respondi.*

Hodie explicabimus *l. 58. & 61. de leg. 1.* quia inuicem nexæ & colligatæ sunt, & pertinent proprie ad fideicommissa rerum singularum. Sunt enim ambæ de ædibus hereditariis per fideicommissum relictis, herede rogato eas restituere post mortem suam, quod fideicommissum constat esse conditionale, *leg. 61. infr. de leg. 1. leg. 4. inf. quando dies leg. ced.* Et si forte eas ædes post mortem testatoris sine culpa heredis incendium consumpserit, & heres suis sumptibus eas restituerit, constat ædes post mortem heredis fideicommissario, si heredi superuixit

esse præstandas, quia restauratæ ædes, eædem ædes esse intelliguntur, *l. seruitutes* §. *si sublatum, sup. de seruit. vrb. præd. l. Paulus* § *domus*, *& l. vlt. sup. de pignor.* Eædem, inquam, esse intelliguntur, vel ratione soli, quod idem semper mansit, nec absumptum est, quia solum maxima est pars ædium, *l. qui res* §. *vlt. inf. de solut.* verum post mortem heredis ædes petenti fideicommissario, ab herede heredis scilicet, obstabit exceptio doli mali, nisi refundat sumptus, quos heres fecit in restaurationem ædium igne consumptarum, quos quidem sumptus, eleganter Papinia. ait hoc loco æstimari boni viri arbitratu ex bono & æquo, & examinatis, inquit, *ætatibus ædificiorum*, id est, *quantitatibus siue modulis* pro *ætatibus*, quod est rectissimum. habent, *quantitatibus* codices quidam, in quibus scil. Glossa subiicit locum vocabuli huic rei proprie accommodati, quo vsus est Papinian. Nam vt Græci ἡλικίαν sumunt non tantum ἀπὸ τοῦ χρόνου, sed etiam ἀπὸ τοῦ μεγέθους καὶ μήκους, vt Grammatici docent: Ita proculdubio Latini *ætatem* accipiunt etiam pro quantitate, mensura, magnitudine corporis cuiusque. Hoc ergo vult Papinia. sumptuum factorum in restituendis ædibus rationem haberi pro modo, siue mensura ædificiorum, quæ restaurata sunt, qualiter scil. se ædificia habent, qualive materia constructa sint: nec enim vnquam quantitas sola spectatur sine qualitate, *&* iis sumptibus ab herede retentis siue deductis, noua ædificia fideicommissario præstari debent. Denique hoc loco, ætatem ædificiorum accipio pro ætate statuque præsenti, non pro ea ætate, eove statu, quo in futurum hæc ædificia duratura sunt, Nam in iure, præsentia rerum pretia spectamus, non quæ fuerunt olim, vt *l. 3. §. Diui, de iure fisci, l. 2. C. de pat. qui fil. distrax.* Et multo minus ea pretia, quæ futura sunt spectamus; si non spectamus præterita: præterita enim sunt certa, futura incerta, & vt nos ipsi censemur ex ætate præsenti non futura, *l. 3. inf. de censib.* Ita & domicilia nostra, resve nostræ omnes. Merito igitur ætatem ædificiorum accipio, non pro perpetuitate, sed pro quantitate, & quod Vitruuius ait, lib. 2. cap. 8. cuius scriptura satis est explicatu difficilis, Cum parietum communium, qui facti sunt ex molli cemento, arbitri sumuntur, vt scilicet qui eos fecit à vicino impensas communi diuidundo iudicio, pro parte consequatur, in *l. si ædibus, inf. de dam. inf.* arbitros non æstimare eos parietes quanti facti sunt, sed ex pretio locationis singulorum præteritorum annorum deducere octogesimas, & ita ex reliqua summa partem reddi iubere pro iis parietibus, sententiamque pronuntiare, eos parietes non posse plusquam 80. annos durare: parietes, inquam, cæmentitios: lateritios enim parietes tanti semper æstimari, quanti facti sunt olim nulla facta deductione. Quod, inquam, Vitruuius ita scribit, huic legi & interpretationi nostræ nullo modo aduersatur: nec enim lex nostra dicit, duntaxat sumptuũ rationem haberi ad amussim æstimatis quantitatibus ædificiorum, sed etiam boni viri arbitratu, *viri*, inquit, *boni arbitratu, sumptum rationibus deductis.* quæ verba *boni viri arbitratu*, sane multa comprehendunt multaque requirunt, puta, vt deducto veterum ædificiorum pretio, deducto ruderum pretio, id tantum quo amplius restitutio ædificiorum constat, æstimetur. Et vt etiam in æstimatione ineunda, deducatur rudus rediuiuum, quod ex veteribus ædificiis in noua coniectum est, vt in *l. emptor* §. *vlt. sup. de dam. infect.* Item quod Vitruuius ait, vt pro qualitate structuræ sumptus vel pluris, vel minoris æstimentur, & lateritia quidem structura, quæ modo stat ad perpendiculum, nec excurrit extra coria. (corium in structuris est λίθων συνεχὴς ἐπιβολή, Vitruuio.) Cubilia, coagmenta sua, tanti semper æstimetur, quanti olim facta est nullo deducto, sin autem cæmentitia sit structura, in æstimatione facienda sumptuum, non quanti opus faciendum loca-

A tum est, æstimetur. Hic est Vitruuij sensus. Sed si anno primo, quo sumpti sunt arbitri communi diuidundo, ineatur sumptus æstimatio, deducatur sumptus pars octogesima: si anno secundo, duæ octogesimæ: si anno tertio, tres: si quarto, quatuor: & sic deinceps, quoad peruentum sit ad annum octuagesimum, quo structura cæmentitia nullo est in pretio. Et hæc etiam quæ ille auctor prodidit in specie proposita, esse spectanda non nego, quis enim sanus & siccus id negaret, etiam qualitatem ædificiorum spectandam esse, sed id dico significare Papinianum his verbis, *boni viri arbitratu*: quæ latissime manant, non illis, *& ædificiorum ætatibus examinatis*, quæ verba non respiciunt ad genus structuræ, non ad perpetuitatem aut vetustatem ædificiorum, sed ad quantitatem siue mensuram, quam & Græci & Latini ætatem vocant, vel Hesychio teste, qui ἡλικίαν, interpretatur μέγεθος τοῦ σώματος καὶ μέτρον τὸ τί. res est perspicua admodum.

B

Nunc illud maxime obseruandum est, quod initio posui, sine culpa heredis incendium contigisse: nam si culpa heredis interuenerit, proculdubio non potest reputare fideicommissario sumptus erogatos in restitutionem ædificiorum, vt ostenditur in *l. seq.* Nam quod sua culpa contigit, æquum est, vt heres restituat de suo, nec id reputet fideicommissario. Obseruandum etiam illud est, quod initio posui, heredem restituisse ædes exustas post mortem testatoris. Nam si viuo testatore ædes, quas reliquit per fideicommissum, exustæ sint, & viuus testator eas restituerit & instaurauerit, sane C nulli sumptus fideicommissario reputari possunt, & integrum fideicommissum debetur, quia non ipse testator eas ædes destruxit, alioquin videretur mutasse voluntatem, & ademisse fideicommissum, vt in *l. 65. §. vlt. inf.* sed eas destruxit casus fortuiti incendii inuito testatore, ergo integrum ius fideicommissi permanet. Preterea illud etiam notandum est, heredem, aut heredem heredis, qui per errorem fideicommissario tradidit ædificia, nulla facta retentione sumptuum, quos fecit in restitutionem ædificiorum, quæ ignis absumpserat, eum, inquam, heredem posse vti aduersus fideicommissarium condictione incerti, de indebito soluto, aut D plus debito soluto, condictione incerti, id est, condictione possessionis, quam retinere potuit sumptuum ratione, vt in *l. qui except.* §. *si pars, de cond. indeb. l. heres* §. *inf. ad Senatusc. Trebel. l. 2. de condict. tritic.* Condictione, inquam, incerti, vt ait l. 60. non etiam condictione certi, puta, condictione pecuniæ, quam impendit in extructionem ædificiorum, de qua condictione certi est accipienda lex *si in arca, de cond. indeb.* quam huic l. 60. tamen Accurs. opponit non animaduertens l. 60. esse de condictione incerti: illam de condictione certi, & hanc non competere, illam competere heredi, qui per imprudentiam nulla facta retentione sumptuum, noua ædificia fideicommissario tradidit: & ita eas duas leges nihil inter se pugnare, nec vero posse pugnare, cum & ambæ sumptæ sunt ex eodem Iuliani libro 39. DD. E atque ita sunt coniungendæ.

Postremo illud etiam summe notandum est, quod addit Papinianus in *l. 61.* in qua separat sumptus, quos pendente conditione fideicommissi heres necessario fecit in reficiendis, non dico in restituendis, sed in reficiendis vel fulciendis ædificiis, à sumptibus quos fecit in restaurandis consumptis ædificiis. Denique in *l. 61.* separat sumptus, quos heres fecit in reficiendis stantibus ædificiis, à sumptibus, quos fecit in instaurandis consumptis ædificiis. Nam hos simul reputat fideicommissario arbitratu boni viri, quia necesse non habuit heres restaurare ædificia. Illos autem sumptus non reputat fideicommissario, quia necesse ei fuit sarta tecta ædificia fideicommissario seruare. Verum in *d. l. 61.* vulgo perperam legitur hoc modo,

sumptus autem in reficienda domo necessarios à legatario factos, perperam, inquam, legitur, sumptus necessarios à legatario factos in reficienda domo. Nam si in reficienda domo legata, sumptus fecit ipse legatarius, quam ineptum & inconcinnum aut dissentaneum est subiicere, ei legatario petenti legatum, eos sumptus non reputari, quos ipse fecit. Sane enim non reputantur mihi sumptus, si quando reputantur, quos ego feci, sed quos fecit alius: reputatio fit à reo actori, non ab eodem actore actori. Ergo perspicuum est, & necessario consequens ex *l.58.* ex qua dependet lex 61. ita esse legendum in *l. 61. sumptus autem in reficienda domo legata necessario factos, ab eodem herede* scilicet, non in restauranda, sed in reficienda petenti legatum, cuius postea conditio extitit, non esse reputandos.

B

Ad leg. 78. de leg. 2.

Qui solidum fideicommissum frustra petebat, herede Falcidiam obiiciente, si partem interim solui sibi desiderauerit, neque acceperit, in eam moram passus intelligitur.

SEquitur vt exponamus *l.78. lib.2. de leg.* quæ quidem tota pertinet ad fideicommissa rerum singularum, quæ continet quinque responsa admodum breuia, quæ hac hora profligabuntur. Primum responsum est de fideicommissario, qui solidum fideicommissum sibi restitui petit sine deminutione, & cui heres ratione Falcidiæ subnixus opposita exceptione doli mali contradicit, se non debere solidum restituere, sed dodrantem tantum, vt ipse quadrantem habeat saluum & incolumem, quem iure Falcidiæ retinere desiderat. Is sane fideicommissarius lege Falcidia interueniente, qui solidum fideicommissum petit, plus non petit, alioquin iure isto causa caderet; plus, inquam, non petit, quia ipso iure solidum ei debetur, sed vt eleganter Papinianus ait, frustra petit. denique non plus petit, sed frustra, quia petitionem solidi elidit exceptio doli mali, per quam Falcidia inducitur, *l. heres, inf. ad SC. Treb. l. 15. in pr. & l. 16. & l. 80. in fi. inf. ad l. Falcid.* Verum videamus an fideicommissario, qui solidum fideicommissum petit, non habita ratione legis Falcidiæ, saltem mora fieri videatur in dodrante restituendo, & hoc responsum argumentum præbet nec moram ei fieri in dodrante restituendo, quia non dodrantem, sed solidum petit, quod interueniente Falcidia heres iuste recusat. Moram non facit, qui iuste recusat, aut refugit aliquid, qui iuste litigat, *l. si quis solutioni, de vsur. l. qui sine dolo, de reg. iur.* sed si fideicommissarius interim, dum excutitur ratio legis Falcidiæ, desideret dodrantem sibi restitui, qui non potest non deberi, nec restituatur ei dodrans: ex eo tempore quo heres postulanti fideicommissario dodrantem restituere detrectauerit, non etiam ab initio litis, heres moram fecisse fideicommissario intelligitur. Multum interest scire, à quo tempore heres moram fideicommissario facere incipiat: nam ex tempore moræ fideicommissariis debentur vsuræ fideicommissorum & fructus, §. *etiam inf. in hac l. 2. C. de vsur. & fruc. leg. l. 3. C. in quib. causis in integ. rest. non est necess.* Debentur commoda omnia, *l. 39. §. fructus, l. quæsitum §. vlt. sup. tit. prox. l. 84. inf. h. t.* Ac præterea ex tempore moræ periculum rerum per fideicommissum relictarum pertinet ad heredem frustratorem, qui scilicet moram fecit, *d. l. 39. §. fructus, & l. 3. C. de vsur. & fruct. leg.* Et hæc quidem de primo responso sufficiant. sequitur alterum quod est in §. 1.

Ad §. cum post mortem.

Cum post mortem emptoris venditionem Reipublicæ prædiorum optimus maximusque Princeps noster Seuerus Augustus rescindi, heredibus pretio restituto iussisset, de pecunia legatario, cui prædium emptor ex ea possessione legauerat, coniectura voluntatis pro modo æstimationis, partem soluendam esse respondi.

LVcius Titius prædia quædam Reip. siue ciuitatis cuiusdam bona fide emit à curatore Reip. & moriens ex eis prædiis, quæ emit, id est, ex vniuersa illa possessione plurium prædiorum Reip. quam vocant, σύγκτησιν & μετοχὴν, & compossessionem, Caio Seio vnum prædium legauit per fideicommissum. Post mortem L. Titij Imperator Seuerus ex causa in integrum restituit Remp. aduersus venditionem. Respublica minorum iure vti solet, vt minores, ita Resp. aduersus ea, quæ administratores gesserunt male, in integrum restitui possunt, *l. pen. C. quib. ex caus. mai. in integr. rest. l. pen. C. de iure Reip. l. 1. C. de off. eius qui vic. alt. iud. obt.* Atque ita Imperator Seuerus venditionem eorum prædiorum rescindi iussit, atque decreuit, restituto pretio heredibus L. Titij. Omnis restitutio in integrũ est reciproca, iussit Remp. prædia recipere, ac simul pretia restituere heredibus emptoris, qui prædiorum pretia acceperunt, pro rata prædij legati. Quæritur, an fideicommissarius partem æstimationis petere possit, partem pretij, quanti est prædium legatum? Et respondet Papin. posse, sumpta coniectura ex voluntate testatoris, qui vtique fideicommissario vel prædium, vel æstimationem eius præstari voluit: non tenentur quidem heredes fideicommissario de euictione, *l. prox. §. euictis, sup.* nec teneri etiam eos, de euictione Papin. ait, sed ex causa fideicommissi iudicio que defuncti, cum prædij legati pretium receperint, vt id fideicommissario restituant, cæterorum prædiorum pretia sibi retineant, quæ redhibuerunt Reip. Et hæc est sententia secundi responsi.

C

Ad §. etiam resp.

Etiam Respublica fideicommissi post moram vsuras præstare cogitur, sed damnum si quod ex ea re fuerit secutum, ab his sarciendum erit, qui post dictam sententiam, indicatum soluere supersederunt. Nec aliud seruabitur in litis sumptibus, si ratio litigandi non fuit: ignauiam etenim prætendentes audiri non oportere. Quod in tutoribus quoque probatur.

D

IN tertio responso ostenditur, ex mora præstandorum fideicommissorum vsuras debere non tantum priuatum, qui heres institutus est, & oneratus fideicommissis, sed etiam Remp. si heres instituta sit, & ab ea sint fideicommissa relicta: nam hodie receptum est, quamlibet Remp. heredem institui posse, quod tamen olim non obtinuit, vt patet ex Plinij Epistolis & lib. reg. Vlp. quia Respublica est incertum corpus, vt nec vniuersi ciues cernere hereditatem, nec pro herede gerere possint, vt heredes fiant. verum alio iure vtimur. ergo vt hoc loco proponitur, si Resp. sit heres instituta, & ab ea sint fideicommissa relicta, & mora fiat in eis præstandis, etiam Resp. fideicommissariis debet vsuras, & fructus, & commoda omnia ex tẽpore moræ, sed damnum quod ob eã rẽ Respublica, patitur, id omne Reip. prestabunt actores

E

Reip. vel administratores, vel magistratus *qui post sententiam dictam*, vt ait, *de restituendo fideicommisso, iudicatum soluere supersederunt.* iudicatum facere supersederunt, id est, qui post condemnationem & tempora iudicati in soluendo moram fecerunt. Quo casu & vsuræ & fructus & commoda omnia fideicommissario debentur à tempore litis contestatæ vsque ad sententiam: quum Resp. moram fecit post sententiam & tempora iudicati soluendi, *l. 3. sup. de vsur.* Dico non tantum post sententiam, sed & post tempora iudicati, quia post sententiam tempus iudicati faciendi est immune à dependendis

vſuris:iuſti dies, qui dantur iudicato faciendo ſunt immunes à dependendis vſuris, *d.l.3.l.in bonæ fidei, C.eod.t. l.vlt.§.pen.C.de vſur.rei iud.* quia cum iuſti illi dies dentur humanitatis gratia, vt eleganter ait *l.ſi cum militi §. vlt.ſup.de compenſ.* cum, inquam, iuſti dies dentur, vt in *Baſil.* περὶ φιλανθρωπίας. expertes igitur debent eſſe omnis inhumanitatis, ac proinde immunes à dependendis vſuris. Et hæc quidem ita ſe habent omnia, quæ ante diximus ad hoc reſponſum, ſi actores Reip. habuerint iuſtam cauſam litigandi aduerſus fideicommiſſarium, ſi ante condemnationem in mora non fuerint, vt ſc. poſt condemnationem demum mora facta, & poſt tempora iudicati vſuræ & fructus fideicommiſſario debeantur à die litis conteſtatæ in diem ſententiæ latæ. Nam ſi actores Reip. temere iudicium acceperunt, ſi vitio litigauerunt, ex tempore moræ ſiue litis conteſtatæ, fideicommiſſario debent, aut debet Reſp. vſuras & commoda omnia in diem ſolutionis nullo iuſtitio intermiſſo, id eſt, nullis iuſtis diebus intermiſſis, *d.l.3.* Debentur etiam fideicommiſſario ſumptus litis, in quos damnari more iudiciorum ſolet is, qui temere litigauit & ſuccubuit, *l. cum qui temere, ſup. de iud.l.1.§.1.D.de vac. mun. l.3.C. qui accuſ.non poſſ.* Sed hæc omnia detrimenta, vel vſurarum, vel fructuum, vel aliorum commodorum, quæ ob moram fideicommiſſario præſtantur, vel ſumptuum litis, hæc damna omnia reſpublica imputat actoribus vel adminiſtratoribus & magiſtratibus Reip. qui rem ſummam, rem communem male geſſerunt, quoniam non tantum doli, ſed etiam ignauiæ, id eſt, culpæ etiam leuis nomine Reip. tenentur. Quod verbum *ignauiæ*, Gloſſa non intelligit, id eſt, culpam leuem, cui aduerſa eſt diligentia. denique adminiſtratores Reip. non tantum doli, ſed etiam culpæ nomine tenentur, & ignauiam ſuam prætendentes non ſunt audiendi vt eo minus Reip. teneantur: nam & ignauiæ pœnam luunt, *l.magiſtratus, D.de admi.rer.ad ciuit.pert.* Quod hoc loco Papin. confirmat à ſimili, ſi tutor culpam præſtat pupillo, ſane etiã leuem, *l.quidquid, C.arb.tut.* & actor reip. igitur, quoniam ſimilis & pene eadem eſt cauſa conditioque pupilli & Reip. *l.9.de appel.l. 6.inf.ne de ſtatu def.* Et nihil eſt præterea in hoc reſponſo.

Ad §. prædium.

Prædium pater de familia liberorum alienari verbis fideicommiſſi prohibuit. Supremus ex liberis qui fideicommiſſum petere potuit, non idcirco minus actionem in bonis ſuis reliquiſſe viſus eſt, quod heredem extrarium ſine liberis decedens habuit.

PEnultimi reſponſi ſpecies hæc eſt: qui habebat quatuor liberos, primum, ſecundum, tertium, quartum, prædium eis legauit, idque verbis fideicommiſſi, non nudo præcepto vetuit alienari extra familiam liberorum. Nudum præceptum, ne alienetur prædium extra familiam liberorum, nullius momenti eſt, ſed id tantum præceptum quod fit adhibitis verbis fideicommiſſi. quum dicit *verbis fideicommiſſi* excludit nudum præceptum. Denique hoc addit, *verbis fideicommiſſi* non nudo præcepto prohibuiſſe patrem, ne prædium illud alienaretur extra familiam, non quidem ſuam omnem, ſed extra familiam liberorum. Ita vt ſi quis eorum liberorum partem ſuam alienaret extero, cæteri fratres eam partem ſibi vindicarent iure fideicommiſſi: donec ad eum qui nouiſſimus ſupereſſet, & cæteros viuendo viciſſet, totius prædij proprietas veniret. Nunc facito, ad nouiſſimum ex liberis morte cæterorum totum prædiũ rediiſſe, aut actionem eum adquiſiiſſe vindicandarum partium, quas fratres habuerunt in eo prædio, qui relictis extraneis heredibus ſine liberis vita functi ſunt, vel qui viui partes ſuas extero alienarunt.

Reſponſ.Papin.

A Rurſus facito, poſtea etiam nouiſſimum ex liberis vita deceſſiſſe ſine liberis extraneo herede relicto: Quæritur, an is ad heredem extraneum quem reliquit, tranſmiſerit dominium prædij vel actionem fideicommiſſi pro partibus fratrum? Et reſpondet Pap. tranſmiſiſſe, quaſi ſcil. iam extincta omni familia liberorum, quaſi liberis omnibus extinctis ſine liberis, vt in *l.prox. §. libertis, ſup.* quaſi nullo ſuperſtite ex familia liberorum, cui fideicommiſſi petitio competere poſſit, *l.2.C.quando dies leg. ced.* denique quaſi extincto fideicommiſſo. Res eſt perſpicua. Reſtat vltimum reſponſum.

Ad §. vltimum.

B *Si creditor ab eo, qui teſtamentum fecit, domum acceptam iure pignoris vendidit, contra emptorem fideicommiſſi cauſa, tametſi voluntatem defuncti non ignorauit, nihil decernetur.*

SPecies hæc eſt: Teſtator domum quam creditori pignerauerat, L.Titio per fideicommiſſum reliquit: creditor cum ei pecunia non ſolueretur, vendidit pignus, iure pignoris vendidit domum, emitque eam, qui non erat ignarus fideicommiſſi: Quæritur, an L.Titio fideicommiſſario aduerſus emptorem competat perſecutio fideicommiſſi, quaſi non debuerit emere domum, quam ſciebat eſſe fideicommiſſo ſubiectam? Et reſpondet fideicommiſſario aduerſus emptorem nullam competere C actionem, nihilque à Prætore vel Principe poſſe decerni, quo reſcindatur emptio venditio iure & bona fide perfecta: neque enim ſcientia ſola rei alienæ, aut ſcientia ſola fideicommiſſi mala fides eſt, *l. generaliter, ſup.de noxal.action.* Imo etiam prohibita alienatione domus verbis fideicommiſſi, huic reſponſo Papi. locus foret, id eſt, prohibitio non noceret creditori, non impediret venditionem domus iure pignoris, *l.filiuſf. §. Diui, ſup.tit.prox.* heredem non nego fideicommiſſario teneri, ſi modo fideicommiſſarius doceat, eum fuiſſe ignauum & negligentem in luendo pignore, quod & Gloſſa hic adnotauit recte. & hic eſt finis huius legis.

D Ad l.10.de alim. leg.

Cum vnus ex heredibus certam pecuniam præcipere iuſſus eſſet, de cuius ſorte libertis alimenta præſtaret: heredem quoque heredis ad præceptionem admitti placuit: ſi tamen plures heredes heres haberet, intentionem quidem defuncti prima facie refragari: ſed aliud probari non oportere. Quid enim ſi cæteros heredes ſuos euitauit, & quietam ac verecundam atque etiam idoneam, libertis conſulens, domum ſequi maluit? Et ideo ab omnibus heredibus heredis alimenta præſtabuntur.

IN primo reſponſo legis 10. hæc proponitur ſpecies. Teſtator pluribus heredibus inſtitutis, vnum ex eis præter portionem hereditariam præcipere iuſſit certam E ſummam ſub onere præbendorum libertis alimentorum quotannis ex vſuris eius ſummæ vel ſortis, quo genere intelligitur liberis ſuis alimenta annua per fideicommiſſum reliquiſſe, vt in *l.8.hoc tit.* Mortuo autem eo herede, qui oneratus eſt præbitione alimentorum, conſtat idem onus ſequi heredem heredis, ſi vnum tantum heredem reliquerit ex aſſe, vt quem ſors ſequitur primò heredi legata per præceptionem, eum etiam ſequatur onus, quod naturali rationi conueniens eſt. At quid fiet, ſi primus heres, à quo libertis alimenta relicta ſunt, plures reliquerit, inter quos ea pecunia ſiue ſors deſtinata alimentis libertorum diuiſa ſit pro hereditariis portionibus, an omnes heredes tenet onus libertis præbendorum alimentorum? Quod prima facie Papin. ait, intentionem teſtatoris non pati, qui per vnum alimenta præ-

stari voluit, quod & commodius peragitur per vnum, *l. 3.h.t.* Verum, vt idem subiicit, aut vt adsignificat *necessitati succumbimus*, vt ait *l. pen. in fine, sup. de excus. tut.* quam ne dij quidem superant, & omnino cogimur, ne pereat fideicommissum alimentorum, statuere omnes heredes, qui primo heredi extiterunt fideicommisso teneri, tametsi huic definitioni videatur refragari voluntas testatoris: sed refragatur prima facie, vt ait, prima ratione, κατὰ τὸν πρῶτον λόγον, vt Philosophi dicunt, non secunda ratione, forte cum vt idem Papin. ostendit, testator euitatis cæteris heredibus suis, non tam eum heredem, quem elegit, elegit à quo præstarentur alimenta libertis, non tam personam eius heredis elegit, quam quietam & verecundam & idoneam eius domum, consulens libertis suis. *Domus* appellatione significat familiam & posteritatem, quæ ei succedet, legitimam: & quieta est ea domus, quæ non est amans litium: verecunda, quam pudet detrectare pia & fida obsequia defuncto, veluti alimenta, quæ defunctus præstari iussit: quam rem etiam *l.8.h.tit.* ait, pulsare verecundiam heredis, percutere verecundiam heredis, siquidem ea præstare detrectet alimentariis. Idonea autem domus, quæ est locuples & luculenta. Et cum hoc elegatissimo Papin. responso congruit *l. alimenta, in princ. h.t.* Verum obseruanda in hoc proposito maxime ea differentia est, quam statuit in *l.8.* quamque exposui *lib.7.* inter heredem scilicet, qui de prælegati sorte, hoc est, de incremento siue vsuris eius sortis, iubetur alimenta præstare, & nudum ministrum siue dispensatorem, aut præbitorem alimentorum, cui nihil legatum est, quoniam onus nudum dispensatoris extinguitur cum persona, quia nulli alij rei quam personæ iniunctum est: onus nudi dispensatoris cum persona perit, *l. si ita expressum, inf. de cond. & dem.* Quam in rem Bartolus & Albericus etiam non male adducunt in medium *l. cuius bonis, D. de cur. fur.* quæ dicit, curatorem bonis datum, id onus non transferre in heredem suum, & *l. tutela, sup. de tut.* quæ dicit tutelam iure hereditario non transmitti in heredem tutoris. Onus autem legatario iniunctum sequitur heredem vel heredes eius, ad quos etiam legatum transit, nec tam personale quam reale onus est, id est, onus rei, vel summæ legatæ.

Ad §. verbis.

Verbis fideicommissi pure manumisso, præteriti quoque temporis alimenta reddenda sunt, quamuis tardius libertatem recuperauerit, nec heres moram libertati fecerit, tunc enim explorari moram oportet, cum de vsuris fideicommissi quæritur, non de ipsis fideicommissis.

TEstator seruo suo pure libertatem per fideicommissum reliquit, eidem quoque seruo pure alimenta certorum nummorum annua dedit: quæ quidem alimenta iure quidem seruo non debentur, antequam peruenerit ad libertatem: seruo meo nihil vtiliter lego sine libertate, qua fruatur iam, *l. ex parte §. seruum, D. fam. erci. l. seruus, C. de leg.* præstari ei quidem possunt alimenta fauorabiliter etiam nondum manumisso extra ordinem officio iudicis, vt in *l. seruos, inf. h.t. l. seruus, sup. de ann. leg. l. seruo alieno §.1. de leg. 1.* neque enim seruis testamentorum omnia iusta commoda denegatur, vt Symmachus ait in Epist. ad Theodosium, sed quæ officio solo iudicis præstantur, non iure obligationis: sane non sunt in obligatione, neque debentur proprie, *l. vlt. sup. de eo quod certo loco.* Heres autem in hac specie, à quo libertas seruo & alimenta relicta sunt, neque moram fecit in præstanda libertate, neque in præstandis alimentis, seruo nimirum cessante in petitione fideicommissi, nec interpellante heredem: sed tardius heres interpellatur à seruo, tardius etiam seruo præstitit libertatem, tardius eam ab herede seruus recuperauit, vt loquitur, quod genus loquendi notandum est, pro accepit ab herede. mora fit fideicommissariæ libertati in personam, id est, interpellato herede, nec satisfaciente interpellationi: in rem non fit non interpellato herede vsquequaque secundum distinctionem legis *cum vero §. apparet, ff. de fideic. libert.* quam citat Accurs. Quæritur autem in hac specie: An præteriti temporis ante præstitam seruo libertatem, quæ tardius præstita est, vt dixi, ex die aditæ hereditatis alimenta seruo manumisso debeantur? Quod non videtur prima facie, quia heres non fuit in mora. Verum aliud iudicium Papin. est, optima ratione, quia in præstatione fideicommissi nihil refert, heres fuerit in mora, necne: nam etsi non fuerit in mora, omnimodo fideicommisso & præteriti & futuri temporis obstringitur ab eo die quo dies fideicommissi cessit, vt *l. libertis §. 1. ff. hoc tit.* Et quod vulgo iactatur, spectari, obseruari, explorari moram heredis, id tantum pertinet ad vsuras fideicommissorum & cætera commoda, vt diximus heri ad *l. 78. de leg. 2.* quæ scilicet vsuræ vel commoda non currunt, nisi ex mora heredis, quæ tum fit, quum interpellatus heres ea non soluit. non etiam pertinet ad fideicommissa ipsa, quæ debentur omnino à die, quo cesserunt, etiamsi heres nulla fuerit in mora. Et hæc est sententia huius responsi.

Ad §. vltimum.

Alimentis viri boni arbitratu filiæ relictis ab herede filio pro modo legatæ dotis quam solam pater exheredatæ filiæ nubenti dari voluit, atque pro incrementis ætatis, eam exhibendam esse respondi, non pro viribus hereditatis.

PAter filium heredem instituit, filiam exheredauit, quoniam voluit, eam esse contentam dote certæ quantitatis, quam ei à filio herede instituto legauit cum nuberet: filia plerumque exheredatur contemplatione dotis datæ vel relictæ, quod ea ei sufficiat, *l. emptor §. vlt. sup. de rei vindic. l. qui volebat, sup. de hered. instit.* hoc amplius idem pater præter dotem scilicet filiæ alimenta præstari iussit, quoad nuberet, præstari, inquam, iussit viri boni arbitratu, quæ quidem alimenta, etiamsi relicta non essent, frater teneretur præstare sorori, quæ se aliter tueri non posset, *l. 4. sup. vbi pupil. educ. deb.* Hæc autem verba, *viri boni arbitratu*, certam quantitatem exprimunt, non incertam, *l. 1. sup. de leg. 2.* quia æquitas semper est certa, cuius bonus vir magister est, & quasi sacerdos: nec tamen statim cuilibet liquido apparet, quem modum alimentorum filiæ in hac specie constitui oporteat. Ideoque declarat Papinianus hoc loco, quasi instruens bonum virum, quem testator moderatorem fecit, vt alimentorum modum filiæ constituat non pro viribus hereditatis, quia filia exclusa est per exheredationem, sed pro modo dotis filiæ legatæ, hoc est, non pro facultatibus defuncti, sed pro facultatibus filiæ, quæ in sola dote consistunt, vt plerumque bona mulierum dicuntur in sola dote consistere, *l. assiduis, C. qui pot. in pignor. hab.* Itemque, vt modum alimentorum constituat pro incrementis etiam ætatis puellæ, prout scilicet ætatem ampliauerit, vt ait lex *alimenta §. Basilicæ, ff. hoc tit.* Denique virgini pro modo dotis legatæ, quasi ex vsuris dotis, & pro ratione ætatis alimenta præstabit, vsque adeo, dum ierit nuptum: nuptiis contractis & dote soluta filiæ, maritoue filiæ nomine, finitur alimentorum legatum.

Ad leg. 25. de adimen. leg.

Alteri ex heredibus præceptionem prædij dedit, mox alteri præstari aduersus debitorem actiones ad eum finem mandauit, quo prædium fuerat comparatum, cum post ea prædio

diſtracto citra vllam offenſam eius, qui præceptionem acceperat, pretium in corpus patrimonij rediiſſet, non eſſe præſtandas actiones coheredi, reſpondi.

QVidam duos heredes inſtituit, primum & ſecundum: primo prædium prælegauit, vt hoc haberet præcipui titulo, quod quidem prædium ipſe emerat ducentis aureis. Secundo autem etiam titulo præcipui iuſſit cedi actionem, & præſtari aduerſus magnæ pecuniæ debitorem hereditarium, ad finem tamen pretij ducentorum aureorum: poſt factum teſtamentum teſtator prædium vltro diſtraxit, non prouocatus, non laceſſitus vlla graui offenſa heredis, cui prædium prælegauerat, & pretium ex prædij venditione redactum retulit in corpus patrimonij ſui: Quæritur, mortuo teſtatore, an primo ſit præſtandum prædium prælegatum, aut æſtimatio eius, ſecundo æque an ſit cedenda actio ad finem pretij ſupradicti prædij? Et reſpondet Papinianus, vtrique heredi legatum ademptum videri, & pretium prædij, quod rediit in corpus patrimonij, inter heredes diuidi pro portionibus hereditariis. Obſcura videtur eſſe admodum ratio huius reſponſi, faciemus perſpicuam ſine negotio. Primum dico; ademptum legatum videri primo, quia teſtator prædium nuda & mera voluntate alienauit, non vrgente neceſſitate ingratiis, vt ait *l. rem legatam, hoc tit. l. fideicommiſſa §. ſi rem, d. leg. 3.* Teſtator qui rem legatam vendidit vrgente neceſſitate, non videtur adimere legatum: at qui nuda voluntate rem legatam vendidit, videtur adimere legatum: proinde primo ademptum videtur legatum prædij, ſecundo etiam ſuum legatum ademptum videtur, quia cauſa legati deficit. Ideo enim teſtator ſecundo legauit partem nominis ad finem æſtimationis prædij, vt æqualitatem conſtitueret inter heredes, vt id prædium æquo animo ſineret ſecundus habere primum coheredem ſuum, quæ cauſa ceſſat primo adempto legato. Vnde conſequens eſt, quaſi ceſſante cauſa, & ſecundo ademptum eſſe legatum, quod eſt ſingulare reſponſum Papin. nunquam memoria obliuiſcendum. At contra hoc reſponſum tentari poteſt ex *l. pater, hoc titul.* neutri eſſe ademptum legatum, quia pretium, quo prædium teſtator diſtraxit in corpus patrimonij rediit. vt poſuimus. Et non videtur abſumptum, quod in corpus patrimonij eſt verſum, quod latius expoſui lib. 7. ad *d. l. pater.* At vt diſſidium omne componatur inter hanc & illam l. animaduertendum eſt, *l. pater* loqui de pecunia legata, hanc leg. de prædio legato. Facilius autem prædij, quam pecuniæ legatum extingui vel adimi, aut ademptum intelligi, quia pecunia ſemper hereditati ineſt, non quidem eadem ſpecies pecuniæ, ſed quantitas pecuniæ, ſumma, poteſtas, facultas, *la valeur.* Quantitas dicitur in *l. 1. de contrah. empt.* ſumma. in *l. ſi pœna §. ſi falſo, de cond. indeb.* poteſtas in *l. ideoque, D. de eo quod certo loco,* facultas, in Epiſtolis ad Atticum: *Natura,* inquit, *nummorum & facultas:* natura, *c'eſt la loy:* facultas, *la valeur.* Denique pecunia, id eſt, quantitas ſemper ineſt in bonis, id eſt, mille aureos habere videtur, qui prædia habet digna mille aureorum. prædium autem, quod diſtraxit teſtator, plane hereditati abſceſſit, nec videtur ineſſe hereditati, licet pretium eius inſit, puta, redactum in corpus patrimonij, & ita ad *l. pater,* reſpondendum eſt. Ad *l. 25. de adim. leg.* quam nunc expoſuimus hoc vnum eſt, quod addi maxime velim in illa lege, hæc verba, *teſtatorem prædium diſtraxiſſe, quod vni ex heredibus prælegauerat citra vllam offenſam eius, cui prælegauerat,* hæc inquam verba, *citra vllam offenſam,* non eſſe otioſa: nam ſi apud teſtatorem heres, qui prædium per præceptionem acceperat, in graui offenſa fuerit ſecundum diſtinctionem *l. 3. §. vlt.* adhibita *l. 4. eod. tit.* ei ſoli nocet, quod prædium teſtator diſtraxit, id eſt, ei ſoli intelligitur ademiſſe prædium, qui eum offenderat, non etiam ſecundo coheredi, in

A quem teſtator iratus & infenſus non fuit. ideoque in ea l. Papin. adiicit, eum diſtraxiſſe prædium primo legatum citra vllam offenſam primi, volens demonſtrare teſtatorem pariter erga vtrumque mutaſſe voluntatem, quod attinet ad legata, quæ eis dedit, quod attinet ad legatum prædij primo relicti, & quod attinet etiam ad legatum nominis ſecundo relicti ad finem æſtimationis prædij. Idcirco vt conditio heredum exæquaretur, vt fit in *l. 12. D. de cond. & dem.* idcirco vt eadem æqualitas perſeueret, vt eadem ſit amborum heredum conditio, adempto vni legato, & alij quod relictum eſt ademptum eſſe cenſetur, nec peiori conditione vnus habetur quam alter, cum pariter in vtrumque teſtator fuerit adfectus, vt hoc breuiter etiam Gloſſa notauit, &
B recte.

Ad l. 2. de reb. dub.

Ciuibus ciuitatis legatum vel fideicommiſſum datum ciuitati relictum videtur.

ERgo ciuibus ciuitatis certæ datum legatum vel fideicommiſſum, non certis ciuibus, ſed incertis ἀορίστως, ciuitati vel Reip. quod etiam incertum corpus eſt, relictum videtur. Idemque eſt ſi teſtator dixerit in hunc
C modum: *Ciuibus meis illud do, lego:* quoniam illud ciuitati ſuæ legaſſe videtur, vt patet ex *l. pen. §. ciuibus, ſup. de leg. 2.* Et contra quoque ciuitati relictum, ciuibus relictum videtur, ſicut cognationi relictum, cognatis, *l. ſi cognatis, D. h. t.* Sunt enim hæc coniugata ciues & ciuitas: cognati & cognatio. Res autem dubia fuit, quia dici poterat non ciuitati vel Reipublicæ, ſed ſingulis ciuibus legatum relictum, qua interpretatione admiſſa, ciues non quaſi ciuitas vel reſpub. ſed quaſi certi homines ad legatum vocarentur, *l. cum Senatus, D. hoc tit.* Et ideo legati diuiſio inter eos fieret, in viriles, id eſt, pro virilibus portionibus, vt in *l. ſi quid relictum, & l. ciuitatibus, ſup. de leg. 1.* Et in antiqua inſcriptione: *Statuam Mercurij ob honorem quinquennalem poſui, cuius dedicatione dedi*
D *populo viritim denarios ſingulos.* vel etiam ſi perexiguum eſſet legatum, quod intelligeretur eſſe relictum ſingulis ciuibus, quod diſtributum in ſingulos ad nihilum redigeretur, ridiculum magis eſt, quam vtile legatum, argumento legis, *ſi domus, de leg. 1. l. cum poſt §. gener, de iure dot.* Verum, ſane verius eſt, teſtatorem, qui ciuibus certæ ciuitatis legauit, voluiſſe legare non ſingulis, ſed vniuerſis ciuibus, ſiue vniuerſitati ciuium, quæ vno nomine ciuitas appellatur: neque enim ciuitatem dicimus ſingulos ciues, nec quod ciuitati legatum eſſe intelligitur, id dicimus ſingulis ciuibus deberi, *l. ſicut §. 1. ſup. quod cuiuſque vniuerſ.* Et rurſus, ciuitatem etiam non dicimus domiciliorum collocationem, & coniunctionem cinctam mœnibus, non τὸ οἰκητήριον, ſed vniuerſitatem ciuium & inquilinorum iiſdem vtentium legibus & moribus. Nam inquilinos ſiue incolas facio partem
E ciuitatis ex Arrio Didymo apud Euſebium 15. *de præpar. Euang.* definiente ciuitatem τὸ τῶν ἐνοικούντων σὺν τοῖς πολίταις σύστημα, conſociationem, conſortiumue inquilinorum & ciuium: quamobrem non ciuium, ſed hominum. M. Tullius ciuitatem definit eſſe concilium cœtumque iure ſociatum. Et Plato, πλῆθος ἀνθρώπων ὑπὸ νόμον τὸν αὐτὸν ὄντων. Ineptus autem eſt Azo, qui hoc loco, *ciuibus,* interpretatur *adminiſtratoribus ciuitatis,* quem & ineptiores alij plerique ſequuntur. Quis enim neſcit latius patere ciuium nomen, nec ſolos adminiſtratores Reipub. eſſe ciues? Cenſebant illi adminiſtratores ciuitatis eſſe inſtar ciuitatis, & ideo facile admittebant, legatum datum adminiſtratoribus ciuitatis, ciuitati datum videri: nec tamen animaduertebant, etiam ciues vniuerſos non tam eſſe inſtar ciuitatis, quam ciuitatem ipſam, & multo magis vniuerſis ciuibus reli-

ctum, ciuitati relictum videri: At fateor etiam administratoribus ciuitatis non nominatim relictum legatum, ciuitati relictum videri, sed nolo ad eos tantum hanc legem coangustari. Ergo siue ciuibus vniuersis legatum detur, siue administratoribus ciuitatis, ciuitati dari videtur, sicut quod generaliter datur sacerdotibus, siue clericis certæ ecclesiæ, ipsi ecclesiæ dari videtur, vt in *l. annua §.1 sup. de ann. leg.* quod sacerdoti & ἱεροφύλακι, & libertis, qui certo in templo ministerium præbent, templo legari videtur, quia non personæ legatariorum nominatim designatæ sunt, sed templi ministerium tantum. Habita igitur in primis est ratio templi non personarum, quæ templo ministerium præbent, quamuis ad eas sermonem direxerit testator: sicut quod episcopo legatur ab extraneo, puta hoc modo: *Episcopo illius ecclesiæ prædia illa do, lego*, non personæ episcopi, quæ nec proprio nomine est demonstrata, sed ecclesiæ legatum videtur, *l. 41.* quæ est Græca constitutio *de episcopis & clericis. can. pontificis 12. quæst. 3. cap. requisisti, de Testam.* quoniam legatarius non est is, ad quem sermo dirigitur, sed corpus siue collegium propter quod cuiusue intuitu & contemplatione legatum relinquitur, vt in *l. si filiofam. inf. de cond. & demonst. l. pen. C. de iur. delib.*

Ad legem 78. de condit. & demonstrat.

Cum pupillus aut tutor eius conditionem in personam pupilli collatam impedit: tam legati quam libertatis iure communi conditio impleta esse videtur.

DVo sunt huius leg. responsa. quod ad primum responsum attinet, fac, pupillo herede instituto libertatem aut legatum relictum sub conditione collata in personam pupilli, & pupillum non pati, vt conditio impleatur, pupillum impedire conditionem ne impleatur, & per hoc ne libertatem aut legatum præstet. Quæritur, an conditio habeatur pro impleta secundum ius commune? quod proponitur in *l. in iure, de reg. iur.* Et respondet Papinianus, haberi pro impleta, quod subtilius examinandum est. Id quidem sane sine dubio verum est, si conditio collata in personam pupilli consistat in facto, veluti, *si pupillo biennio seruierit*, vel, *si cum pupillo moratus fuerit*, quoniam, vt ea conditio impleri potest in personam pupilli citra interuentum vel auctoritatem tutoris, ita & à pupillo solo impediri potest, quo minus impleatur, & habebitur pro impleta, *l. si seruus 10. de solut.* At si conditio in datione consistat, quæ collata est in personam pupilli, veluti, si pupillo decem dederit, non potest impediri eius conditionis effectus à pupillo solo, quia nec in personam pupilli solius impleri potest, citra interuentum tutoris, ne scilicet datio, vt ait d. *l. si seruus* ex imbecillitate pupilli pereat, id est, ne datum pupillo soli, pupillus mox dissipet, atque disperdat, quo pertinet etiam *l. 13. hoc tit.* Sed si interueniente tutore, auctore tutore, pupillus recuset accipere oblatam pecuniam, tum sane hæc conditio, quæ in datione & acceptione consistit, pro impleta habebitur: & ita qualisqualis sit conditio, adhibita hac distinctione pro impleta habebitur. At quod dicitur, iure communi conditionem pro impleta haberi, si per eum stat, in quem conditio collata est, vel in cuius personam implenda est, id patet etiam ex *l. 14. hoc tit.* Legatum relictum est sub hac conditione, *si statuas illas in municipio posuerit*, & legatarius paratus quidem est eas ponere, sed locus à municipibus non datur, conditio habetur pro impleta, & statim legati petitio est. In antiquis inscriptionibus solet notari locus ponendarum statuarum, vel exstruendi monumenti datus decreto decurionum, vt intelligatur iure statuas esse positas, vel exstructum monumentum. Id vero notatur vulgo his singulis & singulariis literis, *vne L, & trois* DDD, quæ singula ita explananda sunt, *locus*

A *decreto decurionum datus*, quod integra oratione in Brundusina inscriptione legitur Græca huiusmodi, τ̃ τόπον τ̃ βουλῆς εἰς τάφον ψηφισαμένης, *loco dato decreto curiæ.* Et apud Diogenem Laert. in Empedocle, Ἄκρωνος τοῦ ἰατροῦ τόπον αἰτοῦντος παρὰ τῆς βουλῆς εἰς κατασκευήν. *Acrone*, inquit, *petente locum à decurionibus ad exstructionem monumenti paterni.* Aliquando locus dabatur indulgentia Pontificum ob religionem soli, vt in alia inscriptione antiqua, INDVLGENTIA PONTIFICVM LOCVS DATVS EST. Et ita in *d. l. 14.* si quod locus non detur decreto decurionum in municipio, legatarius non ponat statuas, conditio pro impleta habetur. Et hoc est certissimum.

B

Ad §. disiunctiuo.

Disiunctiuo modo conditionibus adscriptis, alteram defecisse non oberit, altera vel postea impleta. Nec interest in potestate fuerint accipientis conditiones, an in euentum collatæ.

FInge, legatum datum sub conditione disiunctiua, hoc pacto: *si heredi decem dederit, aut, si Capitolium ascenderit.* Disiunctio non habetur pro coniunctione, quoniam vnam ex iis conditionibus impleri satis est, quam volet legatarius impleri, vtramque impleri nihil attinet, §. *pen. Institut. de hered. instit.* Et notat Papinian. hoc loco, nihil interesse vtrum conditiones sint pote-
C statiuæ, vt in exemplo proposito, an casuales, sicut Iustinian. loquitur, veluti, *illi centum do, lego, si nauis ex Asia venerit, aut, si Titius consul factus fuerit.* Alterutram conditionem impleri satis est, & tametsi quandoque disiunctio pro coniunctione accipiatur, vt in *l. sæpe, de verb. signific.* non tamen ita accipietur hoc loco, nec duplici conditione legatarius oneratus esse intelligitur. Casuales conditiones sunt, quæ in euentum conferuntur. Potestatiuæ quæ sunt in arbitrio & potestate accipientis. Et accipere conditiones dicitur hoc loco, is, cui imponuntur & adscribuntur cuiue dantur: nam & conditiones in hoc titulo sæpe dari dicuntur. Posset tentari si vtraque conditio, quæ adscripta est disiunctiuo modo sit potestatiua, à legatario vtramque esse implendam,
D quod ei sit in facili vtramque implere, quoniam vtraque pendet ex arbitrio eius & libidine: sed nihil interesse ait, inter hæc duo genera conditionum, an ergo erit in electione legatarij, vel fideicommissarij, implere conditionem quam voluerit? Sic videtur, & patet ex *d. §. penult.* eliget legatarius quam volet, vt impleat, alteram omittat. Verum huic sententiæ obstat *l. sub diuersis, sup. hoc tit.* quæ, si sub diuersis conditionibus legatum disiunctim relictum sit, legatarium, ait, parere debere nouissimæ conditioni, non cui voluerit. Sed vt respondeam, ibi disiunctim, est separatim, diuersis partibus testamenti; vt si prima parte testamenti legetur sub vna conditione; deinde ima parte eidem etiam legetur eadem res sub alia conditione, hoc casu nouissimæ conditioni parere necesse habuit: in legatis nouissimæ scri-
E pturæ valent, aliter quam in libertatibus, *l. si mihi & tibi §. vlt. de leg. 1.* Hoc autem loco disiunctim, siue disiunctiuo modo, est quidem separatim, sed eadem parte testamenti, eodemque tenore continuato orationis, quo casu legatarius paret priori, aut posteriori pro arbitrio. Hic est finis huius l. Sequitur longe celeberrima in hoc ipso titulo.

Paulo antequam venirem, scripto viri cuiusdam doctissimi admonitus sum, quod dixi non ita dudum in *l. 78. de leg. 2. §. etiam*, explicans breuiter sententiam *leg. 3. de vsur.* iniquum videri, vt scilicet Resp. quæ iustam habuit causam litigandi, si moram faciat post condemnationem & tempus iudicati, vsuras dependat à tempore litis contestatæ ad sententiam, vsuras dependet, in-

quam,

quam, hoc ne iniquum videatur, imo æquiſſimum, nempe ſicut eſt in regula iuris, vt vnicuique mora ſua noceat, vt vnuſquiſque moræ ſuæ pœnam ſufferat: hanc vero eſſe pœnam moræ factæ poſt tempora iudicati, poſt indulgentiam iuſti temporis, vt is, qui moram fecit, retro à die interpellationis in diem ſententiæ præſtet vſuras, quaſi ſcilicet & retro intelligatur fuiſſe in mora, quamuis re vera non fuerit in mora, niſi poſt tempora iudicati, quaſi, inquam, & retro intelligatur fuiſſe in mora, qui nec iudicato paret, nec agnoſcit gratiam humanitatis cauſa lege ſibi dati temporis conquirendæ pecuniæ, & iudicato faciendo? Hæc eſt pœna ex decreto Marci Antonini, quæ proponitur in *d.l.3.* vt quaſi retro agatur mora, damneturque iudicatus quaſi mora facta etiam ante ſententiam poſt interpellationem.

Ad legem 102. de condit.on.& demonſtrat.

Cum auus filium ac nepotem ex altero filio heredes inſtituiſſet, à nepote petiit, vt ſi intra annum trigeſimum moreretur, hereditatem patruo ſuo reſtitueret, nepos liberis relictis intra ætatem ſupraſcriptam deceſſit vita, fideicommiſſi conditionem coniectura pietatis reſpondi defeciſſe, quod minus ſcriptum, quam dictum fuerat, inueniretur.

SPecies huius legis, hæc eſt: Quidam filium & nepotem ex alio filio iam defuncto heredes ſcripſit vel nuncupauit, qui & ab inteſtato ei pariter heredes extitiſſent, & nepotem rogauit, vt ſi intra trigeſimum annum ætatis vita deceſſerit, portionem ſuam filio, id eſt, patruo ſuo reſtitueret. Deinde nepos intra eam ætatem vita deceſſit relictis liberis & patruo ſuperſtite. Quæritur, an patruo fideicommiſſ. debeatur? Et ante Papinianum vtique reſpondiſſent alij iuris auctores patruo fideicommiſſum deberi, cum ſit ei relictum ſimpliciter poſt mortem filij fratris, quæ contigit intra præſcriptam ætatem: At primus Papinian. qui mirum in modum auxit ſuis coniecturis ſuaque prudentia admirabili, & locupletauit ius ciuile: primus, inquam, Papinian. induxit in hoc genere fideicommiſſi tacitam conditionem ineſſe: ſi nepos ſine liberis vita decederet, quæ defecit relictis liberis, nimirum capta coniectura à veriſimili, ex intentione voluntatis aui, eiuſdemque teſtatoris, & pietate pia, qua duci videtur auus non tantum erga nepotem, ſed etiam erga pronepotes ex eodem nepote. Itaque hoc caſu veroſimilius eſt, minus ſcripſiſſe teſtamentarium, id eſt, ſcriptorem teſtamenti: plus dixiſſe, vel dictaſſe, vel nuncupaſſe teſtatorem: teſtamentarium omiſiſſe conditionem illam: aut ſane teſtatorem ipſum minus ſcripſiſſe, plus ſcribere voluiſſe, quæ eſt ſententia huius reſponſi. Et ſimilem coniecturam interpretationemve etiam in aliis cauſis alij Iuriſconſulti admittunt, vt plus dictum, minus ſcriptum intelligatur: vt ſcriptum ſuppleatur interpretatione, vt in *l.1.§.ex fundo, & l.quotiens §.1 de hered. inſtit. l. vnum ex familia §.pen. de legat. 2.* Quo exemplo audet Papinianus & eandem interpretationem introducere in ſpecie propoſita, & quum ait, minus ſcriptum quam dictum inueniri, tacite ſignificat, hanc ſententiam ſiue coniecturam ſuam non eſſe ſine exemplo: denique non eſſe inauditam & nouam, quod & in aliis pleriſque cauſis iuris auctores interpretantur, *plus dictum, quam ſcriptum.* Celebratur autem hoc reſponſum Papiniani ab Imperatore Iuſtiniano in *l. cum acutiſſimi C. de fideic. l. generaliter §. cum autem, C. de inſt. & ſubſtit.* Sed longe alia ratione in eis conſtitutionibus Iuſtinianus proponit aut refert ſpeciem quaſi poſitam à Papiniano, quam ponatur hoc loco. Sane non quaſi nepos patruo auitam, vt proponit Papinian. & expoſui initio, ſed quaſi filius alij cuilibet poſt mortem ſuam paternam hereditatem reſtituere rogatus ſit: idque facit Iuſtinianus vel ex ampliore reſponſo Papiniani quam

Reſponſ. Papin.

A ſit relatum hoc loco, vel alio in Digeſtis, vel per conſequentias reſponſi Papiniani, vt ſi in partem nepotis intelligitur teſtator pronepotes ex eodē nepote, qui modo ſuperuixerint nepoti, quod requiritur, vt in *l. ex pacto §. ſi quis autem, inf. ad Trebell.* Eos, inquam, prætuliſſe filio proprio: ita etiam intelligatur in partem locumque filij ſui nepotes, aut pronepotes, aut abnepotes deſcendentes ex eodem filio prætuliſſe cuilibet fideicommiſſario, etiam eccleſiæ, vt quidam cenſent recte, tametſi fideicommiſſo expreſſim non iniecerit conditionem: *ſi filius ſine liberis diem ſuum obierit*, quod & Iuſtinian. in ſupradictis conſtitutionibus ad hoc exemplum ſtatuit locum habere generaliter, puta, hæc eſt generalis definitio, puta, inquam, vt ſemper quicunque parentes quibuſcunque fideicommiſſariis vel liberis, vel extraneis, B fideicommiſſum reliquerint à liberis cuiuſcunque ſexus vel gradus, vel conditionis, ac proinde, etiam à liberis naturalibus, vt exprimit Iuſtin. in *d.l. generaliter.* vel vt quidam ſentiunt non male, etiam à liberis adoptiuis, qui iure heredes inſtituti ſunt, quibuſue legatū aut fideicōmiſſum ſpeciale relictum ſit ſub onere fideicommiſſarij reſtituendi poſt mortem ſuam, huic fideicommiſſo tacite inſit hæc conditio, *ſi ſine liberis vita deceſſerit*, id eſt ſine iuſtis liberis: nam naturales liberi fideicommiſſariū non excludunt, niſi appareat hanc fuiſſe voluntatem defuncti, vt docui lib. 8. ex *l. cum pater §. volo, de leg. 2.* At- C que ita hereditate, legato, fideicommiſſo relicto liberis ſub onere reſtituendi poſt mortem ſuam, cum, vt ait *l. cum acutiſſimi*, liberos reſtitutionis poſt mortem oneri ſubegit, vbi ſcribendum, *ſubiecit* ex veſtigiis antiquæ ſcripturæ eo, inquam, caſu non ſeparamus naturales liberos à iuſtis, ſed indiſtincte dicimus non aliter liberos vel iuſtos, vel naturales, fideicommiſſo, quo onerati ſunt obſtringi, quam ſi ſine liberis vita deceſſerint, quamuis expreſſim ea conditio adſcripta non ſit. At interpretatione tacitæ vel expreſſæ conditionis huius, proculdubio ſeparamus liberos iuſtos à naturalibus, & dicimus, deficere eam conditionem ſuſceptis iuſtis liberis, non etiam ſuſceptis liberis naturalibus tantum, *d. l. generali-* D *ter in fine*, illo loco, *ſine iuſta ſobole*, & multo minus acceſitis liberis adoptiuis, vt *l. fideicommiſſum, hoc tit.* Etiā illud obſeruandum maxime eſt, huic reſponſo Papiniani locum eſſe in liberis heredibus, aut legatariis, aut fideicommiſſariis, non in extraneis, etiamſi parentes ſint teſtatoris, vel cognati, vt Bartolus & alij notant: nam ſi patrem vel fratrem vel extraneum heredem ſcripſero, & rogauero poſt mortem ſuam hereditatem aliis reſtituere ſimpliciter, non intelligitur fideicommiſſo ineſſe conditio, ſi ſine liberis deceſſerit, quia in extraneo ceſſat pietatis coniectura, & quia de liberis tantum teſtatoris loquuntur Papinian. & Iuſtinianus: liberi autē teſtatoris non ſunt, qui naſcuntur ex patre eodem, vel ex matre eadem, ex fratre vel extraneo, ſicut nec ipſi pater, frater extraneus teſtatoris ſunt liberi, *ſi tu mihi non es ex liberis, nec liberi tui ſunt mihi ex liberis.* Illud quoque obſer- E uandum eſt, huic reſponſo locum non eſſe in fideicommiſſo præſtando poſt mortem liberorum, non in eo, quod in vita liberorum præſtari debet, quia ſingulare eſt Papiniani reſponſum. ergo ſine lege id nobis procudere, vel ampliare non licet. Et ita Ioannes ſentit recte in *d. l. cum acutiſſimi*, & probat Bartolus optima ratione, quia ſi fideicommiſſarium prætulit teſtator liberis ipſis viuentibus in caſum diemue certum, & multo magis liberorum liberi, quia non debent deterioris eſſe cōditionis liberi, quā liberorū liberi, *l. pen. §. nam licet. C. de bon. matern.* Item obſeruandum eſt, fideicommiſſum, de quo agimus, exſpirare poſtea agnatis liberis ei, qui fideicommiſſo oneratus eſt, non etiam, ſi iam liberis heredibus, aut legatariis tempore teſtamenti nati ſint liberi, nec hoc ignorauerit teſtator: quia manifeſtum eſt teſtatorem, qui hoc non ignorauerit eis liberis prætuliſſe

Cc

fideicommissarium. Et aperte *d.l.cum acutissimi* loquitur de iis tantum liberis), de quibus non cogitauit testator. Hæc sunt verba legis, *quod scilicet nondum essent in rerum natura.* Postremo ad hæc quæritur, quia ex Nouella Iustiniani 123. quæ repetita est ex lege 52. quæ est lex Græca, *C. de episc. & cleric.* fideicommissum relictum ab herede vel legatario sub conditione, *si sine liberis decesserit*, non debetur, tametsi heres aut legatarius decesserit sine liberis, si modo monachus aut clericus factus fuerit, & bona subiecta fideicommisso in pias causas consumpserit, vel reliquerit, quasi monasterium aut Ecclesia, cui se deuouit, sit ei loco filij naturalis, nisi scilicet fideicommissum ab eo relictum sit in redemptionem captiuorum, vel in exhibitionem pauperum: quod vtique debetur etiam sine liberis defuncto eo in clericatu B vel monachismo. Quæ est sententia huius Nouellæ. sed vt initio dixi, quia id ita cauetur ea Nouella, Quæritur, an ad hanc Nouellam etiam porrigi possit responsum Papiniani? vt scilicet tacita conditio, quæ liberis adscripta intelligitur, *si sine liberis decesserint*, defecisse intelligatur liberis monachis, aut clericis effectis, quod Glossa quidem putat in *d. l. cum acutissimi.* Verum tamen non est, vt ostendam multis rationibus. Primum, quia ius singulare non temere producendum est ad alias species sine lege singulari, ergo nec responsum Papiniani quod singulare est, nec Nouella Iustiniani, quæ etiam iure singulari conditionem fideicommissi, quæ reapse extitit, pro defecta habet. Item quia Nouellæ locus etiã est, extraneis heredibus institutis, vt patet ex contextu C eius. Huic responso non est locus, extraneis heredibus institutis, vt ante demonstraui, quæ varietas efficit, ne conuenire inuicem possint responsum Papiniani, cumque eo congruentes Iustiniani constitutiones duæ, & supradicta Nouella repetita ex *d.l.* 52. Item, quia si responsum Papiniani trahamus ad eam Nouellam, eueniet, vt duo singularia concurrant in eandem speciem, puta, vt fideicommisso insit conditio, quæ non est expressa ex hoc responso, & vt defecisse conditio intelligatur, quæ extitit ex supradicta Nouella. Duo autem singularia vix aut ne vix quidem concurrunt in eandem speciem auctore Accurs. in *l. cum post* §. *generaliter, de iure dot.* Non omittam eius Nouellæ sententiam posuisse Irnerium in *C. sub. tit. ad Senatusconsf. Trebell.* his verbis, quæ referri & aptari debent ad initium legis *iubemus*, D quæ præcedit: hæc sunt verba, *nisi rogati restituere datum dotis causa, vel propter nuptias donationis, vel relictum sub conditione nuptiarum, vel liberorum, monasterium, vel alium locum venerabiliter ingrediantur.* Nihil addi amplius oportet: nam quæ sequuntur verba, vulgo in ea παρεκβολῇ Irnerij, *siue restitutio, siue substitutio fiat sub prædictis conditionibus, siue in redemptionem captiuorum, seu in egenorum alimenta:* Hæc, inquam, postrema verba absunt à veteribus libris, nec agnoscuntur ab Accurs. vel aliis interpretibus, & falsa etiam eorum verborum sententia est: nam multum interest substitutio, siue restitutio, id est, fideicommissum relinquatur in redemptionem captiuorum, vel in alimenta pauperum, quoniam huius fideicommissi petitio est, etiam herede clerico effecto, vel E monacho, si illiberis fuerit, vt Tertullianus loquitur, si orbus fuerit: an vero fideicommissum relinquatur in aliam causam personamue profanam, quia huius fideicommissi ex ea Nouella petitio non est herede clerico facto vel monacho, nullis relictis liberis. Itaque obliteranda sunt ea postrema verba.

Ad legem 14. ad legem Falcidiam.

Pater filiam quæ à viro diuerterat, heredem proparte instituit, & ab ea petit, vt fratri & coheredi suo portionem hereditariam acceptam deducta sexta restitueret, admissa A *compensatione dotis in Falcidiæ ratione. si pater dotem consentiente filia non petiisset, Falcidiam quidem iure hereditario, dotem autem iure proprio filiam habituram respondi, quia dos in hereditate patris non inueniretur.*

Continet hæc lex tria responsa, quorum ad primum quod attinet, sciendum est diuortio facto bona gratia, vel culpa mariti, vitio mariti, aut morte mariti soluto matrimonio, dotem profectitiam, quam pater dedit pro filia de suo, patrem non posse repetere, nisi adiuncta & consentiente filia, quam habet in potestate: nam si sit emancipata filia, propria dotis repetitio est: si sit filiafamil. communis est dos, communisque repetitio dotis, vt nec pater sine filia, nec filia sine patre possit agere B aduersus quondam maritum de recuperanda dote, *l. 2. §. 1. & l. 3. sup. sol. matrim. l. 2. & l. filiæ, C. eod. tit. l. Titia*, §. *qui inuita, de leg. 2. l. qui hominem* §. *si gener, inf. de solut.* Quod si antequam dotem repeteret pater voluntate filiæ, vita decesserit pater, tum dotis actio proprie pertinet ad filiam, eamque dotem filia, quamuis patri heres extiterit, repetit, non iure hereditario, quia iam non intelligitur fuisse in bonis patris, sed magis in bonis filiæ: dominium filiæ præpollet, *l. 4. sup. de collat. bon. l. 1. §. vlt. l. vlt. ff. de coll. dot.* filiifam. proprium habent peculium castrense, vel quasi castrense: filiæfamil. dotem etiam profectitiam, maxime mortuo patre, & viuo patre communem, magisque filiæ quam patris, etiam profectitiam dotem. Ergo filia, quæ patri heres extitit, qui nondum re- C petita dote vita decessit, non repetit dotem iure hereditario, vel in eam non transfertur repetitio dotis iure hereditario, quia non inuenitur in hereditate patris, sed in bonis filiæ. Ideoque eam repetit iure proprio, vt lex ait hoc loco, iure suo, vt in *l. 81. ff. pro soc.* quia & exheredata eam repeteret. Vis scire quam non repetat eam iure hereditario, sed suo iure, etiam exheredata eam repeteret, *l. si socer* §. *1. inf. sol. matrim. l. vn.* §. *videamus, C. de rei vxor. act.* Quibus præmissis, finge: filiafamil. pro qua pater marito dotem dederat, diuortium à marito fecit bona gratia, vel vitio mariti: post diuortium dote, voluntate filiæ vti oportet à patre nondum repetita, pater filiam & filium heredes instituit ex æquis partibus, & filiam pure rogauit, vt partem, id est, semissem restitueret fratri & coheredi suo, non quidem deducta quarta, id est, sesquuncia, *vne once & demie*, quæ tamen ex lege Falci- D dia deducenda retinenda est, quoniam in singulis heredibus separatim ponitur ratio legis Falcidiæ, *l. in singulis, inf. hoc tit.* Sed rogauit eam restituere partem suam fratri, deducta sexta tantum, id est, vncia, & vt semunciam, quæ Falcidiæ deest, compensaret cum dote, quam pro ea dedit pater: hæc est voluntas patris vltima. Quæritur, an hæc compensatio admittenda sit supplendæ Falcidia gratia, hoc est, semunciæ. Et respondet, huiusmodi compensationem non esse admittendam. Nec enim heres quisquam cogitur compensare in Falcidiæ rationem, quod alius ei debet, non testator, & post diuortium mortuo patre, qui dotem voluntate filiæ nondum petierat, soli filiæ maritus, à quo diuortit, dotem E debet, *l. in insulam, in princ. sup. sol. matrim.* quæ maxime ad hunc locum pertinet. Itaque dotem quidem filia à marito recipiet iure suo, quasi sibi debitam, iure propriæ obligationis, propriæ actionis de dote sua recuperanda; Falcidiam autem, id est, sescunciam integram recipiet iure hereditario, siue iure testamenti, vt ait *l. qui duos, de vulg. subst. l. si legatus, ff. ad Trebellian.* Falcidia iure hereditario siue iure testamenti percipitur. Et hæc quidem est sententia huius responsi & speciei. Posui patrem vita decessisse, quod & vulgo ponunt fere omnes, voluntate filiæ nondum repetita, vel petita dote, quia verba illa huius legis, *si pater dotem consentiente filia non petiisset*, sic accipio, si nullo modo dotem petiisset, & recuperasset, si tacuisset, vt & in *d. l. in insulam.* Hæc ver-

ba, *pater qui dotem consentiente filia non petierat*, hoc significant, nullo modo petiisse aut exegisse patrem. denique aliud est dicere, si pater dotem non consentiente filia petierit, quo sermone significatur quidem petiisse patrem, sed non consentiente filia, non efficaciter, non vti oportet: aliud dicere, si pater dotem consentiente filia non petierit, quod est simpliciter, si prorsus dotem non petierit, aut petens satis non egerit. Inde quæstiones tres existunt; primum quid sit dicendum, si pater priusquam moreretur dotem exegerit cōsentiente filia: an hoc casu admittenda erit compensatio eius, quod Falcidiæ deest cum dote, quam secundum ius vetus non recepta distinctione noua Iustiniani, quę est in *l. vlt. C. comm. vtr. ind.* filia post mortem patris, propriam & præcipuam habitura est? Et mihi quidem videtur admittendam esse cōpensationem, quia exacta dote voluntate filiæ, proculdubio rediit in bona patris, atque adeo in hereditate patris inuenitur, quod demonstrat *l. 10. ff. de bon. damn.* quæ est vna ex iis, quas Basilica Digestis restituerunt: nam ante Basilica etiam Florentinæ Pandectæ erant imperfectæ, sed dos rediit isto casu in bona patris, cum sua causa scilicet, vt filiæ dos seruetur integra & imminuta, quoad alij nubat, vel cum eodem redintegret nuptias, *l. 81. sup. pro soc.* Rursus, & hæc est secunda quæstio, quid sit dicendum, si sine voluntate filiæ pater dotem exegerit; deinde vita decesserit? Et videtur idem dicendum prima facie, quia dos facta est in bonis patris per restitutionem mariti. Idem, inquam, videtur dicendum esse, vt scilicet in ratione Falcidiæ compensatio admittatur dotis, non totius vtique dotis, sed pro modo vnciæ, quā filia solam deducere iussa est, quia eatenus consumitur, minuiturve actio dotis, quæ filiæ aduersus maritum competit, cum non iure pater dotem exegerit, id est, quum eam exegit inuita filia, *l. si cum dotem, §. si pater, inf. sol. matrim.* videlicet, si amplior sit dos quam vncia: Superfluum autem dotis, quo dos amplior est vncia, mulier suo iure persequitur, & repetit à marito, *l. Titia §. qui inuita, sup. de legat. 2.* Maritus autem, quod mulieri restituerit, mox repetit per condictionem sine causa à coherede mulieris pro deunce, qui ad eum peruenit partim iure hereditario, partim iure fideicommissi. Sola vncia mulieri seruatur, *l. qui hominem §. si gener, inf. de solut.* Et ideo superfluum, quod filia consequitur à marito iure suo, non compensabitur cum eo, quod Falcidiæ deest. Et hoc, vt dixi, si amplior sit dos quam vncia, quæ sola remanet apud filiam ex iudicio testatoris: quod si eadem sit quantitas dotis & vnciæ, tum sane totam dotem filia compensat cum eo, quod Falcidiæ deest, quia eius dotis nomine nullam actionem efficacem aduersus maritum habet, quamuis patri soluerit dotem inuita filia, quoniam quidem tantum filia cepit ex bonis patris, quantum doti satis est; & ideo compensare debet dotem, nec petere à viro cum eo, quod ei dedit pater, id est, cum vncia, *d. l. si cum dotem §. si pater,* Idemque dicendum est, si vncia quam ex sua portione retinet filia, maior sit dote. fac, dotem non pluris esse, quam semunciam: nam & hoc casu, non est filiæ vtilis, & efficax actio dotis aduersus maritum qui dotem soluit patri sine filia, cum plus ea filia ceperit ex bonis patris, quam sit in dote: & ideo semunciam, quanti est dos, compensare debet cum semuncia, qua Falcidiam suppleri desiderat. Tertia quæstio hæc est, quid sit dicendum, si pater dotem petierit lite contestata aduersus maritum? Alioquin non videtur petiisse qui litem contestatus non est, vt recte Glossa notat ex *l. amplius, rem rat. hab.* Quid igitur sit dicendum, si pater dotem petierit cum marito lite contestata, & antequam dotem exigeret, & exprimeret à marito, vita decesserit? Facile est respondere huic quæstioni. Respondeo, idem iuris esse in dote petita à patre, quod in dote exacta, eandemque distinctionem adhibendam esse, videlicet vtrum pater

A petierit dotem volente filia, vtrum patre interim mortuo, filiæ etiam secuta condemnatione mariti, propria sit exactio dotis, nec in heredem patris aut coheredem pro parte suum transmittatur, quod ostenditur recte in *l. si marito §. si voluntate, sup. sol. matrim. l. vn. §. & hoc C. de rei vxor. act.* Nam non omnes actiones, quæ contestatæ sunt à defuncto, transeunt in heredem, vt actio dotis à patre contestata volente filia, non transit in heredem patris, sed exactio est propria filiæ: & ideo hoc casu non admittitur hæc compensatio, quia filia dotem habet proprio iure, non beneficio patris. An vero pater dotem petierit inuita filia, vt tum admittatur secundum subdistinctionem ante propositam in dote exacta sine voluntate filiæ in secunda quæstione. Et hæc quidem omnia B ita procedunt, si pater initio dandæ dotis, vt in *l. quotiens, sup. sol. matrim.* stipulatus non sit diuortio facto dotem sibi reddi: nam si stipulatus sit sibi reddi, propria est actio patris, non communis patri & filiæ, non propria filiæ, atque adeo transfertur in heredes, etiam in filiam, si heres extiterit patri, pro qua parte extiterit, & compensatio admittetur, quia capit partem dotis iure hereditario.

Ad §. auia.

Auia nepotibus heredibus institutis fideicommisit, vt omissa retentione quæ per Falcidiam ex alio testamento competebat, solida legata fratribus & coheredibus solueret. Recte datum fideicommissum respondi: sed huius quoque onus C *in contributionem venire.*

SPecies hæc est: habeo quatuor nepotes, primum, secundum, tertium, quartum. Ex iis nepotibus L. Titius extraneus quidam duos sibi heredes instituit, tertium & quartum, & ab eis legata dedit primo & secundo, & aliis forte extraneis, ita vt legis Falcidiæ ratio intercederet. postea ego nepotes quatuor mihi heredes institui, & tertio ac quarto fideicommisi, vt solida legata ex testamento Lucij Titij fratribus & coheredibus suis primo & secundo soluerent, quamuis interueniret Falcidia, non retenta Falcidia. denique vt Falcidiam sibi competentem ex testamento Lucij Titij primo & secundo fratribus & coheredibus suis condonarent, & re- D mitterent: & aliis quoque fideicommissis vel legatis oneraui eosdem nepotes meos, tertium & quartum, ita scil. vt & ex meo testamento sicut ex testamento Lucij Titij, eis competat beneficium legis Falcidiæ: Papinianus ait hoc loco, in ineunda ratione legatorum & fideicommissorum, quæ à tertio & quarto dedi, etiam cæteris fideicommissis contribui & connumerari onus illud fideicommissi, ne scilicet eius testamenti iure, quod Lucius Titius fecit ex legatis in eo fratribus relictis, primo & secundo deducant Falcidiam, quæ eis iure competit. Et hoc est quod ait Papinianus, huius quoque fideicommissi onus, ne vtantur Falcidia, in contributionem venire, siue in computationem legis Falcidiæ. Contribuere legata aut fideicommissa est, in ineunda ratione legis Falcidiæ, ea communi calculo subiicere, *l. ii. §. quæsitum, sup. h. tit.* Ideoque quanta est Falcidia, quæ tertio E & quarto ex testamento Lucij Titij competet de legatis primo & secundo relictis, tantum testamento meo à tertio & quarto per fideicommissum reliquisse videor primo & secundo: & fideicommissum valet: *fideicommissum,* inquit, *recte datum respondi.* Cur vero recte, non simpliciter? quia rem vel ius heredis sui nemo non recte legat, *§. non solum, Instit. de legat.* etiam sinendi modo, vt Vlpianus scribit *lib. reg. eod. tit.* Sicut & recte constat, seruum heredis manumitti testatorem prohibere, perinde ac si suus esset seruus, *l. 9. §. vlt. inf. de man. testam.* Sed idcirco maxime Papinianus respondit, recte datum fideicommissum, quia datum ita est, id est, citra fraudem

legis Falcidiæ, quam excogitauit testator. Nam etsi non A possit testator cauere, etsi non possim ego cauere, ne in meo testamento Falcidiæ ratio habeatur, sed solida legata ex eo præstentur sine deductione Falcidiæ, etsi hoc frustra caueam in fraudem legis Falcidiæ secundum ius vetus, quod obtinuit ante Iustin. *l. seq. §. vlt. l. Seius, hoc tit. l. nemo potest, de leg. 1.* sine fraude tamen legis recte caueo, ne heredes quodammodo ex alieno testamento competentem sibi Falcidiam deducant, quia non id ago, vt fraudem faciam legi Falcidiæ, sed vt hoc beneficium siue fideicommissum numerem nepotibus meis mihi carioribus. Verum enimuero, vt subiicit Papin. hoc quoque inter cætera fideicommissum lex Falcidia minuet, quæ in meo testamento locum habet, vt si quarta tertio & quarto de legatis primo & secundo relictis competens ex alieno testamento sit centum, verbi gratia, ex ea B quarta iure testamenti mei tertius & quartus deducent 25. quasi re sua aut iure suo legato: nam non solum ad res proprias testatoris legatas lex Falcidia pertinet, sed etiã ad res alienas, *l. 1. §. non solum, hoc tit.* Ergo & ad res heredis, iurave heredis legata, vt patet ex hoc responso, non quidem ita vt Falcidia deducatur ex rebus alienis, aut ex rebus heredis legatis, sed ex pretio earum, quod ex bonis defuncti dominis rerum præstatur: legata enim debebantur ex bonis testatoris, non ex alienis bonis. legatum est delibatio hereditatis testatoris, non hereditatis bonorumve alienorum, *l. legatum, sup. de leg. 1.* & inde, *non delibata hereditas*, id est, *non onerata legatis*, apud D. Ambrosium oratione quadam funebri: & eodem sensu, *Illibatus quadrans* in *l. 20. §. Pap. fam. ercisc.* heredes igitur, à quibus testatorem aut ius eorum legauit duplici C deductione vtentur: nam & pretium rei, iurisue sui deducent, & rem inferent bonis testatoris, quæ commixta aliis bonis defuncti, si omnia efficiant quadringenta verbi gratia, & legata sint quadringenta, rursus heredes ex hac summa deducent centum. Et hæc est sententia & propria species huius responsi, quam & secundo loco attigit Accursius. Paulus & Alexander aliam speciem composuerunt, nempe hoc modo: nam & hæc nobis examinanda est. L. Titius, qui in bonis habuit quadringenta, me heredem instituit habentem quatuor nepotes, primum, secundum, tertium & quartum, & duobus ex his nepotibus meis, primo & secundo à me legauit quadringenta, si legis Falcidiæ beneficio vti volo, non præstabo primo & secundo intacta & integra 400. sed trecenta tantum, vt centum salua habeam & sana, iure Fal- D cidiæ. Verum antequam inirem & ponerem rationem legis Falcidiæ, mihique deducerem illa centum, facto testamento eosdem nepotes quatuor, mihi heredes institui ex æquis partibus, & rogaui tertium & quartum, vt solida 400. ex testamento L. Titij fratribus & coheredibus suis, primo & secundo soluerent, nec Falcidia vterentur, qua alioquin vti possent ex persona mea. Nã non tantum heredi Falcidiæ deductio est, si oneratus sit legatis, sed etiam heredi heredis, *l. 10. C. eod. tit. l. 1. §. 1. inf. quod legat.* Et insuper eosdem nepotes meos, tertium & quartum aliis oneraui legatis & fideicommissis, ita vt lex Falcidia locum habeat, fideicommissum illud quod ab eis relictum est primo & secundo valere constat, quia lex Falcidia heredis causa lata est. nec fraus fit legi E Falcidiæ, si ius suum deminuat heres, sibi vel successori suo, fraus fit heredi non legi, *l. potest, hoc tit.* fideicommissum igitur valet, sed perinde erit atque si primo & secundo, hoc notandum, legassem 50. à tertio & quarto, & commixtis atque confusis his quinquaginta cum aliis legatis, quibus oneraui tertium & quartum, si omnia excedant dodrantem portionum tertio & quarto adscriptarum, etiam ex illis 50. tertius & quartus Falcidiam detrahent, id est, decem cum dimidio. Lege autem Falcidia non interueniente 50. præstabunt primo & secundo, pro portionibus hereditariis suis, non centum. Et ita illi componunt speciem, quam non recipio, propterea, quod hac ratione fit, vt primo & secundo, non vt caui, soluantur solida legata, id est, plena & integra, vt aliæ leges loquuntur, sed pro partibus tantum tertij & quarti. Quandoquidem primus & secundus pro partibus suis hereditariis Falcidiam, quam mihi debuerunt, contribuunt conferuntque bonis meis, *l. 1. §. si debitor, hoc tit. l. si ei cui vendidi §. vlt. sup. de euict.* vt quod ego eis debeo, deducunt bonis, sic ex diuerso, quod ipsi mihi debent, contribuunt bonis. Proinde sola legata, id est, quadringenta, primus & secundus non consequuntur, sed 350. tantum, non interueniente scilicet Falcidia in portionibus tertij & quarti, vel Falcidia interueniente 340. & vnum cum dimidio. In ea autem specie, quam initio proposuimus, & magis probamus, primus & secundus solida legata consequuntur, non interueniente Falcidia, vel ea interueniente deminuto tantum, & rescisso legatorum quadrante, id est, quadrantis quadrante deducto tantum: itaque verbis Papiniani sane prima species accommodatior est.

Ad §. vltimum.

Duobus impuberibus substitutum, vtrique heredem existentem, in alterius hereditate Falcidia non vti conuenit, si de bonis alterius impuberis quartam partem hereditatis patris, quæ ad filios peruenerit, retineat. Quod si frater fratri legitimus heres extitit, & impuberi supremo substitutus, portio quidem paternorum bonorum, quam intestatus puer accepit, rationi Falcidiæ non confundetur, sed quartam eius tantum portionem substitutus retinebit, quam impubes accepit, qui substitutum habuit.

Sequitur tertium & vltimum responsum, quod est in *l. 14. ad leg. Falci.* Pertinet ad materiam contributionum, qua nulla est subtilior in iure, & quæ potissimum tractatur in *l. 11. huius tit.* Duæ autem sunt partes huius tertij responsi, vna est de substituto à patre duobus filiis impuberibus in secundum casum, quæ substitutio pupillaris appellatur. Secundus casus est casus mortis, quæ illis contingat, priusquam excesserint ex ephebis, priusquam pubuerint. Altera vero pars est de substituto à patre in eundem casum, ei tantum, qui supremus moreretur. Primæ partis species hæc est: Pater qui habebat 400. in bonis, primum & secundum filios suos impuberes heredes instituit ex æquis partibus, eisque singulis separatim L. Titium substituit in secundum casum, quæ, vt dixi, est substitutio pupillaris: primi partem onerauerat legatis supra modum legitimum, secundi partem non onerauerat, quia scilicet à primo legauerat ducenta. legata relicta à primo absumunt igitur portionem primi & exhauriunt, quæ est ducentorum; à secundo autem nihil legauerat, aut legauerat centum duntaxat. nondum solutis legatis vtroque moriente intra pubertatem, vnus post alium, vel commoriente vtroque simul, substitutus vtrique heres extitit ex substitutione pupillari; Quæritur, an ex portione primi, quæ onerata est legatis, substitutus possit deducere Falcidiam, cum portio secundi, quæ est integra, aut non delibata supra modum ei sufficiat ad Falcidiam bonorum, quæ pater reliquit mortis tempore? Et respondet Papinianus in prima parte huius responsi, substitutum in portione primi, quamuis onerata sit legatis, nulla Falcidiæ deductione vti posse, hac ratione, quia legata contribuuntur & commiscentur tam à primo quam à secundo relicta, simul & portiones hereditariæ primi & secundi, quæ commixtio & confusio palam facit nullam in hac specie incidere quæstionem legis Falcidiæ, quia portio secundi, quæ est integra, quæ non est onerata substituto, sufficit ad quartam Falcidianam, & mortuis impuberibus

ſubſtitutus comparatur ei, qui primo loco inſtitutus eſt, *l.1.§.ſi coheredes, l.11.§.ſi filio, & §.quæſitum, h.tit. & l. qui fundum §.vlt.ff. ad leg. Falcid. l. coheredi §. coheres, ſup. de vulg. ſubſt.* Subſtitutus igitur, quum extitit conditio ſubſtitutionis, reuocatur ad intellectum inſtitutionis, vt illæ leges loquuntur, id eſt pro inſtituto habetur primis tabulis. Inſtitutus autem ex vtriuſque partibus, vna parte onerata, altera non item, proculdubio confunderet & commiſceret vtraſque partes, partiumque onera; ac deinde facta confuſione componeret rationem legis Falcidiæ. Ergo & inſtar inſtituti ſubſtitutus confundet partes heredum inſtitutorum, & legata ab eis relicta. Quo facto apparebit legem Falcidiam in hac ſpecie locum non habere, quæ eſt ſententia primæ partis. neque huic reſponſo quicquam officit, quod in materia contributionum Dd. ſtatuunt, & ego ſemper prædicaui eſſe veriſſimum, vt ad 29. quæſtionum, id eſt. ad *l.11.h.t.* & ad 6. reſponſ. id eſt, *ad l. coheredi §. coheres, de vulg. ſubſt.* Ita vero ſtatuunt, quum portio integra accedit adiungiturque oneratæ, contributioni portionum & onerum locum eſſe: cum vero onerata accedit integræ, contributioni locum non eſſe ex *d.l.1.§.ſi coheres, & l.11.§.ſi filio, & §.quæſitum, & l. quod ſi alterutro, hoc tit.* Hæc definitio, quam habeo pro veriſſima, nihil obſtat huic reſponſo, vt cœpi dicere, quia in ſpecie propoſita neutra portio neutri accedit, ſed vtraque portio eſt æque principalis, & directo ac principaliter, quaſi vna hereditas vnũve patrimonium ſubſtituto obuenit ex ſubſtitutione pupillari, & ideo contributioni locus eſt, perinde atque ſi in primis tabulis ex aſſe heres inſtitutus eſſet, licet prius ei obuenerit portio onerata, quam integra; Et quæ ſupradictis locis tractantur, de contribuendis vel non contribuendis legatis, ad ea tantum legata pertinent, quæ relinquuntur à pupillo herede ſcripto, & à ſubſtituto eius, vel à duobus vni pupillo ſubſtitutis, vel ad ea, quæ relinquuntur ſingulis heredibus inſtitutis contribui ſcilicet debeant, necne, vel ad ea, quæ relinquuntur ab inſtituto herede eodemque ſubſtituto, vel à pupillo, & coherede eius extraneo eodemque ſubſtituto: nihil autem pertinent ſupradicti loci ad ea, de quibus hic agitur, quæ ſcilicet relinquuntur à pupillis duobus heredibus inſtitutis, quibus vnus idemque ſubſtitutus heres extitit, à quo nihil legatum eſt. Et de prima parte hactenus. In ſecunda parte huius reſponſi: duobus impuberibus inſtitutis, & vnius portione onerata, non etiam alterius proponitur ſubſtitutus non vtrique datus, vt in prima parte, ſed ei tantum, *qui ſupremus moreretur:* quo caſu, ſi vnus poſt alium fungatur vita, priori defuncto frater ſuperſtes iure legitimo ab inteſtato heres exiſtit, & eo poſtea moriente intra pubertatem, ſubſtitutus in bona eius vocatur: in quibus bonis tametſi inueniat portionem prioris, quæ ei obuenit iure legitimo ab inteſtato vt conſanguineo, tamen eam non confundit, aut contribuit cum portione poſterioris, id eſt, eius qui ſupremus mortuus eſt. Fac, portionem prioris eſſe integram, portionem poſterioris oneratam, ſubſtitutus in portione poſterioris, quam ex ſubſtitutione capit, Falcidiam inducere poteſt, licet pars prioris Falcidiæ ſufficiat atque largiatur, quia partem etiam prioris partis ſubſtitutus non capit ex ſubſtitutione, cum ſubſtitutus priori non fuerit, nec poſterior eam habuerit ex teſtamento patris, ſed lege ad eum redierit ab inteſtato, vt fraterna, non vt paterna hereditas, & ab eo deinde tranſierit in ſubſtitutum iure ſubſtitutionis, non quæ facta eſt priori, quæ facta nulla eſt, ſed quæ facta eſt ſupremo morienti, *l. ſed ſi plures §. ad ſubſtitutos, ſup. de vulg. ſubſtit.* Hæ tantum portiones confunduntur, quæ ſunt eiuſdem hereditatis, veluti hereditatis paternæ, non quæ ſunt aliæ atque aliæ, hereditatis veluti fraternæ, & paternæ. Et rurſus hæ tantum portiones confunduntur, quæ ex eodem te-

A ſtamento capiuntur, non quarum vna ex teſtamento, altera ex lege, inſpecta origine diuerſo iure. Nam etſi pater cogitauerit portionem eius, qui prior vita decederet ex lege peruenturam ad poſteriorem ab inteſtato, *l. pen. C. de impub. & aliis ſubſtitut. l. vel ſingulis, ſup. de vulg. ſub.* non eſt tamen ea cogitatio patris, ne tacita quidem ſubſtitutio, itaque portionem fratris qui prior deceſſit, frater ſuperſtes capit, non veluti ex teſtamento patris, ſed veluti ex *l.12.* tabularum, iure inteſtati. Quod hic locus aperte demonſtrat. Subſtitutus igitur in hac ſpecie, ſi portio ſupremi morientis, ſi portio poſterioris onerata ſit legatis, eius portionis quadrantem deducet, id eſt, ſeſcunciam, & præter hunc quadrantem etiam habebit integram portionem inteſtati prioris inuentam in
B bonis poſterioris, id eſt, qui nouiſſimus è vita exceſſit, quod & aliquando fieri idem Papinianus notat in *l.11. §. quod vulgo, ſup.* illo loco: Poteſt euenire, vt ſubſtitutus longe plus habeat quarta paternæ hereditatis. Sane id euenit in ſpecie propoſita; nam habet ſubſtitutus ſeptuncem & ſeſcunciam. Vtramque autem partem huius reſponſi Cyrillus Græcus interpres breuiter complexus eſt his verbis: Εἰ μὲν ἰδίᾳ ἑκάστῳ τῶν δύο ἀνήβων ὑποκαταστῇ τις, κοινῶς πραγματεύεται ὁ φαλκίδιος; εἰ δὲ τῷ ὑστέρῳ τελευτῶντι, κεχωρισμένως. *Si quis*, inquit, *ſingulis duobus impuberibus ſubſtitutus ſit, communiter habetur ratio legis Falcidiæ; ſin vero vltimo morienti, ſeparatim.* Ad hæc obſeruandum eſt in ſpecie primæ partis nihil intereſſe filij impuberes ſimul mortui ſint ruina vel naufragio, an vnus poſt
C alium: vtrobique enim ſubſtitutus in ratione Falcidiæ confundit & permiſcet vtriuſque partem & vtriuſque partis legata. At in ſpecie ſecundæ partis, huic reſponſo locus eſt ita demum, ſi vnus poſt alium vita deceſſerit, vt tum ſcilicet non fiat confuſio & contributio partium vel onerum. Nam ſi pariter eodem momento filij perierint impuberes, confuſionem admittemus, vt in prima ſpecie, quia vterque intelligitur ſupremus deceſſiſſe, & ſubſtitutus vtrique ſuccedit ex iudicio patris, & ſubſtitutione pupillari, quam eis fecit pater, *l. qui duos, ſup. de reb. dub. l. ex duobus, ſup. de vulg. ſubſtit.* vbi ſatis oſtendi ad Africanum non aliud eſſe dicendum in ſubſtitutione precaria, non eſſe in hac re ſeparandam ſubſtitutionem directam à ſubſtitutione fideicommiſſaria, contra quam
D hic Gloſſa adnotauit, explicata ratione, *l. eum qui, & l. heredes §. cum ita, inf. ad Treb.* quibus ſubnititur Gloſſa, quem etiam *§. cum ita*, memini me exponere fuſius ſuperiore libro reſponſorum. Ergo cum ſubſtitutionem pater fecit pupillarem ei tantum; qui ſupremus impubes moreretur; diſtinguimus, vtrum ſimul ambo vita deceſſerint caſu quodam, an diuerſis temporibus: & eandem diſtinctionem ſeruari volumus, ſi ita pater liberis ſubſtituerit: ſi ambo intra pubertatem deceſſerint, vel ſi vterque intra pubertatem deceſſerit, vt patet ex *l. qui duos, ſup. de vulg. ſubſtit. & l. pen. C. de impub. & ali. ſubſtit.* Nam ſi diuerſis temporibus moriantur diſcretis partibus hereditariis, inducitur ratio legis Falcidiæ in portione poſterioris, non in portione prioris, nec ideo minus
E in portione poſterioris, ſi onerata ſit, quod portio prioris non ſit onerata. At ſi eodem tempore ſimul deceſſerint, rationi Falcidiæ partes hereditarias, partiumque legata contribuimus & confundimus, communive calculo ſubiicimus in computanda ratione bonorum & legatorum, quod & Accurſius tradidit recte hoc loco, cuius Gloſſæ omnes in hunc locum rectiſſimæ ſunt, preterquam in illa parte, qua ſeparat ſubſtitutione directa à fideicommiſſaria, vt docui in *d. l. ex duobus.* Ideque Antonius Polit. enarrauit in hunc locum, niſi neſcio qua mente in formulis cōcipiendis ſubſtitutionis pupillaris ſexies ſcripſiſſet, *in pubertate, ſi in pubertate deceſſerit,* pro *ſi in pupillari ætate.* nam puberi in ſecundum caſum directo ſubſtitui non poteſt, *§. vlt. Inſtit. de pupill. ſubſt.* Et

quod etiam crediderim esse vitium eius, qui expresserat male, quod ille descripserat bene, nisi etiam quum ita substituit liberis impuberibus; *si ambo mortui essent,* desiderasset singulis ita substitui contra quam proponatur in *d.l. pen. C. de imp. & ali. substit. & l. qui duos, de vulg. substit.* Et hic est finis legis 14.

Priusquam veniam ad l. 58. *ad SC. Treb.* debeo satisfacere duobus ex vobis veri iuris studiosissimis, quo genere & omnibus satisfaciam, quibus resident adhuc hæsitationes quædam iuxta ea, quæ diximus ad primum responsum, *l. 14. ad l. Falcid.* Ac potissimum ad eas tres quæstiones, quas proposui post expositam speciem huius responsi. Et ad primam quidem quæstionem, quod dixi, de dote à patre exacta consentiente filia, vt compensetur cum Falcidia, quia inuenitur in bonis patris; ibidem obiicitur, prælegata etiam inueniri in bonis testatoris, & tamen non computari in Falcidiam pro ea parte, quæ à coherede accipitur, vt in *l. in quartam, eod.* At respondeo, dotem filiæ fuisse prælegatam nusquam proponi, quia ex bonis patris filia dotem aufert tanquam præcipuam, & quasi non transmissam in vtrumque heredem institutum, sed in se tantum in assem, *l. vnic. §. & hoc, C. de rei vxor. act.* Quod etiam olim obtinuisse certissimum argumentum præbet noua distinctio, quam hac in re introduxit Iustinianus in *l. vlt. C. com. vtriusq. iudic.* Deinde etiã si dos prælegata esset, aut pro prælegata haberetur, dicerem totam eam compensari in Falcidiam, quia tametsi pars, quæ iure legati capitur in prælegato à coherede non imputetur, siue non computetur in Falcidiam, compensatur tamen, *l. Nesennius, l. filio, eod. tit. l. 58.* ad quam mox aggredior, *§. acceptis, ad Treb. l. filium quem, ff. famil. ercisc.* Aliud est computare, aliud compensare. Et hæc duo accurate semper distinguenda sunt, non confundenda, aut quod Dd. faciunt commutanda. Quod autem dixi ad secundam quæstionem, si tanti sit, quod filia ex bonis patris deducere iussa est, id est, si tanti sit vncia, quam deducere iussa est, quanti est dos, vel etiam si amplius sit, filiam dotem compensare cum Falcidiæ residuo, quod sibi suppleri desiderat. Ibidem quæritur, vnde eam dotem habeat filia, & quo iure? Et respondeo, filiam eam dotem ex bonis patris habere videri, quod ex bonis patris tantum fert, vel amplius iure hereditario, vel iure legati, & idcirco compensat cum dote: denique agnoscendo hereditatem vel legatum, amittit propriam actionem dotis, qua in maritum à quo diuertit, frustra agit, *l. si cũ dotem, §. si pater, sol. matrim.* & quod in hereditate vel legato amplius habet, lucrifacit. Item quod quæritur, quatenus filia compenset dotem, vt habeat sescunciam? scribendum est, *sescunciam,* non *sexunciam*? Respondeo eam compensare totam dotem, quia posui non esse eam ampliorem semuncia, quæ Falcidiæ deest, aut non esse ampliorem vncia, quam filia retinere iussa est. Postremo quod dixi ad tertiam quæstionem (secunda fuit de dote à patre exacta non consentiente filia, prima de dote exacta consentiente filia) de dote petita à patre, non etiam exacta, idem iuris esse in dote petita, quod exacta, id perfusorie dictum esse, cætera, quæ tradidi, ostendunt, & sane mutandum est. Nam si pater dotem exegerit consentiente filia, compensatur, si petierit tantum consentiente filia, non exegerit, non compensatur, quia propria est exactio filiæ, *l. si marito §. si voluntate, sol. matrim. l. vn. §. & hoc. C. de rei vxor. act.* Quod si pater dotem petierit tantum non consentiente filia, eadem quoque ratione, quia filiæ exactio est propria, non compensatur: & multo maiori ratione (quod vnus ex illis accurate animaduertit) ne sit deterioris conditionis, quæ non consensit patri petenti, quam quæ consensit: quod eueniret, si hæc non compensaret, illa compensaret, & esset absurdum atque incongruum.

A

Ad l. 58. ad Senatusc. Trebell.

Deducta parte quarta restituere rogatus hereditatem, priusquam restitueret hereditario debitori heres extitit, quoniam actio ea confusa per Trebellianum redintegrari non potest, pecuniæ quoque debitæ dodrans, ex causa fideicommissi petatur, sed in eum diem, quo actio confusa est vsuræ præteriti temporis quæ in obligatione, vel in officio iudicis fuerunt, computabuntur, posteriores ita demum, si mora fideicommisso facta sit.

SVnt in hac lege plura responsa. Primum & secundũ quoniam breuissimum, exponam: primi species hæc est: Sempronius me heredem scripsit & pure rogauit,

B primum responsum est de puro fideicommisso, quod maxime ad rem facit, sequentia de fideicommisso in diem. Pure igitur me rogauit, vt deducta Falcidia Lucio Titio hereditatem restituerem: in hereditate erant nomina debitorum, quorum vni per aditionem heres extiti, antequam L. Titio restituerem Sempronij hereditatem, aditione extincta & confusa est actio hereditaria, quæ mihi in eum debitorem competebat iure hereditario, quia eiusdem pecuniæ factus sum creditor & debitor, *l. Stichum §. aditio, de solut. & l. seq. hoc tit. l. debitori, C. de pact.* Quæ actio ita confusa redintegrari non potest, per Senatusconsultum Trebellianum L. Titio restituta hereditate scilicet, quoniam Senatusconsultum Trebellianum transfert tantum in fideicommis-

C sarium actiones, quas heres habet, & quibus obstrictus est, id est, actiuas & passiuas. passiuas, vt loquuntur, quæ scilicet nunc sunt in hereditate, *§. qui post,* in hac lege, & in *l. sequ. l. si mulier §. ex asse, de iur. dot.* Actiones autem, quæ desierunt esse in hereditate, Senatusconsultum Trebellianum, ex quo restituitur hereditas fideicommissario Trebelliano, neque transfert, neque redintegrat, quia Senatusconsultum illud est de transferendis tantum actionibus hereditariis, non de redintegrandis, quæ cum sint extinctæ per confusionem, nec transferri possunt igitur in fideicommissarium Trebellianum, & ideo deficiente auxilio Senatucõsulti, equũ

D est subueniri fideicommissario, ne amittat commodum eius actionis, quæ in hereditate fuit mortis testatoris tempore. Quamobrem Papinianus ait, exemplo cæterorum bonorum & eius quoque actionis siue pecuniæ debitæ iure fideicommissi, deducta Falcidia, vt cauit Sempronius, debere L. Titio restituere dodrantem, dodrantem sortis, itemque dodrantem vsurarum eiusdem pecuniæ. vsurarum, inquam, præteriti temporis, quæ fuerint in obligatione, vel officio iudicis vsq; in diem, quo confusa est obligatio, vt ait, idest, quo debitoris hereditarii hereditatem adiui: nam & ea obligatio vsuraria, hereditaria est, *l. postulante §. sed & in huiusmodi, hoc tit.* Ergo eius dodrans in restitutionem fideicommissi venit. Ab eo autem die, quo confusa est obligatio, vsuræ consistunt, neque debentur fideicommissario

E pro dodrante, quod rursus officio iudicis à me deberi incipiant, aut forte ex mora præstandi fideicommissi, quod interpellanti fideicommissario sine causa recusem restituere hereditatem fideicommissariam. Medij autem temporis inter diem confusæ obligationis, & diem moræ, nullæ debentur vsurę, quia sublata per confusionem, quæ pro solutione est, obligatione principali, sublata etiam est obligatio vsurarum, quę illius sequela & accessio est. Quæ est sententia huius responsi, in quo & hoc maxime notandum, quod vsuras, quæ sunt in obligatione, Papinianus separat ab vsuris, quæ veniunt officio siue arbitrio iudicis, quia etsi quæ veniunt officio iudicis, quandoque deberi dicantur, vt in *l. mora §. in bonæ fidei, sup. de vsur.* tamen proprie non debentur, quia non sunt in obligatione, *l. vlt. sup. de eo*

quod certo loco l. qui per collusionem, §. vlt. de act. emp. l. non quidquid, de indic. Et leges infligendarũ earum iudicibus tribuunt copiam, non imponunt necessitatem: in obligatione autem sunt vsuræ ex stipulatione in causis stricti iuris, vel ex pacto certis casibus: & paucis in strictis iudiciis, vel ex lege in omnibus iudiciis: nam & lege obligamur, *l. obligamur §. 1. de oblig. & action.* vt in causa iudicati: nam vsuræ rei iudicatæ sunt legitimæ & certæ, non arbitrariæ: in arbitrio autem iudicis sunt vsuræ ex mora in bonæ fid. contractib. & in legatis, ac fideicommissis, *l. 3. C. in quib. causis rest. in integ. non est necess.* & in pollicitationibus factis Reip. ob causam, *l. 1. inf. de poll.* & interdum etiam ante moram in bonæ fidei iudiciis, vt in *l. 12. §. si mihi, sup. mand.* Iis etiam addamus, quod est perbreue & exiguum in §. 1.

Ad §. cum hereditas.

Cum hereditas ex causa fideicommissi in tempus restituenda est: non idcirco nominum periculum ad heredem pertinebit, quod heres à quibusdam pecuniam exegerit.

HEres in tempus, vel vt ait, §. qui sequitur, post tempus, quod idem est, puta post biennium rogatus est hereditatem restituere L. Titio, & interim quædam nomina hereditaria fœneratitia exegit intra biennium, quædam non exegit: quæ exegit fœnora, non veniunt in restitutionem fideicommissi, vt patet ex §. *seq.* cuius quæstio elegantissima est, quia ea ex iudicio defuncti exegit, qui voluit integro biennio, quantum posset ex hereditate emolumenti percipere, salua rerum substantia: nec enim deminutio heredi onerato fideicommisso post tempus restituendo, permittitur, *l. mulier §. si heres, hoc tit. & Nouella 39.* Quæ autem nomina non exegit, veniunt in restitutionem fideicommissi, veluti vsuræ futuri temporis, & nomina, quæ non exegit, veniunt in restitutionem fideicommissi, & veniunt qualia qualia sint: nec enim heres præstare debet, ea esse integra & idonea, vt si forte sine culpa heredis deteriora facta sint, debitoribus facultatibus euersis, periculum eorum in se recipiat & agnoscat: nec enim agnoscit: quod tamen fideicommissarius heredi obiiciebat, desiderans, vt periculum nominum non exactorum, ad heredem pertineret, & dicens, cur tu hæc nomina non exegisti, illa exegisti? cur his interuallum dedisti, non illis? Quod obiicit frustra: nam etsi illa exegisset, si omnia exegisset, non fecisset meliorem, imo deteriorem conditionem fideicommissarij, quia tanto minus restitueret. Itaque ex eo solo culpa in herede culpari non potest, quod alia fœneratitia: nomina enim proprie dicuntur de cautionibus fœneratitiis: quod alia, inquam, nomina exegerit, alia non. Et recte in *l. periculum, sup. de reb. cred.* periculum nominum ad eum tantum pertinere, cuius culpa deteriora ea facta esse probetur, non etiam ad eum qui vacat culpa. Denique heres nisi culpã, merito existimat omnia alia sibi indebita esse, quæ est sententia 1. §. Nec aduersus eam quicquã facit *l. cum quæreretur, sup. de adm. tut.* quam obiicit Accurs. quia non loquitur de nominibus hereditariis, sed de nominibus factis à tutore: nam & nomina hereditaria velim separari ab iis, quæ heres fecit ex pecunia hereditaria, & suo nomine stipulatus est, quæ heres sibi imputat in Falcidiam, & si quid sit vltra Falcidiam, vltra quam ius non habet deminuendi fideicommissi, vt notatur in supradicta Nouella 39. In eo eam dabit electionem fideicommissario, quam dat tutor pupillo, in *d. l. cum quæreretur & l. tutor qui repertorium §. si tutor pec. eod. tit.* vt aut tota nomina, quæ heres contraxit agnoscat fideicommissarius, aut tota repellat, nec sit in eius potestate integra sibi habere, & deteriora imputare heredi, eaque ita diuidere & scindere, quoniam sa-A tius est aut in totum, quod fecit heres in contrahendis nominibus eum approbare, aut in totum improbare.

Ad §. qui post.

Qui post tempus hereditatem restituere rogatur, vsuras à debitoribus hereditariis perceptas, quarum dies post mortem creditoris cessit, restituere non cogitur, quibus non exactis omnium vsurarum actio, nam hereditaria stipulatio fuit, ex Trebelliano transferetur. Et ideo nec indebiti repetitio erit. Ac similiter hereditario creditori, si medij temporis non soluantur vsuræ, fideicommissarium in his quoque Trebellianum tenebit, nec ideo querelæ locus erit, quod de fructibus heres, quos iure suo percipiebat, fœnus non B *soluerit. Quod si fœnus heres medij temporis soluerit, eo nomine non erit retentio, cum proprium negotium gessit, quippe sortem reddere creditori coactus, fideicommissario nihil vsurarum medij temporis imputabit.*

SEquitur vt exponamus §. *qui post tempus*, quod est tertium responsum huius legis, cuius §. duæ sunt partes. Vna est de actionibus, quibus defunctus aliis tenebatur obstrictus, altera est de actionibus siue obligationib. quibus defunctus alios sibi habebat obstrictos. Denique prima est de debitoribus hereditariis, secunda de creditoribus hereditariis: In prima parte tractatur de fructibus, vsuris, pensionibus ab herede medio tempore perceptis, ante diem fideicommissi, id est, antequam venisset dies restituendæ hereditatis ab herede per fideicommissum alij relictæ: denique agitur in C prima parte, de fideicommisso hereditatis relicto in conditionem: nihil refert, æqui illud facio, an scilicet veniente die restituendi fideicommissi, aut existente conditione, fructus, vsuræ, pensiones interim perceptæ ab herede fideicommissarium sequantur, & in restitutionem veniant? Loquitur tantum de fideicommisso in diem, puta relicto post biennium. Sed idem est in fideicommisso conditionali, *vt dixi*, hæc facio paria. At à fideicommisso in diem vel in conditionem longe dispàro fideicommissum purum siue præsenti die relictum. Nam fructus sati à defuncto nec demessi, qui immaturi erant mortis tempore, ab herede percepti ante moram, per negligentiam & ignauiam fideicommissarij non interpellantis heredem, fideicommissarium non sequuntur, nec imputantur in Falcidiam, sed heredis lucro ce- D dunt, vt docui lib. 7. ad l. 8. de vsur. quia scilicet non hereditati, sed ipsis corporibus hereditariis hi fructus accepto feruntur, & in Falcidiam tantum imputantur, quæ ex hereditate sunt, & in fideicommissum æque veniunt ea tãtum, quæ hereditatis sunt, sed ij tantum fructus sequũtur fideicommissariũ, qui percipiuntur post moram factam restitutioni fideicommissi, quæ omnia demonstrãtur in *l. in fideicommissarium, l. mulier §. si heres, l. postulante §. sed & in huiusmodi quæstione, sup. h. tit.* Hi etiam fructus fideicõmissarium sequuntur, qui inuenti sunt in hereditate mortis tempore, puta reconditi in horrea, vel qui maturi erant, & mox demetendi mortis testatoris tempore, quoniam ij pars hereditatis E sunt: Ij hereditati accepto feruntur, qui inibi erant vt demeterentur, *l. 9. sup. ad leg. Falcid. l. centurio, in fi. de vulg. substit.* Et hoc de fructibus. At vsuræ pecuniarum à defuncto collocatarum, vel mercedes, aut pensiones locationum factarum à defuncto fideicommissarium sequuntur, fideicommissario debentur omnimodo ex mortis tempore in tempus restitutionis, *d. §. sed & in huiusmodi,* vel in tempus, quo principalis obligatio sublata fuerit, vt in primo responso h. leg. Et ratio hæc est, quia earum vsurarum pensionumue actiones hereditariæ sunt, quandoquidem exordium sumpserunt à defuncto: ergo concedendæ sunt fideicommissario, cui relicta est hereditas, id est, quidquid esset hereditati

rium. In vſuris autem perceptis, non ex contractu defuncti, ſed ex contractu heredis, qui nummos hereditarios fœnori occupauit, & in fructibus ſimiliter ſatis ab herede & perceptis, nulla eſt differentia, quia certum eſt, neque eas vſuras, neque eos fructus contineri fideicommiſſo, propterea quod heres ſuo periculo pecuniam hereditariam fœnori occupauit, & ſuo quoque periculo, ſuaque impenſa prædia hereditaria ſeuit, curauit, & coluit, & hereditariæ hæ actiones ſiue obligationes non ſunt, ideoque nihil eo nomine heres fideicommiſſario præſtat, niſi mora interceſſerit *d. §. ſed & in huiuſmodi*. Obligationes quæ non ſunt hereditariæ, non cadunt in fideicommiſſum hereditatis, quod & lex quæ ſequitur, *l. debitor*, demonſtrat, quoniam quidem, vt iampridem oſtendi, in ea legendum eſt, *quoniam hereditaria non eſt actio*. idcirco ſcilicet nihil eo nomine fideicommiſſario præſtatur, ſortes tamen, quibus ſumptis ex hereditate heres fœneratus eſt, proculdubio preſtat fideicommiſſario, *l. vxori, de vſufr. leg.* Et hæc de puro fideicommiſſo. Videamus quid iuris ſit in fideicommiſſo relicto in diem vel in conditionem: & certum eſt fructus medio tempore perceptos ex tempore mortis, in diem, quo exſtitit conditio, aut venit dies fideicommiſſi, non venire in reſtitutionem, niſi fuerint maturi mortis tempore, vel repoſiti in horrea, vt *d. l. centurio*, in qua fuit fideicommiſſum in diem, vel niſi mora heredis interceſſerit. Sed cæteri fructus, qui non veniunt in reſtitutionem fideicommiſſi, ſi heres oneratus fideicommiſſo non ſit ex filiis, quoniam filij excipiuntur à Iuſtiniano in *l. iubemus, C. eod. tit.* imputantur heredi, non veniunt quidem in reſtitutionem, ſed imputantur heredi in quartam & quartæ fructus, quia eos heres habet ex iudicio defuncti, qui tantiſper eum hereditate perfrui voluit, vel vt ait in ſecunda parte huius §. eos heres iure ſuo, id eſt, iure hereditario interim percepit, *d. l. in fideicommiſſarium, l. mulier §. ſi heres, h. t.* Et conſtat in Falcidiam imputari omnia ea, quæ capiuntur ex iudicio teſtatoris, ſi iure hereditario, non alia vlla, ſiue agatur de Falcidia hereditatis, ſiue de Falcidia legatorum, aut fideicommiſſorum ſpecialium, *l. quod autem, l. in quartam, ſup. ad leg. Falcid.* Exemplo autem fructuum vſuræ, quas medio tempore percepit à debitoribus hereditariis, cedente earum vſurarum die poſt mortem teſtatoris in reſtitutionem non veniunt, ſed imputantur in Falcidiam, quaſi perceptæ certo iudicio defuncti, §. *ante inf.* vſuræ vicem fructuum obtinent, *l. vſuræ, ſup. de vſur. l. poſtulante §. ſed & in huiuſmodi*, in illo loco, *ſane pro fructu, &c. ſup. hoc tit.* Vſuræ, inquam, vicem fructuum obtinent iuris poteſtate, non naturæ, *l. ſi nauis, ſup. de rei vind.* nec enim vſuræ natura proueniunt, quaſi pecunia gignente pecuniam, ſed ex obligatione deſcendunt, vel ex officio iudicis. Vſura eſt quaſi fructus & reditus pecuniæ, *l. 3. ſup. de vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum. l. Titius, de præſ. verb.* Sunt incrementũ pecuniæ, *l. alio, de aliment. leg.* πλεονασμὸς τοῦ χρέους, *Leuit. 25.* Et idem etiã dicendũ eſt in penſionibus prædiorum ruſticorum vel vrbanorum, quæ defunctus locauit, quas ſcilicet penſiones, antequam dies cederet fideicommiſſariæ hereditatis, die earum penſionum cedente poſt mortem teſtatoris, heres medio tempore percepit, *d. §. ante*, quia penſiones prædiorum etiam pro fructibus accipiuntur, *l. penſiones, de vſur. l. 7. §. de penſionibus, ſup. ſol. matrim. l. ancillarum, & l. mercedes, ſup. de petit. hered.* Et ruſticorum quidem prædiorum penſiones incunctanter dicimus pro fructibus accipi, cum ſint pretia fructuũ, quos prædia ferunt naturaliter. De penſionibus prædiorum vrbanorum magis dubitatur, an habeantur pro fructibus, quia ex prædiis vrbanis nulli fructus natura proueniunt, ſed ex obligatione tantum locati & conducti: ſed has quoque penſiones placet accipi pro fructibus, & here-

A di qui eas accepit imputari in Falcidiam, nec fideicommiſſo contineri. Et hæc de fructibus, vſuris, penſionibus ab herede perceptis ante diem cedentem fideicommiſſi, quo ſit reſtituenda hereditas. Nunc videamus, quid fiat de illis, quos, quaſue heres non percepit tempore reſtituendæ hereditatis? Et hoc caſu videntur etiam nonnihil diſtare fructus ab vſuris, & penſionibus: nam fructus nondum percepti, qui ab herede ſati ſunt, vel qui pendebant immaturi tempore mortis teſtatoris, in reſtitutionem non veniunt, niſi mora facta ſit reſtitutioni fideicommiſſi, quia non hereditati, vt dixi ante, ſed ipſis rebus hereditariis accepto feruntur, *l. in fideicommiſſariam, hoc tit.* At vſurarum & penſionum nondum exactarum actiones in reſtitutionem ve-
B niunt, etiam ſi dies earum ceſſerit poſt mortem teſtatoris ante moram heredis, vel reſtitutionem fideicommiſſi, quia hereditariæ actiones ſunt, quatenus originem ceperunt à defuncto. Quamobrem heredi non cõpetit condicto indebiti, ſi vſuris vel penſionibus non deductis, quarum dies iam ceſſerat poſt mortem teſtatoris, hereditatem reſtituerit ex Senatuſconſulto Trebelliano, quia non intelligitur plus debito reſtituiſſe, quod Papinian. hoc loco ſignificat his verbis, *& ideo nec indebiti repetitio erit*; non erit ſc. heredi qui reſtituit hereditatem his vſuris, vel penſionibus non deductis: ne dicas, vt Gloſſa, *non erit debitori, qui ſoluit heredi vel fideicommiſſario*. Illud etiam certiſſimũ eſt, earum vſurarũ vel penſionum actiones fideicommiſſariũ ſequi, quarũ
C dies tempore reſtitutæ hereditatis nondum ceſſerat, forte quia erant debitæ ſub conditione, quæ nondum extiterat, *l. ita tamen §. actiones, ſup. hoc tit.* At quæro an etiam fideicommiſſarium ſequantur vſuræ, vel penſiones, quarum dies iam ceſſerat viuo teſtatore? Et vt ſequi videantur magnum nobis præbent argumentum in hoc loco hæc verba Papiniani, *quarum dies poſt mortem creditoris ceſſit*. Secundum quæ etiam accipienda ſunt hæc verba *d. §. ante, Cum poſtea ceſſiſſet dies*, nempe dies vſurarum aut penſionum, non dies fideicommiſſi, vt ibi Gloſſa notat, quæ etiam illa verba accipiendo de die vſurarum, vti accipienda ſunt, ex hoc §. fruſtra exigit moram debitorum, cum vſuræ pecuniæ creditæ citra moram debeantur ex ſtipulatione, vt & hoc §. ſignificat, dum ait, *nam hereditaria ſtipulatio fuit*, ſtipulatio
D vſurarum ſcilicet. Igitur actiones vſurarum, quarum dies iam ceſſerat ante mortem teſtatoris, fideicommiſſario competunt, vel ſi ab herede perlatæ ſint & exactæ, in reſtitutionem veniunt vt ſortes, quaſi ſortes effectæ, *l. vxori, de vſufr. leg. l. qui negotiationem §. vlt de adminiſt. tut.* Sortes vero non ambigitur eſſe reſtituendas, quia fuerunt in hereditate mortis tempore, qua de cauſa in §. 1. h. l. nomina, vel accipi oportet pro cautionibus fœneratitiis, vt *l. vlt. in pr. C. de pact. conu. ſuper dote: l. qui filium, ſup. de legat. 3.* pecuniæ, inquit, deſtinatæ nominibus faciendis, id eſt, contrahendo fœnori, nimirum, quia pecuniæ creditæ vſuræ non debentur, niſi ex ſtipulatione; vel, vt olim obtinuit, nomine facto ad menſam argentarij, vbi æra perſcribuntur vſuraria, vt Plau-
E tus ait, in True his duobus modis, ſtipulatione ſcilicet & nomine facto fœnus contrahetur, *l. ſi plures, ſup. de pact.* vel ſi in *d. §. 1.* nomina tam pro vſuris quã pro ſortibus accipias, ſeparandæ tibi ſunt vſuræ à ſortibus. At dicendum ſortes exactas ab herede in reſtitutionem venire, & non exactarum actiones, ita vt earum actionum periculum heres fideicommiſſario præſtare non cogatur: vſuras autem exactas, quarum medio tempore dies ceſſit, in reſtitutionem non venire, quoniam teſtator voluit, vt interim eas heres ſibi haberet: non exactas autem vſuras concedi fideicommiſſario, quales quales ſint earum actiones, herede non agnoſcente earum periculum, nec preſtante debitores eſſe idoneos & locupletes. Vt vſuræ ſint exactæ ab herede, ne reſtituantur,

tur, aut cedant fideicommiſſario, omnimodo requiro: nam ſi petitæ tantum ſint ab herede, etiamſi petitionem ſequuta ſit condemnatio, id eſt, etiam ſi debitor condemnatus ſit heredi, dico fideicommiſſario exactionem cõpetere, non heredi, argumento *l. ſi marito* §. *ſi voluntate, ſup. ſol. matrimon.* Quod & ſuapte prudentia nullo loco adnotato ita ſenſit Angelus Peruſinus. Hæc ſunt quę pertinent ad primam partem quæ notanda ſunt. Venio ad ſecundam partem, quæ eſt de vſurariis creditoribus hereditariis. Et rurſus diuiditur in duas partes, quarum vna eſt de herede, qui non ſoluit vſuras creditoribus hereditariis, quarum dies ceſſit medio tépore poſt aditam hereditatem ante diem fideicommiſſi cedentem: altera pars eſt de herede, qui eas ſoluit. De prima, primum dicamus. Si ante diem fideicommiſſi cedentem medio tempore heres non ſoluit vſuras creditoribus hereditariis; tametſi earum dies ceſſiſſet medio tempore: lege quidem Falcidia non interueniente onus iſtud ſoluendarum vſurarum ſequitur fideicommiſſariũ ex Senatuſcõſulto Trebelliano, cui reſtituta eſt hereditas: nam eo Senatuſconſulto cautum eſt, vt actiones quę heredi & in heredem competunt, ei, & in eum dentur reſtituta hereditate, *l. 1. h. t.* Eadem igitur eſt ratio vſurarum non exactarum ab herede, & non ſolutarum: eadem ratio commodi & incommodi: nam & non exactarum commodum de quo egit ſupra, & non ſolutarum incommodum, ſequitur fideicommiſſarium. Et hoc eſt quod ait initio ſecundæ partis huius §. At ſimiliter cum dixiſſet de commodo non exactarum, quod ſequitur fideicommiſſarium, ſubiicit de incommodo non ſolutarum, & id quoque ſimiliter ſequi fideicõmiſſarium, ſeruata eadem ratione in commodis, & in incommodis, vt nec ſint commoda ſine oneribus, nec onera ſine cõmodis: Et ſubiicit, onus vſurarum medij temporis non ſolutarum ab herede creditori hereditario vſque adeo fideicommiſſarium ſequi, cui poſtea ex SC. Trebel. reſtituitur hereditas, vt nec queri fideicommiſſarius aut expoſtulare cum herede poſſit herediue vitio aut culpæ dare, quod ex fructibus medio tempore perceptis eas vſuras non ſoluerit. Hæc querela fideicommiſſarij, iuſta non eſt aduerſus heredem, quia heres fructus iure optimo & iure ſuo percepit, & ex iudicio defuncti ſuos fecit, ſine onere vllo, vt nec debuerit ex eis vltro ſoluere vſuras creditoribus hereditariis, quæ eſt ſententia Papiniani in prima parte ſecundæ partis. cui tamen obſtare videtur lex *ſcribit, ſup. h. t.* quæ oſtendit de fructibus medio tempore perceptis debere heredem replere fideicommiſſum, quod interim caſus quidã deminuit, vel abſumpſit. Et tamen hic dicitur, de iiſdem fructibus heredem vltro non debere ſubire onus ſoluendarũ vſurarum medij temporis. Sed ſpeciem & ſententiam integram *d. l. ſcribit,* priuſquam reſpondeam, me aperire operæ pretium eſt. Teſtator, qui quadraginta habebat in bonis, heredem rogauit, vt poſt mortem ſuam hereditatem L. Titio reſtitueret. heres medio tempore ex fructibus rerum hereditariarum percepit quadringenta, quanti fuit hereditas mortis teſtatoris tempore, & eſt etiam hodie. Quæritur, vtrum fideicommiſſario heres reſtituere debeat octingenta, vel quadringenta. Et certiſſimum eſt, ſatis eſſe 400. fideicommiſſario reſtitui quæ in hereditate fuerunt, quia fructus medio tempore perceptos heres imputat in Falcidiam, & id, quod amplius eſt in fructibus, quantum quantum ſit, lucrifacit ſibi ex iudicio defuncti. Hinc finge aliam ſpeciem. Medio tempore ex hereditate deperiiſſe trecenta improuiſo quodam caſu, hoc nomine regulariter heres, qui culpa vacat, fideicommiſſario non tenetur, vt præſtet quod non habet, quod vis quædam maior eripuit & abſorbuit, *l. mulier* §. *ſed enim, hoc tit.* At in propoſita ſpecie, cum ex fructibus medij tẽporis heres tulerit 400. Quæritur, an ex fructibus fideicommiſſario teneatur reſtituere 300. quæ deperierunt, an teneatur damnum fideicommiſſi reſarcire ex fructibus medij temporis: quod illa lex ait Celſum diu multumque tractaſſe & vexaſſe, & nouiſſime, id eſt, poſt longãm & diligentem diſquiſitionem vel tractationem, Celſum ſtatuiſſe hoc caſu ex æquo & bono damnum, quod contigit fideicommiſſo eum debere agnoſcere & reſarcire, ad quem etiam fructuum medij temporis emolumentum rediit. id eſt, heredem. Debere igitur heredem fideicommiſſario ſupplere 300. de fructibus medij temporis, vt pro rata damni, quod medio tempore contigit, quódque ſuſtinet fideicommiſſarius, & emolumentum fructum ſentiat. quæ eſt quæſtio & ſententia *l. ſcribit.* Et vt reſpondeam, ſatis apparet longe diuerſam eſſe quæſtionem & ſpeciem *l. ſcribit,* ab ea, quæ hoc loco proponitur, & tamen vtramque dirimi ratione eadem, vt, quod eſt ſecundum naturam, quem ſequuntur damna, onera, incommoda, eundem etiam ſequantur lucra, cõmoda, emolumenta pro portione, & contra, vt non ſequantur damna eum, quem lucra non ſequuntur. Eadem ratio modo onerat fideicommiſſarium, vt in hoc §. *qui poſt.* modo releuat, vt in *d. l. ſcribit.* Non poſſunt autem eſſe contraria, quorum eadem cauſa & ratio eſt, diuerſa ſpecies. Non poſſunt eſſe contraria, quæ vna eademque ratione cõnituntur. At rurſus ſuperiori ſententiæ Papiniani quam expoſui, quæ proponitur in prima parte ſecundæ partis, opponitur, *l. vlt.* §. *vbi autem,* & §§. *ſequent. C. de bon. quæ lib.* Ex quo loco Accurſius efficit, cum aduentitia hereditas obuenit filiofamil. patrem, in cuius poteſtate eſt, quamuis ad eum fructus pertineat & vſus, nuda proprietas ad filium, de fructib. tamen non ſoluere vſuras creditorib. hereditariis. Male. Conſentit enim ea etiam lex cum ratione eadem, quæ & hoc loco, & in *d. l. ſcribit,* ſecundum naturam poſtulat, vt cui adiiciuntur commoda, iniungantur etiam incommoda, quaſi cõmodum & incommodum, labor & voluptas, diſſimillima natura, vt Titus Liuius ait 5. ſocietate quadam inter ſe naturali iuncta ſint. Et ſecundum hanc regulam iuris naturalis in *d. l. vlt.* definitur, patrem, ad quem fructus hereditatis, quæ obuenit filiofamil. pertinet, ſuſtinere etiam damna & ſumptus litium, ſi quæ ſint lites hereditariæ, & onera legatorum, & vrgente ære alieno hereditario, id patrem quamprimum debere diſſoluere ex bonis hereditariis, ne vſuræ creſcant; aut ſane de fructibus quos percepit, vſuras ſoluere creditoribus hereditariis; & æs alienum idcirco diſſoluere ex bonis hereditariis; quia, vt ibidem notat Iuſtinianus, bona nõn intelliguntur eſſe, niſi quæ ſuperſunt deducto ære alieno, *l. 11. de iure fiſci, l. vſufructu, ſup. ad l. Falcid. l. ſubſignatam* §. *bona, de verb. ſign.* Et Quintil declamat. 273. *bona porro quæ ſunt? vt opinor,* inquit, *& quæ detractis alienis deprehenſa ſunt.* Et rurſus, *vt opinor,* inquit, *detracto ære alieno omni, detractis oneribus bonorum, quod reſiduum ex patrimonio fuiſſet. Nam patrimonij in alium tranſituri ea ratio eſt, vt primum credito ſatisfiat.* Et hactenus quidem de herede, qui nõn ſoluit creditori hereditario vſuras medij temporis, id eſt, de prima parte ſecundæ partis. Sequitur alia de herede, qui ſoluit vſuras medio tempore ante diem fideicommiſſi cedentem, ante reſtitutionem fideicommiſſi, quem Papinianus ait, quod maxime notandum, in reſtituenda hereditate ſolutas vſuras retinere, aut reputare fideicommiſſario non poſſe, & eo minus reſtituere, hac ratione, quia ſoluendo vſuras medij temporis ſuum proprium negotium geſſit, quoniam ipſe ſolus vſuris eo tempore tenebatur obſtrictus: fideicommiſſarij autem, cui nondum tenebatur, nullo modo poteſt videri geſſiſſe negotium. Qua ratione etiam ſubiicit, heredem, ſi forte medio tempore per iudicem coactus ſit creditori hereditario ſoluere ſortem, ſiue caput; *le principal,* non poſſe eum medij temporis inter ſolutio-

nem sortis, & restitutionem fideicommissi, vsuras reputare fideicommissario, hac ratione: quia, si eas quas ante solutionem sortis soluit creditori, non reputat fideicommissario, quod suum negotium gesserit, nec eas quoque reputabit, quas nec soluit quidem ipsi creditori, sed absoluto creditore sibi retinere desiderat, quasi vice creditoris sortem quidem solutam heres reputat fideicommissario, & eo minus ex causa fideicommissi restituit, *l. ita tamen* §. *actiones, infi. hoc tit.* vel restituta hereditate ex Senatusconsulto Pegasiano, interueniente lege Falcidia, eam sortem pro dodrante à fideicommissario petit, ex stipulatione partis, & pro parte, de qua in *Instit. tit. de fideic. hered.* quo quidem modo accipienda est lex.1.*C. ad Senatusc. Trebell.* vsuræ veteres, quas heres soluit, non reputat fideicommissario; ergo, nec vsuras nouas, quas post solutam sortem creditori hereditario ad vicem & exemplum creditoris sibi retinere desiderat, quasi successerit in locum creditoris: nec enim successit in eius locum, quia coactus ei soluit ex causa propriæ obligationis. Et alia est ratio, vnde possit sumi argumentum in contrarium. Alia, inquam, est ratio secundi creditoris, de quo in *l. 12.* §. *sciendum, sup. qui pot. in pign. hab. & l. secundus, C. de pign.* secundi, inquam, creditoris, qui sortem & vsuras soluit primo creditori, vt pignus quod vtrique obligatum erat, sibi confirmaret, quoniam hic soluit vltro, non coactus, non obligatus, & ideo debitori imputat vsuras, quæ præstandæ fuissent primo creditori, si ei non satisfecisset, non etiam vsurarum solutarum vsuras, quia vt illis locis ostenditur, suum magis quam debitoris negotium gessit. Gessit quidem etiam negotium debitoris, quia eum liberauit à primo creditore, sed suum gerere negotium magis in animo habuit, vt sibi pignus confirmaret, in quo primus creditor erat potior & potentior. si solius debitoris negotium gessisset, etiam vsurarum solutarum vsuras probe desideraret iudicio negotiorum gestorum, quasi omni pecunia sorte effecta. Eademque ratio est eius, qui prædium emit à non domino, quod creditori nexum erat, & agenti creditori actione hypothecaria soluit vltro sortem & vsuras, vt sibi possessionem prædij confirmaret, magis quam vt liberaret debitorem, *l. emptor, sup. de rei vind.* At quum heres non vltro, sed coactus quasi solus obligatus in eam rem medio tempore sortem soluit, post sortem solutam nullas vsuras reputabit fideicommissario, quia nec reputat ante solutas vsuras. Et hæc ita distinguenda sunt accurate & subtiliter, atque explicanda. Posui autem initio, heredem coactũ soluisse, heredem coactum fuisse per iudicem creditori reddere sortem ante restitutionem fideicommissi, vt Papin. etiam ponere, satis medij temporis commemoratio demonstrat. Et recte quidem ponitur coactus sortem soluisse ante restitutionem fideicommissi: nam regulariter post restitutionem fideicommissi non potest heres cogi soluere creditoribus, sed adiuuatur exceptione restitutæ hereditatis, *l. ita tamen* §. *qui ex Trebelliano, h.t.* Post restitutionem, inquam heres non cogitur soluere, nisi scilicet res vrgeat, vt in specie l. *cum hereditas, h.t.* quoniam adhuc heres etiam post restitutionem directis actionibus tenetur & conuenitur efficaciter ex magna causa, puta, si absit fideicommissarius, cui restituta est hereditas, & periculum sit ne actio tempore pereat. Ex hac nimirum causa etiam post restitutionem cogitur heres soluere creditori, cui instat finis actionis suæ, nisi mature quod debetur repeteret, nisi mature exigeret quod debetur. Alias directæ actiones post restitutionẽ in heredem, inefficaces sunt, & efficaces tantum sunt vtiles, quæ ex Senatusconsulto Trebelliano, translatæ sunt in fideicommissarium, cum quo tantum solo congredi debent creditores hereditarij. Et hic est finis huius §.

Quæ diximus ad §. *qui post tempus l. deducta, ad Trebell.* tanti momenti sunt, vt si forte per biduum, quod intermisi, vobis memoria exciderunt, & censetis ea repetenda, vestræ memoriæ, vti suggeram meo iudicio æquum censeatis, sed vix excidisse putem, quia satis perspicue ea tradidisse videor, præterquam id forte quod pertinet ad eum locum, quo Papinian. ait, fideicommissariũ non posse imputare heredi, quod de fructibus medio tempore perceptis creditoribus non soluit vsuras medij temporis, quatenus in eum scilicet locum Accursius notat, aliud esse in herede, aliud in patre, quod, vt mihi satisfaciam & vobis, repetere libet, & facere breuius apertiusque. Et quæso quo argumento Accursius dicit, aliud esse in patre? quia *inquit*, pater non soluit vsuras ex fructib. bonorum aduentitiorum filij sui, *l. vlt.* §. *vbi autem in vnum, C. de bon. quæ lib.* Hoc vero si ita est, non est ergo aliud in patre, sed idem omnino, quod in herede, qui etiam ex fructibus fideicommissariæ hereditatis, vltro vsuras soluere non tenetur. Debuit Accursius dicere, quia pater soluit vsuras ex fructib. bonorum quæ aduenerunt filiofam. vt est expressum in *d.* §. *vbi autem in vnum, aut* §. *seq.* Et ratio eadem, vt me dicere memini, quæ ratio naturalis est, hanc differentiam facit atque constituit inter patrem & heredem, vt scilicet, non ad filium, sed ad patrem pertineat onus soluendarum vsurarum, ad quem etiam pertinet omne emolumentum, omnis fructus aduentitiæ hereditatis. At similiter, vt nõ heredem sed fideicommissarium sequatur onus soluendarum vsurarum, quem etiam sequitur omne emolumẽtum fideicommissariæ hereditatis. Qua in re etiam illud considerandum est, maius esse ius patris, quod est ius fructuarij, quam ius heredis onerati fideicommisso: quia ius patris est perpetuarium, id est, quamdiu vixerit: ius heredis plerumque est temporarium. Possit esse etiam perpetuarium, non nego, sed plerumque est temporarium, maxime id, de quo agitur in hoc §. *qui post.* quo rogatur non post mortem suam, sed post tempus aliquod certum hereditatem restituere. Itemque patris fiunt omnes fructus aduentitiæ hereditatis, non tantum quos ipse percepit, sed etiam quos à filio, vel ab alio perceptos postea nactus est, *l. 12.* §. *Iulianus, de vsufr.* Heredis autem non fiunt fructus, quos fideicommissarius vel alius percepit post diem fideicommissi cedentem, tametsi eos postea heres consequatur, & casu quodam nanciscatur, id est, possessionem eorum, quia, qui semel fructus facti sunt fideicommissarij, sine facto eius fideicommissarij fieri heredis non possunt, *l. 11. de reg. iuris.* Varro *2. de re rust. cap. 1.* *Quod enim alterius fuit, id vt meum fiat, necesse est aliquid intercedere,* fieri necesse est ex parte eius, qui dominium habet, quo ab eo dominium discedat, & transferatur in alium, nec enim suapte sponte dominium mutatur. Nunc veniamus ad §. *nummis.*

Ad §. nummis. 3.

Nummis centum acceptis, hereditatem rogatus restituere, totam pecuniam iure Falcidiæ percipere videtur. Et ita Diui Hadriani rescriptum intellectum est, tanquam si ex bonis nummos retenturus fuisset, quod tunc quoque respondendum est, cum pro parte hereditatem coheredi suo restituere rogatur. Diuersa causa est prædiorum pro hereditaria parte retentorum, quippe pecunia omnis de portione retineri potest. Prædiorum autem alia portio nonnisi à coherede, qui dominium habet, accipitur. Cum autem prædia maioris pretij, quam portio hereditatis essent: in superfluo prædiorum petenti fideicommissario Falcidiam interuenire visum est, Concurrentem enim pecuniam compensari placuit.

DVas facio partes huius responsi; prima est, de rogato restituere hereditatem accepta certa pecunia, altera, de rogato restituere hereditatem acceptis certis

prædiis hereditariis. Et primæ partis verba hæc ſunt: *Acceptis centum nummis hereditatem reſtituere rogatus, totam pecuniam iure Falcidiæ percipere videtur.* In Florentinis vox *centum*, perperam iteratur, iteratio perturbat ſenſum, nec vllum ſanum admittit, ſenſus hic eſt. Heres rogatus eſt acceptis centum extraneo hereditatem reſtituere, non demonſtrata perſona eius, à quo acciperet, ſed ſimpliciter rogatus eſt acceptis centum extraneo hereditatem reſtituere; Lex ait, tota ea centum heredem imputare in Falcidiam, quaſi iure hereditario, iure teſtamenti, iure Falcidiæ, (quæ tria idem poſſunt) percepta, perinde eſt atque ſi retentis centum ex bonis hereditariis in portionem ſuam rogatus eſſet alij reſtituere hereditatem, vt planè nihil interſit, dixerit teſtator, *retentis centum*, vel *perceptis*, vel *deductis*, vel *detractis*, an *acceptis*, tantum poteſt accipere, quantum retinere, quæ retinere iuſſus eſt, computat in Falcidiam: ergo & quæ accipere iuſſus eſt, quibuſque acceptis petitus eſt reſtituere hereditatem. Quod & D. Adrianum conſtituiſſe, ait hoc loco, & in *l. acceptis, ſup. ad l. Falc.* D. Pium, in *l. 4. eod. tit.* D. Antoninum, in *l. facta* §. *reſcripto, inf. h. t.* Diuum ergo Antoninum Pium, qui & Adrianus dictus eſt, poſtquam fuit adoptatus in familiam & nomẽ Adriani Imperatoris, vnde & quæ paſſim dicitur Epiſtola D. Adriani de fideiuſſoribus, eſt D. Pij, *l. ſi in teſtamento* §. *quod ſi, de fideiuſſ.* Et quod dicitur in *l. 3. ſup. ſi pars heredit. pet.* Adriano oſtenſam fuiſſe mulierem, quæ vno partu quinque pueros ediderat, Iulius Capitolinus id adſcribit Diuo Pio. Quod idem in *l. 3.* §. *diuus, de ſep. viol.* D. Adrianum vetuiſſe intra vrbes mortuos ſepelire, idem Capitolinus tribuit D. Pio, & ſimiliter quod D. Adriano in *l. ſi de vi, de publ. iudicijs*, id tribuitur D. Pio in *l. 5.* §. *1. ad leg. Iul. de vi publ.* nimirum his omnibus locis D. Pius Adrianus appellatur iure adoptionis. Huic autem conſtitutioni D. Pij, de qua agitur hoc loco, vt heres, quæ accipere iuſſus eſt, imputet in Falcidiam, locus eſt, non tantum, ſi, vt propoſui, teſtator ſimpliciter dixiſſet, *Peto vt acceptis centum hereditatem Mæuio reſtituas*, non demõſtrata perſona dantis. Quæ centum generaliter verum eſt heredi imputari in Falcidiam, perinde ac ſi ea retinere iuſſus eſſet ex hereditate. Sed eſt etiam ſupra dictæ conſtitutioni locus, ſi teſtator demonſtrauerit perſonam dantis, nempe hoc modo, *Peto vt acceptis à Mæuio centum hereditatem Mæuio reſtituas*, vel etiam palam adſcripta conditione, *Peto, vt ſi tibi Mæuius dederit centum, hereditatem Mæuio reſtituas.* Hoc quoque caſu conſtitutioni D. Pij locus eſt, non quidem generaliter, vt priore caſu, ſed duobus tantum caſibus, quorum primus hic eſt: Si ea pecunia, quam heres à Mæuio accipere iuſſus eſt, contineat Falcidiam & conſulta opera teſtator eam pecuniam dari iuſſerit, vt Falcidiæ loco cederet, qod patet ex *l. cum quo* §. *vlt. l. quod autem, in fi. l. ſi heres, ſup. ad leg. Falcid. & d. l. facta* §. *reſcripto, hoc tit.* niſi ſcilicet, de ea pecunia alij reſtituenda teſtator heredem rogauerit, vt in ſpecie *l. acceptis, ſup. ad leg. Falcid.* Alter caſus hic eſt, quo etiam acceptis à Mæuio centum, hereditatem rogatus reſtituere Mæuio, eam pecuniam imputat in Falcidiam, videlicet, ſi eam pecuniam heres accipere iubeatur à Mæuio, veluti pro pretio hereditatis, atque ita hereditatem Mæuio vendere, quia pretium loco hereditatis eſt. Ergo vt hereditas iure teſtamenti capitur. Quæcumque aut iure teſtamenti capiuntur, ſiue iure hereditario, imputantur in Falcidiam, non quæ alio iure capiuntur, *d. l. in quartam.* Et ita Celſo, & Iuliano placuiſſe dicitur in *l. in ratione* §. *tametſi, ſup. ad l. Falcid.* quia hic caſus non fuit comprehenſus conſtitutione D. Pij. & exceptus igitur eſt auctoritate tantum Celſi & Iuliani. Et quod maxime notandum in §. *vendere d. l. in ratione*, ex §. *tametſi*, illo loco quia non noſtri cauſa capij id pretiũ ex *d. §. tametſi* perſpicuum eſt, legendum eſſe, quia non mortis cauſa capit id pretium, ſed iure hereditario ſc. capit, quia pretium vice hereditatis eſt, & ideo imputari in Falcidiã. ſi mortis cauſa caperetur, non imputaretur in Falcidiam. Exceptis autem his duobus caſibus, quos expoſui, ſi quis, ſub conditione rogetur Mæuio reſtituere hereditatem, *ſi Mæuius ei centum dederit*: vel ſi conditionem facere voluit, qui rogauit, vt acceptis à Męuio centum hereditatem Męuio reſtitueret: conditionem facit voluntas, non ſermo teſtatoris, *l. 2. ſup. de iis quæ pœn. nom. rel. l. in conditionibus* §. *1. de condit. & demonſtrat.* Si igitur ſub conditione manifeſta vel tacita iubeatur accipere à Męuio centum, & ei reſtituere hereditatem, iure communi heres ea centum non computat in Falcidiam, licet Falcidiam expleant, ſed habet ea ſupra Falcidiam, quia nec iure hereditario ea capere intelligitur ex hereditate, vel ex iudicio defuncti, vt ſolidũ fideicommiſſũ præſtet, ſed capit ea iure mortis cauſa capionis: capit ſc. ea mortis cauſa, quaſi conditionis fideicommiſſi implendę gratia ei data, numerata à Męuio *d. §. tametſi, d. l. in quartam* §. *vlt.* & conſtat ea tantum imputari in Falcidiam, quæ capiuntur iure hereditario, vel ex iudicio defuncti Falcidiæ compenſandę cauſa, non quę capiuntur iure legati, vel fideicommiſſi, vel mortis cauſa. Et in *d. l. in quartam.* quę huic definitioni aduerſantur, verba huiuſmodi; *Sed quod conditionis implendæ cauſa fideicommiſſum heredi datur, in eadem cauſa eſſe admittendum, ſciendum eſt.* Hęc, inquam, verba recte abſunt, & à Florentinis, & à Baſilicis, & νοθεύεται etiam ea ſatis indicant, quod mortis cauſa capione, id eſt, datum & acceptum à fideicommiſſario conditionis implendæ cauſa, fideicommiſſum appellat, quo nihil ineptius *l. quod mortis cauſa capitur, ff. de mort. cauſa donat.* Mortis cauſa capio, id eſt, datum conditionis implendę cauſa & acceptum, non habet ſpeciale nomen, vt legatum vel fideicommiſſum, ſed demonſtratur communi nomine: mortis cauſa capionis commune eſt nomen, quia quidquid capitur per occaſionẽ mortis alterius, ſiue hereditas ſit, ſiue legatum, ſiue fideicommiſſum, ſiue datum conditionis implendæ cauſa, mortis cauſa capio eſt, ſed ſpecialiter commune nomen ſibi fecit proprium datio quę fit conditionis implendę gratia. Et ad hęc notandum eſt multum intereſſe, accep̃tis à Męuio centum vi, aut figura conditionis, non veluti pro pretio hereditatis, non animo compenſandę Falcidię, hos enim caſus ſemper excipio, rogetur heres aut legatarius partiarius hereditatem Męuio reſtituere, qui nihil ante ceperit ex teſtamento, id eſt, cui nihil ante quicquam in teſtamento relictum fuerit, an Męuio iam heredi ſcripto, aut coheredi, aut legatario, quia priore caſu centum capiuntur mortis cauſa, non iure fideicommiſſi; poſteriore caſu iure fideicõmiſſi, *l. 11.* §. *cum eſſet, d. leg. 3.* Et ratio differentię hęc eſt perſpicua admodum. Cum ab herede iubetur certam pecuniam accipere vel à legatario, facilius admittimus interpretationẽ fideicommiſſi, vt ſcilicet his verbis intelligatur oneratus fideicõmiſſo, qui honoratus eſt hereditate vel legato, vt *d. §. cum eſſet.* Cum autẽ iubetur accipere ab extraneo, cui nihil ante teſtator reliquit, eam pecuniam dicimus eum capere, non iure fideicommiſſi; quod nec ab illo relinqui potuit, cui nihil dum reliquit teſtator, ſed mortis cauſa, *d. l. acceptis, ad leg. Falcid.* Sequitur in hac l. ſupradicto reſponſo ſiue conſtitutioni Diui Pij locum eſſe, non tantum ſi heres rogetur accepta certa ſumma alij reſtituere hereditatem, ſed & ſi rogetur coheredi ſuo reſtituere, vt ſcilicet, & cum coheredi ſuo rogatur partem hereditatis reſtituere accepta certa ſumma, totam eam ſummam imputet in Falcidiam, quia totam eam, non de communi, ſed de ſua parte, qui rogatus eſt eam partem coheredi reſtituere, retinet iure ſuo, iure hereditario: ſiue inuenerit eam in parte ſua, ſiue ex parte ſua, ex rebus

partis suæ eam reficere & comparare possit: tantum A nummorum etiam, non nummatus habere videor, quãtum ex rebus meis cogere & efficere possim. Et mox in secunda parte addit aliud esse dicendum, quod & lib. 8. dixit idem Papinianus in *l. cum pater, in princ. de leg. 2.* si quis retentis vel acceptis certis prædiis partem hereditatis coheredi suo restituere rogetur, quo casu, quia prædia ea prælegata esse videntur, partem quidem prædiorum, quam iure hereditario capit à semetipso, vt heres, imputat in Falcidiam: partem vero, quam à coherede accipit iure legati non imputat in Falcidiam, vt ostendit hoc loco, sed tamen compensat eam cum Falcidia, quam deducere desiderat ex sua portione, aut si nolit compensare, à coherede nihil capit, *l. Nesennius, l. filio, sup. ad leg. Falcid. l. heredi, sup. de iis quib. vt indig. l. qui non militabat,* B vbi exposui late, *de hered. instit. l. filium, C. fam. ercisc.* Quæ leges nihil huic loco aduersantur, quo ait Papin. *diuersa causa est prædiorum pro hereditaria parte retentorum:* quia Papinianus de imputatione loquitur, & ait, partem, quæ à coherede accipitur iure legati, non imputari in Falcidiam. Illæ leges loquuntur de compensatione, de æquitate compensationis, & dum interpretes omnes confundunt imputationem cum compensatione, nesciunt sane quomodo se expediant ab his supradictis legibus, easque cum hoc loco, similibusque componant, & concilient. Sed magna est differentia. Imputo, quod à memetipso capio: compenso, quod vice mutua à coherede capio. imputatio est compensatio coacta, compensatio est imputatio voluntaria, nec enim compensabo inuitus, sed si velim non compensabo, qua ex C re tantum amittam, quod vice mutua à coherede percipere potuissem. Imputatio fit ipso iure: compensatio opposita exceptione doli mali. Itaque in specie proposita, si prædiorum, quæ heres retinere iussus est, partes ambæ sufficiant Falcidiæ, & vnam imputet, quod necessario facit, & alterius compensationem velit admittere, nihil deducit Falcidiæ nomine: si non sufficiant Falcidiæ, deducit quod Falcidiæ deest. Etiam explicat Papinianus eleganter rationem differentiæ inter pecuniam & prædia. Nam rogatus restituere coheredi partem hereditatis accepta certa pecunia, pecuniam, inquit, omnem in solidum de portione sua retinere potest, nec retinet de communi, quia quantitas ipsa pecuniæ siue D ἀξία, vt Aristoteles vocat, qua sola pecunia spectatur & valet, non corpore, semper est in portione hereditatis, licet nec nummus quidem sit in ea, *l. 12. de leg. 3. & l. 88. de verbor. significat.* Ergo iure hereditario tota ea pecunia retinetur, siue coheredi siue alij restituere iussus sit, & consequenter tota imputatur in Falcidiam. At prædiorum, quæ retinere iubetur in restituenda coheredi hereditate, vnam quidem portionem sumit de parte sua iure hereditario, aliam vero portionem non sumit de parte sua, sed de parte coheredis, qui pro ea dominium habet, & sumit alteram partem à coherede iure legati, ergo non imputat in Falcidiam vtramque partem, *d. l. in quartam,* & exposita ratione differentiæ, subiicit Papinianus, quod nostri non intellexerunt: *Cum* E *autem prædia maioris pretij, quam portio hereditatis essent: in superfluo prædiorum petenti fideicommissario Falcidiam interuenire visum est.* Quorum verborum sensus hic est, & hic maxime adhibendi sunt animi: si quis rogatus sit partem hereditatis coheredi restituere retentis prædiis quibusdam, quæ maioris pretij sunt, quam pars hereditatis, quam coheredi restituere iussus est: fac, partem quam coheredi restituit, esse centum, prædia esse trecentorum: non desiderabit quidem is qui rogatus est suam partem restituere, deducere Falcidiam ex sua portione, cum portio prædiorum, id est, centum & quinquaginta, quæ capit iure hereditario, abunde sufficiat: imo superet Falcidiam suæ partis: verum coheres, cui rogatus est partem suam restituere ex superfluo prædiorum, vt ait, id est, ex eo quo prædia, pro portione sua pluris sunt quam pars hereditatis, quæ ei restituitur ex hyperocha, qui est, *la plus valeur,* ex eo quod plus dat ipse quam vice mutua recipit, nimirum ex 50. quæ est præualentia prædiorum, si & aliis legatis portio sua onerata sit, Falcidiam deducere potest ex 50. non etiam ex 100. cum pars eius efficiat centum & quinquaginta in prædiis quam habet: non, inquam, ex 100. quia hæc centum, quæ præterea habet in parte prædiorum sua compensare debet cum illis centum, id est, cum parte hereditatis, quam à coherede iure fideicommissi accepit. Et hoc est, quod ait in fine huius responsi: concurrentem legati prædiorum cum fideicommisso hereditatis quantitatem compensari, & superfluum tãtum, quod est in legato prædiorum Falcidiam pati. Itaque coheredem, qui fideicommissum hereditatis à coherede petit, non vniuersam suæ partis prædiorum æstimationem legato expensam ferre, sed eo minus, quod à coherede fideicommissi nomine accipit, vt in *d. l. Nesennius, & l. filio,* & aliis ante allatis, quæ de hoc genere compensationis loquuntur. Et hæc est sententia huius responsi.

Ad §. hereditatem.

Hereditatem post mortem suam exceptis reditibus restituere rogatus, ancillarum partus non retinebit, nec fœtus pecorum, qui summissi gregem retinent.

Testator rogauit heredem, vt post mortem suam hereditatem alij restitueret exceptis reditibus, quos quidem apud eum heredemve eius remanere, & ab eo retineri voluit, nec fideicommissario restitui, qui nec ei restituerentur, si non fuissent excepti, vt plane superuacuum fuerit eos excipere. At quæritur, an heres eius heredis possit retinere partus ancillarum viuo priore herede, editos ante diem fideicommissi cedentem? Et respondet Papinianus, non posse ab eo retineri partus ancillarum; fructus quidem prædiorum posse retineri medio tempore perceptos: partus ancillarum medio tempore editos, non posse retineri, sed fideicommissario esse restituendos. Ratio hæc est, quia partus ancillarum in fructibus vel reditibus non computantur, *l. mulier §. sed enim, sup. hoc tit.* Fructus & reditus idem est, ne quis ea Doctorum nostrorum exemplo distinguat, *l. qui fructus, l. quidam, de vsufr. leg. l. 12. de alim. legat.* vetus autem fuit quæstio, an partus ancillæ esset nec ne in fructu, disceptata inter Scæuolam & Brutum vel M. Tullio teste 1. de finibus. Scæuola dicebat partum ancillæ esse in fructu, Brutus non esse. Et obtinuit Bruti sententia, quod non possit homo hominis in fructu esse, *l. vetus, sup. de vsufr. earum rer.* naturam fructus comparasse hominum causa: gignentia vt vocantur, produxisse hominum causa, id est, fructus, mundum, & omnia, quæ in eo sunt fecisse hominum causa: quod & diuinæ literæ docent, & Stoici loquuntur & Iurisconsulti nostri, qui omnes imbuti sunt à Stoicis, *l. in pecudum, sup. de vsur.* rerum naturam non fecisse hominem hominis causa: si hominem fecisset hominis causa, omnes homines sub eodem genere non continerentur, quod dictu absurdum est, omnes homines nõ essent homines, quia semper, vt Philosophi dicunt, id cuius causa quid comparatur, alterius est generis, quam sit id, quod comparatur eius causa; verba Philosophorum hæc sunt: Ἀεὶ τὸ ἕνεκα τοῦ ἕτερον ἐστὶ τοῦ οὗ ἕνεκα ἐστίν. Est quidem naturalis quædam cognatio inter homines, *l. 3. de iust. & iur.* sed non ideo tamen natura aliter in alterius fructu vel instrumento est. Huic autem responso Papin. obstat *l. vxorem §. sorori, sup. de leg. 3.* vbi Scæuola ait, partus ancillarum, quæ à legatario post mortem eius, alij per fideicommissum relicti sunt, viuo legatario editos non contineri fideicommisso, non esse fideicommissario restituendos, quos tamen Papinianus

ait hoc loco fideicommissario esse restituendos, nec A posse retineri ab herede; Et is Scæuola, qui est auctor *d. l. vxorem*, quamuis non sit ille Publius Scæuola, qui hac de re cum M. Bruto concertauit, sed Quint. Cerbidius Scæuola, qui fuit sub Antoninis Imperatoribus, tamen suæ gentis, siue familiæ ad opinionem propius accedit in § *sorori*, dum non quidem statuit, partus computari in fructibus, quod tum non obtinebat præualente Bruti sententia; sed dum vult partus sequi ius fructuum, licet non sint in fructibus, vt scil. non tantum fructus medio tempore percepti, quod constabat inter omnes iurisperitos, lucro heredis cedant, nec fideicommisso contineantur, sed etiam partus ancillarum, vt idem sit in iis, quod in fructibus, quod & idem Scæuola probat in *l. pen. de opt. leg.* Et huic opinioni accedit Paulus in *l. 14. de vsur.* in qua lege hoc velim vos adnotare, post inscri- B ptionem hanc, *Paulus libro 14. responsorum*, sequi initium tale in Florentinis, *Respondit Paulus moram in soluendo fideicommisso factam partus quoque ancillarum restituendos*, vbi manifeste legendum, *respondit*, non *Paulus*, cum satis intelligitur ex inscriptione. *Respondit post moram in soluendo fideicommisso, non tantum fructus prædiorum, sed etiam partus ancillarum esse restituendos*, quod est verissimum, & constat apud omnes Iurisconsultos. De partubus tantum erat & est controuersia inter IC. natis ante moram vel ante diem fideicommissi cedentem. Et ait in § *d. l. 14.* heredem rogatum post mortem suam hereditatem restituere sine reditu, *sine reditu*, quod in hoc responso Papin. est, *exceptis reditibus*, vel etiam heredem simpliciter rogatum restituere hereditatem nul- C la addita exceptione: æqui istud facit in § *vlt. d. l. 14.* non restituere partus editos ante diem fideicommissi cedentem, quia etsi partus non sint in fructu siue reditu, vt & idem Paulus subindicat in *d. l. 14.* & propalam fatetur *3. Sent. tit. de leg.* dum ait: Ancillæ vsufructu legato partum eius ad fructuarium non pertinere. Sed quia ex sententia Pauli, partus ius fructuum sequuntur. & ideo vt fructus medio tempore percepti, ita partus medio tempore editi, ex sententia Pauli, non veniunt in restitutionem, non cadunt in fideicommissum, sed heredi imputantur in Falcidiam, quasi percepti ex iudicio defuncti, sicut fructus, vt & idem Paulus ait in *l. 24. §. 1. sup. ad leg. Falc.* Denique obtinuit quidem sententia Bruti, partum non esse in fructu, atque ideo non pertinere quidem ad fructuarium, aut similem fructuario quemquam, vel ut patrem aut maritum, *l. plerumque § si D serui, de iure dot.* Nec ab ea sententia Bruti discedunt Cerbidius Scæuola & Iulius Paulus, quæ iam inualuerat, vt scilicet non sequerentur partus fructuarium: sed non etiam obtinuerat & inualuerat in fideicommissis aut similibus causis, partus non sequi ius fructuum. Itaque possumus dicere ex sententia Scæuolæ & Pauli, partus non sunt in fructibus, sed ius fructuum sequuntur tantum, qua in re dissentiunt ab Vlpiano & Papin. manifesto: nam Vlp. in *d. l. mulier § sed enim, h. t.* & Papin. hoc loco ita sentit, partus non sequi ius fructuum, nec retineri ab herede vt fructus, sed restitui fideicommissario. Cōtra Paulus & Scæuola, partus ius fructuum sequi, nec restitui fideicommissario, sed retineri ab herede, & imputari in Falcidiam, quorum sentētia æquior E est. Paulum notas scripsisse in responsa Papin. notissimū est, & in eius scriptis aculeum fixisse, vbicumque patebat rima quædam. Delendæ sunt Glossæ huius §. quod tamen in hoc ipso § addit Papin. in fideicommissi restitutionem venire fœtus pecorum, qui submissi gregem retinent, id est, qui substituuntur, vt fit ex agnatis, ἐκ τῶν ἐπιγινομένων, in locum de mortuorum vel inutilium aut vitiosorū capitum: in eo siquidem consentiunt omnes Iurisperiti, quia fœtus submissi, fructibus non computantur, sed rebus ipsis hereditariis, *l. plerumque § si seruus, de iure dot.* Inutilia tamen & vitiosa pecora, in quorum locum alia submissa sunt, in fructibus computantur, & retinentur ab herede, *l. vel inutilium, sup. de vsufr.* Antonius Goueanus ad *legem 24. sup. ad leg. Falcid.* est valde suauis, qui & verba Papin. *qui submissi gregem retinent*, refert tam ad partus ancillarū, quam ad fœtus pecorum, ac si familia ancillarum sit veluti grex quidam, qui sit supplendus ab herede ex agnatis nimirum, vt grex pecorum, quod nusquam exstat, cum & suppleri vix possit numerus ancillarum ex agnatis: nec enim ea est in ancillis, quæ in pecoribus fœcunditas: & gregem tamen seruorum ij quoque dicunt, qui improprie & figurate loquuntur: Vt gregem venalium, gregem amicorum, gregem Philosophorum, non nostri auctores.

Ad §. ante diem.

Ante diem fideicommissi cedentem fructus & vsuras, quas debitores hereditarij, cum postea cessisset dies, soluerunt, item mercedes prædiorum ab herede percepta, portioni quadrantis imputabuntur.

HVius §. sententia hæc est: heredem post tempus rogatum restituere hereditatem, imputare in Falcidia fructus medio tempore perceptos, & vsuras vel pensiones exactas à debitoribus hereditariis, vel à conductoribus prædiorum hereditariorum, quarum dies postea, id est, post mortem testatoris medio tempore cessit ante diem fideicommissi cedentem. Id vero iam satis exposuimus *sup.* in § *qui post*, & nunc hoc tantum obseruari velim, Papinianum § *ante diem*, subnectere superiori §. vt differentiam constituat inter fructus medio tempore perceptos, & fructuum similes vsuras atque pensiones, quæ in Falcidiam imputari ait, & partus ancillarum similiter editos medio tempore, ante diem fideicommissi cedentem, ante moram, quos in Falcidiam imputari noluit in superiori §. sed fideicommissario restitui, contra quam Paulus sentiat in *d. l. 24. ad l. Falcid.* Quæ obseruatio euidenter demonstrat, quam sit futile & commentitium, quod Accursius ait, in superiore §. agi de partubus editis post moram, quod nemo siccus dixerit, & sequitur.

Cum autem post mortem suam rogatus hereditatem restituere, res hereditarias distrahere non cogatur, sortium quæ de pretiis earum redigi potuerunt, vsuræ propter vsum medij temporis percepta non videbuntur: denique nec periculum mancipiorum aut vrbanorum prædiorum præstare cogatur, sed nihilominus vsus & casus eorum quadrantem quoque minuit.

CVius loci sententia hæc est: non posse fideicommissarium, cui post mortem suam heres rogatus est hereditatem restituere, obijcere & exprobrare heredi, quod medio tempore res hereditarias non distraxerit, atque ita quas percipere poterat vsuras maximas ex pretio rerum hereditariarum non perceperit: huic querelæ locum non esse, si modo absit dolus vel lata culpa, quæ dolo proxima est, ipsius heredis, vt *l. mulier § sed enim, D. ad senat. Trebell.* nec heredem, qui dolo caret huius rei rationem debere fideicommissario reddere, cur res hereditarias non vendiderit, & pretia fœnori collocauerit: denique non teneri heredem fideicommissario perinde atque si vsuras percepisset, quas percipere potuit ex pretiis rerum hereditariarum, propter vsum medij temporis, si eas res vendidisset: non teneri, inquam, vel in hoc vt eas vsuras imputet in Falcidiam, quasi perceptas, quamuis non sint perceptæ, tantam diligentiam ab herede non exigi, vt medio tempore vendat res hereditarias, & ex venditione redacta pretia

tenori occupet, & procuret fideicommissario, non est æquum heredem constitui vel inuitum fieri veluti procuratorem fideicommissarij, vt eleganter ait lex *postulante, in fi. sup. h. t.* Et notat ex illo loco, *propter vsum medij temporis vsuras inferri, propter vsum sortis.* & inde nomen vsura est incrementum, quod accedit sorti propter vsum sortis. Et addit Papin. etiam si medio tempore mancipia hereditaria sua morte functa sint, vel si prædia hereditaria exusta sint casu quodam fatali, huius rei heredem fideicommissario rationem non reddere, non præstare periculum, non præstare casum fortuitum, aut fatale detrimentum, vt in *d. §. sed enim, l. 3. in pr. sup. de inst. & inst. leg.* Imo etsi prædia hereditaria medio tempore vsucapta sint sine facto & culpa heredis, eo etiam nomine heres fideicommissario non tenetur, *d. §. sed enim, in fi.* verum, vt Papin. ait, in extremo huius responsi: *nec periculum mancipiorum vel prædiorum vrbanorum præstare cogitur*, quæ de hereditate exierunt morte vel incendio, vel alia vi maiore vel vsucapione sine culpa heredis: totum illud quidem periculum non pertinet ad heredem, sed commune est heredis & fideicommissarij: nam & ob eos casus fatales, eamve vsucapionem, Falcidia heredi minor efficitur, & dodrans, qui fideicommissario restituendus est. Commune igitur est detrimentum, quia tanto minus heres fert iure Falcidiæ, & fideicommissarius iure fideicommissi, propterea quod bona hereditaria deperdita ac deminuta sunt medio tempore sine culpa heredis. Et hoc est, quod ait in fine huius §. vsum & casum eorum, id est, mancipiorum, & prædiorum vrbanorum, quadrantem quoque id est, non dodrantem tantum, sed etiam quadrantem, id est, Falcidiam deminuere. Vsum vocat vsucapionem, vt in *l. denique, & seq. & l. ait prætor, sup. ex quib. caus. mai.* Casum autem vocat damnum fatale, casum fortuitum, quod SC. de petit. hereditatis, SC. Adrianum, deperditum & deminutum: nam deperditum est, quod desiit esse interdum natura; deminutum quod vsucaptum est, *l. deperditum, sup. de petit. heredit.* itemque in edicto, ex quibus causis maiores, cuius initium ita emendandum in Pandectis Florentinis, aut supplendum: *Si cuius quid de bonis deminutum erit*, vt *l. 2. C. de rest. in integr.* Et in Basilicis eodem loco, ἐὰν μειωθῇ τὰ πράγματα τῇ ἀχρησίᾳ. Et deminutum accipe de eo, quod est per vsucaptionem, vel non vtendo amissam: & ita hic locus explicandus est, in quo etiam Glossam deleri volo, eaque reiecta penitus recipi vnius Alberici interpretationem, qui & postrema verba huius §. sic tandem interpretatur, id est, inquit, *commune est periculum heredis & fideicommissarij*, nec tamen ipse Albericus vllusve interpretum intellexit, quid esset vsus, quidve casus.

Ad §. quod ex hereditate.

SEquitur vt exponamus §. penult. & nos istam legem absoluamus tandem. verba §. pen. hæc sunt: *Quod ex hereditate superfuisset cum moreretur restituere rogatus, fructus superfluos restituere non videtur rogatus, cum ea verba deminutionem quidem hereditatis admittant, fructuum autem additamentum non recipiant.* Quæ verba hanc præ se ferunt sententiam: si testator heredem roget, post mortem suam restituere non hereditatem simpliciter, vel quod ad eum ex hereditate bonisve peruenerit, sed quod ex hereditate superfuerit tempore mortis heredis; his verbis heredi permitti deminutionem & alienationem rerum hereditariarum, quæ modo fiat bona fide, iusta causa impellente heredem ad distractionem aut pignerationem tam propriarum quam hereditariarum rerum pro rata portione, non dolo malo, non malitia mala fraudandi & interuertendi tantum fideicommissi causa, vt in *l. Titius, & l. mulier §. cum proponeretur, hoc t.*

A Quod subtilius & diligentius Iustin. explicat adhibita noua distinctione in *Nouella 108. de restit.* Cuius sententia ab Irnerio relata est in tit. *ad Senatusc. Treb.* incipiens ab his verbis: *contra rogatus.* Denique suprascriptis verbis testatoris hoc agi, vt medio tempore ex hereditate deminuat heres, quæ volet, & id tantum fideicommissario restituat, quod superfuerit die fideicommissi cedente. At quum quæreretur, an etiam in restitutionem venirent superflui fructus, id est, quod ex fructibus rerum hereditariarum superesset die fideicommissi cedente, Papin. respondisse: quod ex fructibus superest die fideicommissi cedente, non venire in restitutionem, hac ratione, quia hæc verba: *Peto vt quod ex hereditate superfuerit, quum morieris illi restituas*, additamentum, inquit, siue augmentum fructuum non recipiunt, sed deminutionem tantum hereditatis heredi permittunt: hæc vero ratio responso discrepat aut maxime disconuenit: nam si ea verba fructuum superfluorum additamentum non recipiunt, id est, si heredi non adiiciunt, quod ex fructibus superest mortis tempore, consequens est, id esse fideicommissario restituendum, cum non retineatur ab herede. Et ita omnino idem Papin. scripsit in quæst. *l. 3. §. nonnunquam, sup. de vsur.* vid. fructuum perinde atque bonorum superfluum in restitutionem venire. Et verisimile non est, aliud sensisse Papin. in quæstionibus, aliud in responsis: constantes sunt habitus intellectus in erudito homine, perinde atque habitus voluntatis. Itaque vel suadente ratione, qua vtitur Papin. quia, inquit, ea verba: *fructuum additamentum non recipiunt*, hoc loco, quod iam pridem ostendi, omni adseueratione esse legendum adfirmo, *fructus superfluos restituere videtur rogatus*: vt scilicet, qui rogatus est post mortem suam restituere, quod ex hereditate superfuerit, non tantum restituat, quod ex bonis superest, quæ tenuit interim, sed etiam quod ex fructibus superest in horreo reconditum, quod percepit, detracta negatione, quæ perperam irrepsit in contextum, & mirum in modū vexauit nostros. Duo præcipue sunt casus, quibus fructus medio tempore percepti, qui regulariter nō sunt in causa restitutionis, vel omnes, vel qui extant die fideicommissi cedente, restituendi sunt. Vnus casus hic est: si testator specialiter expresserit, *l. in fideicommissariā, sup. h. t.* Alter casus hic est: si testator id ita senserit, licet non expresserit, voluntas testatoris totum facit, vt ait eleganter *l. ex facto proponebatur, sup. de her. inst.* Et non tantum expressa voluntas, sed etiam tacita & præsumpta, non tantum sermo, sed etiam mens animi: Et omnino in testamentis idem est, expressisse, & intellexisse *l. 88 de legat. 1. l. 6. de adsign. lib.* Sed quantum ad rem propositam attinet, de sententia testatoris, quod dico, appositis exemplis planum facere debeo. Ac primum si testator legatario deducta re vel quantitate certa, residuum quod ad eum ex hereditate peruenisset, iusserit fideicommissario restituere, hoc casu legatarius, id quidem quod deducere iussus est, retinebit cum fructibus, non etiam residuos fructus, quos forte percepit medio tempore, sed & residuum restituet cum fructibus: nam hæc videtur fuisse sententia defuncti, qui cauit, vt deduceret tantum rem aut quantitatem certam & residuum restitueret, *l. 2. §. vlt. de dote præleg.* legatarius non vtitur Falcidia: Eadem est sententia testatoris, si præstationem siue restitutionem fideicommissi distulerit in tempus, non heredis, vt interim fructus suos faceret, sed fideicommissarij gratia, vt ei consuleret, ætate paruo forte: puta si pupillo fideicommissum relictum in tempus pubertatis, quo suæ tutelæ erit suæque potestatis, *l. si ita relictum §. Pegasus, de leg. 2.* Et eadem multo magis est mens defuncti in specie *l. 3. §. cum Pollidius, de vsur.* si mater bona mente filia impubere præterita, & alio herede instituto, & rogato filiæ hereditatem restituere, cum ad annos pubertatis peruenisset, iusserit eum heredem

retinere certū prædiū,palàque declarauit,ſe ideo fidei- A
commiſſi reſtitutionem differre in tempus pubertatis, quod heredi magis fidem habeat, cui bona fide reſtituenda committit,quam tutoribus filiæ datis teſtamento patris, vel lege, vel decreto iudicis. Hoc ſane caſu omnes fructus,qui ab herede ſunt percepti medio tempore in fideicommiſſum cadunt ex voluntate defuncti. Voluit enim mater meliore loco eſſe rem filiæ, quam ſi tutoribus ea res committeretur: porro tutoris fructus filiæ ſeruaſſent:ergo & heres, cui res filiæ committuntur, earum rerum fructus filiæ ſeruare & reſtituere debet die fideicommiſſi cedente, in Falcidiam & Falcidiæ fructus imputato prædio, & fructibus prædij, & deducto ſi quid deſit Falcidiæ. Idemque eſt in ſpecie, de qua agitur hoc loco,& in *d.l.3.§.nonnunquam*.ſi teſtator poſt B
mortem heredis iuſſerit reſtitui, quod ex hereditate ſupereſſet: nam etſi aliud ſit proprie hereditas, aliud fructus rerum hereditariarum,*l.in fideicommiſſariam §.1.h.tit.* tamen nomine hereditatis hoc ſermone teſtator, qui interim dedit heredi arbitrium deminuendæ hereditatis,videtur etiam ſuperfluos fructus comprehendiſſe, vt ſcil.vbi viuus heres, quod libuiſſet, ex hereditate deminuiſſet: tum moriens omne, quidquid non tantum ex bonis, ſed etiam ex fructibus reſideret & ſupereſſet, fideicommiſſario reſtitueret, Et hoc eſt, quod ait in *d.§.nonnunquam*,iure voluntatis fructus ſuperfluos reſtitui, quaſi ſcil.teſtator voluerit heredem eſſe contentum deminutione medij temporis,quam ei in Falcidiam imputari conſtat, *l.Marcellus §.res,ſup.h.tit.* Vnde ſic ſtatuo: C
cui non licet deminuere hereditatem, licet retinere fructus ſuperfluos, quos ipſe percepit, vt in *d.l. quod his verbis,de leg.3.& l.heredes,in princ.ſup.hoc tit.* niſi vt ante dixi,aliud ſenſerit teſtator. Cui autem licet deminuere, non licet retinere fructus ſuperfluos: nimia licentia coercenda eſt. Deminutio non permittitur ei, qui poſt mortem ſuam vel poſt tempus iubetur reſtituere hereditatem, vel quod ex hereditate ad eum peruenerit: contra deminutio permittitur ei, qui iubetur poſt tempus reſtituere,quod ex hereditate ſuperfuerit. Itaque multum intereſt, hoc vel illo modo concepta ſint verba fideicommiſſi,nihil tamen intereſt,dixeris, *quod*,an *quidquid*,quæ cum diſtinguunt Gloſſæ & Dd. ſcutica minus ſecuri eſſe videntur:nihil,inquam,intereſt dixeris:*quod ex hereditate*,an *quod ex bonis*. Vtraque appellatio idem poteſt,& coniungi ſæpe ſolet ἐκ παραλλήλου, ex heredi- D
tate,boniſve,*d.l.quod his verbis*, *d.l.heredes*, hereditatis bonorumve poſſeſſio,*l.3.de bonor.poſſ.l.3.de iure codicill. l.ſi Titio pecunia,de legat.1.* Et in notis ſiue ſingulis, quæ collegit Innocetius & Paulus Diaconus quatuor literis primoribus cuiuſque vocis,H.B.V.P.Nihil etiā attinet hæc diſtingui benignum ius à iure ſummo: refello quæcunque ſcripſit Gloſſa in *d.§.nonnunquam*, ne videatur hic *§.pen.*vti ſcriptus eſt diffidere à *§.nonnunquam*:Nihil igitur attinet hic diſtinguere ius ſummum ab æquitate, cum totum ius pendeat ex voluntate defuncti, quæ diſtincte obſeruanda & exſequenda eſt. Nihil etiam attinet diſtingui voluntatem à voluntate, quaſi alia fuerit voluntas teſtatoris in ſpecie huius §.pen. alia in *§. non-* E
nunquam, quod nuſquam apparet, & manifeſto falſum eſt;vbique eadem voluntas fuit,idem animus teſtatoris, & ne tantillum quidem diſtat vna ſpecies ab altera: nihil etiam attinet diſtinguere fructus conſumptos ab exſtantibus, cum euidens ſit, vtrobique agi de fructibus ſuperfluis ſiue reſiduis, qui exſtant, an fideicommiſſo contineantur.Et verum eſt,fideicommiſſo contineri, & veritati ſubiicienda ſunt verba *§.pen.* detracta negatione,vt dixi: Quod autem additur in *§.vlt.huius legis*, ad idem genus fideicommiſſi pertinet.

Ad §.vltimum huius legis.

Heres eius, qui bonorum ſuperfluum, poſt mortem ſuam reſtituere fuerat rogatus, pignori res hereditarias datas, ſi non in fraudem id factum ſit, liberare non cogitur.

CVm heres poſt tempus aliquod ſiue poſt mortem ſuam rogatur reſtituere quod ex hereditate ſuperfuerit, ei heredi medio tempore, ait, licere res hereditarias pignori obligare, quia deminutio & alienatio ei permiſſa intelligitur, quorum vtroque etiam pigneratio continetur,*l.vlt.C.de reb.alien.non alien.* Et ſi medio tempore vendere poteſt,& pignerare multo magis, ſi alienatio ſiue venditio ei permittitur, & pigneratio igitur,*l.9.§.1.ſup.de pignor.l.vlt.C.eod.tit.l.1.C.rem alien.gerent.non interd.* Et ſicut, quæ medio tempore vendidit heres bona fide redimere non cogitur, vt fideicommiſſario præſtet:ita nec quæ medio tempore pignerauit,reluere & repignerare compellitur:reluat fideicommiſſarius ſi velit. hoc tantum exigitur ab herede, vt bona fide vendat vel pigneret, non in fraudem fideicommiſſarij, vt ait in *§.vlt.*non in euerſionem fideicommiſſi,*l.mulier §.cum proponeretur,hoc tit.* non interuertendi fideicommiſſi cauſa,*l.Titius hoc tit.* non minuendi fideicommiſſi cauſa malitia mala,*l.etſi lege §. quod autem quis,ſup.de pet.heredit.* Illud valde notandum eſt, diuerſam eſſe cauſam heredis, qui ſimpliciter hereditatem, aut quod ex hereditate ad eum peruenerit poſt tempus reſtituere rogatus eſt: nam etſi medio tempore res hereditarias pignori opponere poſſit, quia fructus rei eſt, vel pignori dare licere,*l.vlt.de vſur.* tamen die fideicommiſſi cedente eas res, de ſuo liberare & repignerare, & fideicommiſſario ſaluas & incolumes præſtare cogitur.

Ad l.xxvi.quando dies leg.cedat.

SEquitur vt exponamus *l.26.quando dies leg.* Sunt in ea tria reſponſa,ex quibus hodie duo priora explicabimus. Primi verba hæc ſunt: *Firmio Heliodoro fratri meo dari volo quinquaginta ex reditu prædiorum meorum futuri anni, poſtea non videri conditionem additam, ſed tempus ſoluendæ pecuniæ prolatum videri reſpondi, fructibus fini pecuniæ relictæ non perceptis, vbertatem eſſe neceſſariam anni ſecundi.*

Primum in contextu, quod ait, *poſtea non videri*, deprauatum eſt,ſcribere enim oportet,*propter ea non videri*,id eſt, propter ea verba teſtatoris,quæ propoſuit,vt in *§.ſeq.*ait *propter hæc verba*:propter ea autem verba, *Firmio Heliodoro*, &c. ait fideicommiſſum non eſſe conditionale,ea verba non facere fideicommiſſum conditionale.Et rurſus quod ait,*fini relictæ pecuniæ*, ſic moris eſt Papinian.ſoli loqui,vt memini me oſtēdere in *l.6.de dot.col. lib.7*:vt Cato de re ruſtica,*operito terra radicibus fini*, & alio loco,*Anſarum infirmarum fini*. Vt autem intelligatur hoc reſponſum, ſciendum eſt,ad heredem legatarij vel fideicommiſſarij, non aliter legatum aut fideicommiſſum tranſmitti, niſi ſi poſt diem legati vel fideicommiſſi cedentem legatarius vel fideicommiſſarius vita deceſſerit; legatorum autem vel fideicommiſſorum, quæ pure vel in diem certam relicta ſunt, hodie cedere, ſublata *l.Iulia,& Papia.*& à Iuſtin. reſtituto iure antiquo, ſtatim morte teſtatoris, exceptis quibuſdam quorum dies cedit ab adita hereditate demum, vt ſi legetur vſus, vſusfructus, habitatio, vel ſi ſeruo legato aut ſeruo teſtamento manumiſſo. Eorum autem, quæ ſub conditione relicta ſunt, diem cedere, vel etiam, quæ relicta ſunt in diem incertam, qui pro conditione habeatur, diem cedere,quum conditio extiterit,effectus ceſſionis, diei eſt tranſmiſſio. Itaque ſi legato relicto pure vel in

diem certum viuo testatore legatarius vita decesserit, legatum ad heredem suum non transmittit. Idemque est de legato sub conditione, si legatarius vita decesserit, antequam conditio existeret viuo vel mortuo testatore: quæ est summa huius tituli. Quamobrem in eo sæpe de legatis plerisque disceptatur, vtrum pura sint an conditionalia, vt in hoc primo responso, de legato siue fideicommisso ita relicto: *Illi dari volo quinquaginta ex reditu prædiorum meorum futuri anni.* Quod fideicommissum Papinianus ait, non esse conditionale, sed diem tantum eius soluendæ pecuniæ esse prolatum in futurum annum post messes aut vindemias: mora suspendi fideicommissum, non conditione: magnam esse differentiam inter moram, quam adfert prolatio diei, quo soluatur fideicommissum, & conditionem, *l. quod pure, h. t. l. pen. C. eod. tit. l. heres, sup. de cond. & demonst. l. 1. de legat. 2.* Itaque mortuo legatario siue fideicommissario statim post mortem testatoris, legatum ad heredem legatarij transmitti, quod non sub conditione relictum est, sed in diem certum. Et hic est effectus huius responsi. Quod autem addit Papinian. est valde notandum, si forte futuro anno, in quem contulit præstationem fideicommissi fructus non prouenerunt fini relictæ pecuniæ, id est, si eo anno fructus percepti non efficiant 50. quæ relicta sunt, quod deest fideicommisso esse supplendum ex fructibus sequentium annorum, sicut propter sterilitatem aut calamitatem aliquam, si quo anno colonus minus redegerit ex fructibus, quod inferat locatori mercedis nomine, si fructus non prouenerunt fini mercedis, id ei colono repletur & reputatur ex vbertate sequentium annorum, *l. ex conducto § Papinian. sup. loc.* Verum huic Papiniani responso opponi potest *l. 5. sup. de tritico, oleo, & vino leg. & l. si debitor, §. 1. de contr. empt.* quæ sunt coniungendæ, quoniam ambæ sunt eadem de re siue quæstione, & ex eodem libro Iuliani, & in eis dicitur, *Legato aut vendito certo pondere, certaue mensura, ex eo, quod ex fundo natum erit,* horno scil. hoc anno, non anno est superiore anno: horno, hoc anno veluti legatis aut venditis vini amphoris decem, vel olei metretis decem aut frugum, siue frumenti modiis decem, *ex eo, quod ex fundo horno natum erit, si quinque duntaxat horno prouenerint,* ait, *non amplius deberi quam quinque.* Et tamen hoc loco dicitur, *legatis 50. ex reditu vel fructu prædiorum futuri anni, & collectis tantum decem,* verbi gratia, non sola 10. deberi legatario, sed & residuum ex vbertate sequentium annorum esse supplendum. Ratio differentiæ rem omnem explicabit, quæ talis est. Hic legata est pecunia certa, puta 50. Cuius pecuniæ quantitas non minuitur, si minores fructus ex fundo prouenerint. Illic legati sunt fructus ad modum certum, qui nascerentur. Postrema verba taxationem faciunt, vt, *si non tot nascerentur, nec tot deberentur.* quoniam vtique minores sunt fructus anno sterili vel infœcundo. huius legati de quo agitur in hoc responso, taxatio est pecuniæ certæ quantitas, quæ nunquam disperit deminuiturque. Illius legati taxatio est, quod ex fundo hoc anno nascitur vel natum erit. Et rursus hoc legatum purum est, vt recte Papinianus respondit: illi conditio inest; puta, si fundus decem reddiderit, vel amplius decem, quasi scilicet velit, vt si minus reddiderit, id tantum præstetur legatario, quod reddiderit. Verum obseruandum est maxime, multum interesse, legentur decem amphoræ vini, soluendæ duntaxat semel ex vino, quod hoc anno nascetur, ex vino horno: an ex fundo simpliciter, quod ex fundo nascetur, aut ex vino quod ex fundo nascetur, quod fere idem est, siue dixerit amphoras decem legaui ex eo, quod nascetur in fundo, siue amphoras decem, ex vino, quod in fundo nascetur semel soluendas vel quotannis nil refert: nam hoc casu si vindemia non respondet legato, cum dixit ex vino quod hoc anno ex fundo nascetur, ex anno superiore vel inferiore legatum non suppletur ex anno, id est, superiore anno, vel etiam ex inferiore anno legatum non suppletur, vt in *d. l. 5. de trit. vino, & oleo leg.* Posterioribus casibus quum dixit, *ex vino, quod ex fundo nascetur,* legatum suppleri debet, etiamsi primo anno post mortem testatoris fundus minus tulerit, quam legatum videatur. Et ratio hæc est, quia non certi an ni fructus, veluti huius anni demonstrati sunt, & onerati legato, sed omnium annorum simul his verbis generalibus, *ex fundo.* Denique generaliter demonstrati sunt fructus fundi omnium annorum, *l. inter § pro quo, sup. de verb. oblig. l. ex eo, sup. de tritico & oleo leg. l. 16. §. 1. de ann. leg. l. Lucius, sup. de aliment. legat.*

Ad §. cum ab heredibus.

Cum ab heredibus alumno centum dari voluisset testator, eam pecuniam ad alium transferri, vt in annum vicesimum quintum trientes vsuras eius summæ perciperet alumnus, ac post eam ætatem sortem ipsam: intra 25. annum eo defuncto, transmissum ad heredem pueri fideicommissum, ab eo peti non posset, penes quem voluit pecuniam collocari, propter hæc verba, Eamque alumno meo post ætatem suprascriptam curabis reddere, fideicommissum ab heredibus petendum, qui pecuniam dari stipulari debuerunt. Sed fideiussores ab eo non petendos, cuius fidem sequi defunctus maluit.

Testator puero alumno suo centum per fideicommissum reliquit, quam pecuniam siue sortem iussit collocari fœnori apud L. Titium trientibus vsuris, quæ quotannis reddunt quatuor, *c'est au denier trente-trois, & vn quart.* quoad scilicet puer ille ad iustam ætatem peruenisset, id est, 25. annorum; post quam ætatem ad ipsum L. Titium, quod notandum collato sermone, iussit eam pecuniam reddi alumno, his verbis: *eamque alumno meo post ætatem suprascriptam curabis reddere.* Alumnus intra 25. annum vita decessit; Quæritur, an ad heredem alumni transierit fideicommissum, id est, sors alumno per fideicommissum relicta? Et respondet transiisse. quia purum non conditionale fideicõmissum fuit. Simile ei, quod propositum est initio, quodque proponetur in *§. seq.* Cuius scilicet, solutio tantum prorogatur in diem certum, quo scilicet fideicommissarius peruenerit ad annum 25. Et alia est ratio legati vel fideicommissi, de quo agitur in *l. si Titio h. t. & l. si cui legetur, §. hoc autem, sup. de leg. 1.* quæ leges huic responso solent opponi, quoniam in illis legibus, testator ita legauit, *Caio Seio cum erit annorum 14. vel 25.* nihil refert, *illam rem siue quantitatem do, lego, aut dari volo,* quod legatum conditionale est. Ideoque si ante eam ætatem vita decesserit, non transmittit legatum ad heredem. In specie proposita testator non ita legauit, vt in illis legibus, sed ab initio pure legauit; deinde protulit diem soluendi legati, nempe hoc modo: *Caio Seio centum do, lego, quæ præstari ei volo, quum ad iustam ætatem peruenerit, & interim Lucio Titio occupari fœnori trientario.* Itaque nihil illæ ll. habent commune cum hoc responso. Illud non est omittendum, quod addit Papinianus, heredem alumni fideicommissum ab eo non petere, apud quem pecunia fœnori occupata est, id est, a L. Titio, quoniam hæc verba, quæ ad L. Titium directa sunt, *eamque pecuniam alumno meo post ætatem suprascriptam curabis reddere;* vim fideicommissi non habent, *l. Iulianus 66. §. 1. de leg. 3.* verbum, *curare,* fideicommissum non facit, fideicommissum necessitatem iniungit: verbum illud cohortatur tantum ad diligentiam aliquam: vt quum ad amicum scribimus, vt curet nobis pecuniam, quomodo frequenter loquitur M. Tullius. & ita etiam hæc verba stipulationis, *decem dari curari,* sane non obligant promissorem ad dandum 10. abscise, *l. vlt. § vlt. sup. de rebus cred. l. illa, §. 1. inf. de verb. oblig.* Itaque heres alumni fideicommissum

ſum debet petere ab heredibus, qui in collocanda pecunia Lucio Titio ſtipulari debuerunt, cum alumnus ad iuſtam ætatem perueniſſet, vel quum intra eam ætatem vita deceſſiſſet, eam pecuniam reddi, debuerunt heredes à L. Titio, cui fœnerauit eam pecuniam ex voluntate defuncti, ſtipulari pecuniam reddi alumno in diem teſtamento præſcriptum, vel ſibi potius, quam redderent alumno, vel heredi alumni; & ſtipulari debuerunt ſine ſatiſdatione, id eſt, non exactis fideiuſſoribus, qui locus maxime notandus eſt: quia nunquam oneratur ſatiſdatione is, cuius fidem teſtator elegit, & approbauit, ac ſequutus eſt, vt in tutore teſtamentario dato à patre receptum eſt, qui non ſatiſdat rem pupilli ſaluam fore, quia electio patris pro ſatiſdatione eſt, quiave pater quodammodo pro eo ſatiſdediſſe intelligitur, cuius fidem ſecutus eſt, *l.4.& 17.C.de teſtam.tut.* Lucij autẽ Titij fidem in ſpecie propoſita ipſe teſtator elegit: ergo onerandus non eſt L. Titius ſatiſdatione, ſed ſufficit cautio nuda, ſi ſtipulantibus heredibus repromittat pecuniam reddi, cum venerit dies fideicommiſſi alumno relicti. Perperam autem interpretes hoc loco tractant de executore teſtamenti, de quo memini me dicere ſatis in *l.8.ſup.de alim.leg.* quaſi ſcilicet, Lucius Titius, cui pecunia datur vtenda mutua ſub vſuris trientibus, ſit executor teſtamenti, quo nihil eſt abſurdius. Itaque nos ea de re nihil tractabimus.

Ad §.vltimum.

Pater annua tot ex fructu bonorum, quæ vxori legauit, acceſſura filij patrimonio, præter exhibitionem, quam æque matri mandauit, ad annum ætatis eius 25. vxorem præſtare voluit, non plura, ſed vnum eſſe fideicommiſſum certis penſionibus diuiſum apparuit. & ideo filio intra ætatem ſuprascriptam diem functo, reſidui temporis ad heredem fideicommiſſum eius tranſmitti. ſed non initio cuiuſcunque anni peti pecuniam oportere, quod ex fructibus vxori datis pater filio præbere voluit. cæterum ſi pecuniam annuam pater alimentis filij deſtinaſſet, (non) dubie perſona deficiente, cauſa præſtandi videtur extincta.

HOc vltimum reſponſum pertinet ad ſpeciem huiuſmodi. Pater filium heredem inſtituit, & bona quædam vxori legauit ſub onere fideicommiſſi, vt ſcilicet vxor filio præſtaret annua decem ex fructibus eorum bonorum, quod notandum; ac præterea, vt filium aleret, exhiberet, educaret vſque dum ad 25. annum ætatis perueniſſet. Hac ſpecie propoſita Papin. ait, vnum eſſe fideicommiſſum omnium annorum ad 25. vſque ætatis filij, non plura fideicommiſſa: quod quidem ait, πρὸς ἀντιδιαστολήν, ad differentiam annuorum legatorum, vel fideicommiſſorum, quæ relinquuntur nomine alimentorum. Ea enim non vnum, ſed plura legata, vel plura fideicommiſſa eſſe intelliguntur, *l.10.& 12.& 20.h.t. l.4.de ann.leg.& l.11.eod.l.pater §.vlt.ſup.de condit. & demonſt.l.45.* quæ eſt conſti. Græca, *C.de epiſc.& cler.* In hac autem ſpecie, annua decem filio patrem non reliquiſſe alimentorum nomine, ex eo apparet, quod præter annua decem, etiam ei alimenta ab vxore præberi voluit, atque mandauit vſque ad annum ætatis eius 25. quod etſi non mandaſſet, vt rectiſſime ſenſit Accurſ. in *l.codicillis, ſup.de annuis leg.* etiam non eſſet vero ſimile, teſtatorem à legatario annua reliquiſſe nomine alimẽtorum heredi ſuo omnium bonorum domino, ſed potius in plures penſiones vnum fideicommiſſum diuiſiſſe legatarij exonerandi cauſa, quoniam grauior eſt vnius ſummæ magnæ perſolutio. Igitur multum intereſt annua legentur nomine alimentorum in gratiam legatarij; an non alimentorum nomine, ſed vt proſpiciatur heredi, ne vrgeatur ad ſolutionem ſtatim totius ſummæ fidei-

A commiſſo comprehenſæ, ſed eam reſtituat per partes ſiue penſiones. Et ſunt hic etiam adnotandæ aliæ differentiæ. Annua quæ alimentorum nomine relinquuntur, miſericordiæ cauſa relinquuntur, vt ait *l.qui bonis, D.de ceſſ.bon.* videlicet, vt conſulatur legatario fortaſſe conſumpturo ſtatim, & abligurituro, ſi qua magna ſumma ei præſtaretur, non minutatim per partes in dies vel menſes, vel annos ei diſpenſarentur plura legata & ſufficientia præbita, vt Columella vocat, ſiue demenſa præbita. prouidentia teſtatoris hoc facit, cui legatarij mores incogniti non ſunt, quique alioquin integram ſummam repræſentari iuſſiſſet. Annua vero, quæ alimentorum cauſa non relinquuntur, ſane ita relinquuntur gratia

B heredis, vel legatarij, à quo relinquuntur, ne ſemel vrgeatur ad ſolutionem vnius ſummæ, quæ curatu difficilis ſit, ſed diuerſis penſionib. eam exſoluat, *d.l.12.hoc.tit.* in illo loco, *niſi forte euidens ſit voluntas teſtatoris, in annuas penſiones ideo diuidentis, quoniam non legatario conſultum, ſed heredi proſpectum voluit, ne vrgeretur ad ſolutionem.* puta, quum relinquuntur vſque ad diem certum, vt in ſpecie propoſita. Alimenta autem plerumque relinquuntur in perpetuum, id eſt, dum viuet alimentarius, ſed relinqui etiam poſſunt ad tempus *l.cum autem, §.ſed etſi non fuerint, ſup.de tranſact.* & in multis aliis ll. titulorum *de ann.leg.& de alim.leg.* Præterea alimenta, quæ relicta ſunt, cum vita legatarij aut fideicommiſſarij finiuntur, nec in heredem eius tranſmittuntur, quia perſonæ cohærent, ac proinde deficiente perſona, exſtin-

C guuntur, vt Papinianus ait in extremo huius legis, idque patet ex *d.l.cum hi §. modus, de tranſact.l.in ſingulos, de ann.leg.* Mors alimentarij liberatio eſt eius, à quo alimenta relicta ſunt. Et hac ratione quodammodo moriens alimentarius tot heredi legat annua, quot ab herede ei legata erant. Martial. locus 9. Epigram. ad Bithyn. inquit;

Nil tibi legauit Fabius, Bithynice, cui tu
Annua ſi memini millia ſena dabas.
Plus nulli dedit ille; queri, Bithynice, noli
Annua legauit millia ſena tibi.

Bithynicus dum captaret hereditatem Fabij, ei ſolebat annua millia ſena dare, quo poſtea moriente nihil ex teſtamento eius conſecutus eſt, ſpe ſua fruſtratus, ſed

D tamen ille eum deridens ait; eum conſequutum eſſe morte Fabij annua millia ſena, quæ heredi eius haudquaquam præſtare compelletur, neque debentur, etiamſi Fabio deberentur ex alieno teſtamento. Legatum autem vel fideicommiſſum, quod proponitur hoc loco ab vxore filio relictum, poſt patrem moriente filio, in heredem filij tranſmittitur, quoad præſtitutum tempus exierit, quo filius ſi viueret compleſſet iuſtam ætatem, *l.20.h.tit.* quia non alimentorum cauſa, annua 10. filio relicta ſunt: & ideo fideicommiſſum morte filij non extinguitur. Denique hoc fideicommiſſum eſt purum, nectitur alia differentia ex alia, hoc, inquam, fideicommiſſum, de quo agitur in hoc vltimo reſponſo, eſt purum,

E cuius dies cedit ex die mortis teſtatoris, ſolutio tantum confertur in tempus, vt in ſuperiorib. duobus reſponſis, diuiſa in plures penſiones annuas exonerandi legatarij gratia. Gloſſa obiter dixit, *heredis* pro *legatarij*, quoniam non ab herede, ſed à legatario annua filio relicta proponuntur. Annorum autem in alimenta relictorum primi anni purum eſt legatum ſiue fideicommiſſum, cuius dies cedit ſtatim à morte teſtatoris, ſequentium annorum legatis hæc conditio ineſt, *ſi legatarius viuat.* Denique ſequentium annorum legata conditionalia ſunt: nam mortuo legatario ſequentium annorum annua heredi eius non debentur, *l.4.ſup.de ann.leg.l.1.§ ſi in annos, ſup. ad l.Falcid.* Poſtremo fideicommiſſum, quo de agitur hoc loco, quo filio relicta ſunt annua decem, non poteſt peti initio cuiuſque anni, ſed expectanda eſt collectio

fructuum, expectandæ ſunt meſſes aut vindemia, quoniam id fideicommiſſum diuiſis penſionibus pater præſtari iuſſit ex fructibus bonorum vxori relictorum: ergo non ante peti poteſt, quam coacti ſint fructus atque percepti, quod & Papinianus notat diligenter hoc loco. At annua legata vel fideicommiſſa deſtinata alimentis, peti poſſunt initio cuiuſque anni, *l. 12. hoc tit. l. 1. C. eod. tit.* Sed & ea annua, quæ non ſunt deſtinata alimentis, vt ex contrario hic locus argumentum præſtat, peti poſſunt initio cuiuſque anni, ſi non ſit additum, vt ex fructibus præſtarentur. De legatis tantum tracto, non de ſtipulationibus, quibus annua ſtipulamur dari, vel annuam pecuniam, quoniam notiſſimum eſt hac in re, alio iure eſſe ſtipulationes, alio legata. Et rationem differentiæ fuſius expoſuimus in *l. 16. de verb. oblig.* Illud non omittendum, quod Accurſius hoc loco negat, vxori relicto victu & veſtitu, victum ei non deberi initio cuiuſque anni, quod falſum eſſe coarguit *d. l. 12. h. t. & l. 1. C. eod.* quæ dicunt, alimenta quæ vtique verbo victus ſignificantur, peti poſſe initio cuiuſque anni vel menſis, prout diſtribuenda ei alimenta cenſuerit iudex, cum id maritus non expreſſerit, *l. ſi cui, de ann. leg. l. pen. de alimen. leg.* Et ita Albericus ſentit recte. *venter*, vt vulgo dicitur, *dilationem non patitur.* Quamobrem nec tempora iudicati faciendi ſeruantur in alimentis conſtituendis, *l. 2. inf. de re iudic.* Veſtiarium autem petet vxor, quum erit ei ex vſu & commodo ſuo: vt relictum in habitationem non petitur ſtatim præſenti die, ſed quo die eſt commodum ſolui, quo ſcilicet die debetur penſio habitationis, *l. 12. §. ſi in habitationem, hoc tit.*

Ad l. 42. de oper. libert.

Cerdonem ſeruum meum manumitti volo, ita vt operas heredi promittat. non cogitur manumiſſus promittere, ſed & ſi promiſerit, in eum actio non dabitur, nam iuri publico derogare non potuit, qui fideicommiſſariam libertatem dedit.

CErdo, vt opinor, non eſt artificij nomen, vt Gloſſa ſentit, non eſt ſutor veterarius, παλαιοῤῥάφος, vt Græci vocant, *veteramentarius, veterinallus*, ſed eſt proprium nomen ſerui, vt apud Apul. 2. Miles. *Cerdo quidam nomine, negotiator acceſſit.* Huic autem Cerdoni ſeruo dominus ab herede extraneo reliquit fideicommiſſariam libertatem, *Ita*, hæc ſunt verba teſtatoris, *vt operas heredi promitteret*, quæ verba, *ita vt*, quod fuit mihi ſæpe vſui in multis caſibus, modum faciunt, non conditionem, vt & ex hoc loco patet, & ex *l. libertas §. hæc ſcriptura, de man. teſtam. l. Titio centum §. 1. ſup. de condit. & demonſt.* Igitur ſeruo confeſtim præſtanda eſt libertas ex cauſa fideicommiſſi, quod purum eſſe intelligitur, non conditionale, quod ſub modo eſſe intelligitur, non ſub conditione. Modus impletur poſt præſtationem legati; conditio impletur ante præſtationem legati: ſed quæritur, an poſt præſtitam libertatem manumiſſus cogatur operas heredi promittere, quemadmodum teſtator cauit? Et reſpondet, non cogi, quinimo promittentem heredi ſtipulanti non obligari, id eſt, vt Gloſſa ait rectiſſime, *promittere coactum*, quia ſi poſt manumiſſionem vltro donandi animo promiſerit operas, proculdubio obligatur, *l. Campanus, D. h. t.* Et recte etiam poſui, ab extraneo herede ſeruo fuiſſe relictam fideicommiſſariam libertatem. Nam ſi ſit relicta à filio, filius manumiſſo ex cauſa fideicommiſſi, poteſt donum, munus, operas, quas nos appellamus, *iurées*, quod & ex iureiurando debeantur, non minus quam ex ſtipulatione, imponere: filius, inquam, manumiſſo ex cauſa fideicōmiſſi poteſt donum, munus, operas imponere, hac ratione, quia & directo manumiſſo & liberto orcino operas poſſet imponere quaſi patroni filius, *l. ſi filius, in pr. inf. de fideicom. liber.* Ratio autē huius reſpōſi hæc eſt, quia non potuit teſtator iuri publico derogare, iubendo, vt manumiſſus ab herede ex cauſa fideicommiſſi heredi promitteret operas, vel iuraret, *l. nemo poteſt, de leg. 1.* Non poteſt facere teſtator, ne ius publicum locum habeat, *l. teſtandi, C. de teſtam. l. 5. §. Iulianus, de admin. tut.* Quintil. *declamat. 373. Potentius*, inquit, *eſt quod in albo legis, quam quod in teſtamento.* Ius autem publicum hoc loco vocat conſtitutiones Principum, quibus cauetur ceſſare perſecutionem, ſiue petitionem operarum aduerſus eos, qui ex fideicommiſſi cauſa manumiſſi ſunt, etiamſi eas coacti promiſerint, *l. 7. §. reſcriptum, h. t. l. 2. l. mater, C. eod. tit. l. qui ex cauſa, tit. ſeq. l. videndum, de leg. 1.* nec mutat, quod is, qui manumiſit ex cauſa fideicommiſſi patronus eſt. Cur ergo, inquies, iure licito non imponet operas manumiſ-
B ſo, vel munus, vel donum? Nempe, quia non gratuitam, ſed debitam libertatem præſtitit, quia libertatem præſtitit, quam non potuit non præſtare, vt ſit ea accepto ferenda potius defuncto, quam manumiſſori.

Ad legem 50. de manumiſſis teſtamen.

Quod D. Marco pro libertatibus conſeruandis placuit, locum habet irrito teſtamento facto, ſi bona venitura ſint, alioquin vacantibus fiſco vindicatis, non habere conſtitutionem locum, aperte cauetur. Seruos autem teſtamento manumiſſos, vt bona ſuſcipiant, iure cautionem idoneam offerre, non minus quam cæteros defuncti libertos, aut extrarios declarauit, quod beneficium minoribus annis heredib. ſcri-
C *ptis, auxilium bonis præſtitutum more ſolito deſideranti bus, non auferetur.*

PErtinet hæc *l. 50.* ad genus illud ſuccedēdi in vniuerſa bona defuncti, quod introduxit conſtitutio D. Marci ad Popilium Rufum, de quo genere ſucceſſionis eſt in *Inſtit. tit. de eo cui lib. cau. bon. add.* Et de eo ſimiliter agitur in *l. 2. 3. 4. tit. ſeq. & l. 6. & l. vlt. C. de manumiſſ. teſtam.* Si heres ſcriptus teſtamento, quo ſeruis directæ libertates vel fideicommiſſariæ datæ ſunt, nolit adire hereditatem ex teſtamento, nec repudiata cauſa teſtamenti vllus exiſtat, qui ab inteſtato eam hereditatem adire velit, forte ob grande æs alienum, quo ea premitur hereditas, & creditores hereditarij in eo ſint, vt defuncti nomine bona poſſideant, & auctionem eorum bonorum faciant ſub haſta & præcone, quæ res ſi fieret, maxime
D læderet exiſtimationem, memoriamque defuncti: ideo ne intercidant libertates, quæ ſane ipſo iure intercidunt deſtituto teſtamento & deſerto ab herede ſcripto, ne lædatur exiſtimatio defuncti, eius nomine bonis à creditoribus diſtractis, vt inquam, conſeruentur libertates, ſimul atque exiſtimatio defuncti, conſtitutio Diui Marci permittit iis, quibus libertates teſtamento datæ ſunt, vel vni eorum, vel liberto teſtatoris, quem ſcilicet viuus manumiſerit, vel etiam extraneo libero homini, vt à prætore vel præſide poſtulet bona vniuerſa defuncti ſibi addici libertatum tuendarum gratia, ne pereant, oblata & præſtita ſatiſdatione, vel alia cautione idonea, creditoribus hereditariis ſatisfactum iri, qua
E addictione bonorum impetrata, inhibetur auctio eorum bonorum, quia defenſor idoneus exiſtit, qui reſpondeat creditoribus, qui adſimilatur etiam bonorum poſſeſſori, *l. 4. §. is autem, tit. ſeq.* Et ſi forte non cauerit creditoribus, etiam creditoribus perinde atque ſi eis cauiſſet, in eum dantur vtiles actiones, quaſi ex ſtipulatione tacita, *l. 3. tit. ſeq.* Et de hac re hoc loco Papinianus ita ſcribit, conſtitutioni D. Marci locum eſſe libertatum tuendarum gratia teſtamento, in quo datæ ſunt, deſtituto ab herede, & irrito facto. *Si bona*, inquit, *venitura ſint.* niſi exſiſtat aliquis cui ea addicantur, quaſi heredi teſtamentario, aut bonorum poſſeſſori. Nam ſi bona vænitura non ſint à creditoribus, ſi non vrgeant creditores hereditarij, ſi bona, puta, ſoluendo ſint,

ſi locuples & luculenta hereditas, atque adeo nemine heredc exſiſtente ex teſtamento, vel ab inteſtato, ea bona fiſcus vendicet, & agnoſcat tanquam vacantia ex l. Iulia, *l. quidam §. quotiens, de leg. 1.* quæ dicitur lex Iulia caducaria ab Vlpiano *libro ſing. reg. tit. de bonor. poſſeſſ.* tum vero ceſſat conſtitutio Diui Marci, id eſt, libertates ſeruis non competunt, neque debentur. Et hoc eſt quod ait, *alioquin vacantibus bonis fiſco vindicatis, non habere conſtitutionem locum.* Idque ait aperte, caueri ipſa conſtitutione. Et hoc idem probat etiam lex 4. §. *eadem, tit. ſeq.* ſed indiget interpretatione, quoniam prima ſpecie in *d. l. 4.* Vlpianus ſecum ipſe pugnare videtur: namque primum ait, conſtitutioni locum eſſe, id eſt, competere libertates non tantum, ſi extraneus quilibet bona ſibi addici poſtulet libertatum conſeruandarum gratia, vt à Diuo Marco ſtudioſus libertatum poſtulauit Popilius Rufus, ad quem ea conſtitutio Diui Marci dirigitur, quæ nuſquam exſtat alibi integra quam in Inſtitutionibus. Innumeri ſunt loci ſingulares in Inſtitutionibus, quo libello iuris neque pulchrior, neque facilior vllus eſt, nec diſpoſitior; & præter illam conſtitutionem, cuius verba in Inſtitutionibus integra referuntur, quæ non exſtant alibi, etiam inuenies in eo tit. eſſe ſingulare, quod ait, quandoque libertates dari mortis cauſa. Verum ad rem. Non tantum, vt cœpi dicere, conſtitutioni locum eſſe, ſi extraneus ſibi addici poſtulet, ſed etiam ſi quæ creditores poſſidere & diſtrahere concupiſcunt, fiſcus agnoſcat. Poſt additur in *d. §. eadem*, quod videtur pugnare cum ſuperiori dicto, alia ratione fiſco agnoſcente bona, id eſt, non inſtantibus creditoribus, non vrgentibus aut opprimentibus creditoribus, paucis aut nullis exiſtentibus creditoribus, conſtitutioni locum non eſſe, id eſt, non competere libertates. Vnde infert hoc modo. *Quare etſi caducis legibus bona delata ſint, idem erit probandum*, vbi iampridem oſtendi eſſe legendum: *quare etſi caducariis legibus*, id eſt, Iulia & Papia, bona fiſco delata ſint, vt vacantia ſcilicet, probandum erit non eſſe conſtitutioni locum, id eſt, non competere libertates: & bona delata caducariis legibus, vt dixi, vocat bona vacantia, vt *d. l. quidam § quotiens, de legat. 1.* Bona vacantia ſunt, quod notandum, quæ nec heredes, nec creditores vlli perſequuntur. Popilium autem Rufum, ad quem ſcripta eſt conſtitutio hæc accipio pro extrario libero homine Philoſopho ſtudioſo libertatum tuendarum, petente ſibi addici bona propter libertates, non vt Theophilus, pro ſeruo teſtaméto manumiſſo, quia ſerui, binomines non erant, *ils n'auoient point deux noms.* Et quod eſt in *l. 6. & l. vlt. C. de teſtam. manumiſſ.* etiam extraneo poſtulante bona ei addici poſſe, libertatum conſeruandarum cauſa: Id ex hac *l. 50.* liquet manare ex conſtitutione iſta Diui Marci; qui etiam extrario fecerit poteſtatem petendi addictionem bonorum. Et in hanc rem eſt hæc lex ſingularis, quæ etiam fiſcum vtique admiſit ſine ſatiſdatione, vel ſatisfactione. Fiſcus nunquam ſatiſdat, quia ſemper eſt locuples, *l. 1. §. ſi ad fiſcum, ſup. vt leg. nom. cau.* nec mirum, ſi conſtitutio etiam admiſerit extraneum quemlibet, cum libertatum cauſa ſit publica, *l. ſi quis rogatus, tit. ſequ. l. 4. D. ne de ſtatu def.* Additur in extremo huius legis, *quod beneficiū minoribus annis heredibus, ſcriptis, auxiliū bonis præſtitutum more ſolito deſiderantibus, non auferetur.* Beneficiū ſcilicet huius conſtitutionis, hic eſt ſenſus, non aufertur iis, qui à domino libertatem acceperunt, ſi heredes ſcripti minores 25. annis initio abſtinuerint ſe bonis, deinde poſt factam addictionem bonorum, libertateſque ſeruis conſeruatas, vel præſtitas, reſtituti ſint in integrum adeundorum bonorum, adeundæ hereditatis cauſa. neque enim ſeruis ideo auferentur libertates, quæ ſemel competierunt, nec patroni, qui ſemel eorum effecti ſunt, mutabuntur, vt *d. l. 4. §. 1.* quoniam aduerſus libertates non extenditur reſtitutio in integrum, *l. 11. §. vlt. de min rib.* Et ait, *auxilium bonis præſtitutum*, id eſt, auxilium generali edicto de minoribus præſtitutum, & præfinitum minoribus, vt ad bona, quibus ſe inconſulto abſtinuerunt, reſtituti in integrum, regreſſum habeant. Hæc vero eſt ſecunda interpretatio Accurſij rectior quam prima, quam tamen Græci ſequuntur 48. Baſil. vt ſcilicet è conuerſo minoribus heredibus ſcriptis initio hereditatem adeuntibus: deinde beneficio reſtitutionis abſtinentibus ſe, poſt audiantur qui bona ſibi addici deſiderant libertatum conſeruandarum gratia. Male. nam hoc fruſtra deſideraturi ſunt, quia libertates ſemel competierunt adita hereditate, nec eis reſtitutio in integrum quicquam officit heredibus reſtitutis abſtinendi cauſa, *l. 3. C. de teſtam. manumiſſ.* Et hæc eſt vera interpretatio huius legis.

A

B

Ad l. 23. de fideicom. libert.

Fideicommiſſaria libertas prætextu compilatæ hereditatis, aut rationis geſtæ non differtur.

INitio legis hoc proponitur. Seruus, cui per ſpeciem fideicommiſſi libertas pure relicta eſt, dicitur expilaſſe hereditatem iacentem, vel rationes geſſiſſe hereditarias iacente hereditate, & conturbaſſe. Quæritur, an ideo differenda ſit præſtatio libertatis, quoad purgatis rationibus, & maleficio, quod ei obiicitur, abſolutus fuerit. Denique quæritur, an ſuſpenſa cognitione maleficij ſit ei repræſentanda libertas ex cauſa fideicommiſſi? Et ait, moram non eſſe faciendam eo prætextu puræ libertati. quod & Diuus Marcus conſtituit, *l. ſi pure, inf. hoc tit. l. 1. § ſed ſi fideicommiſſaria, ſi quis teſt. lib. eſſe iuſſ. fuerit. l. pen. C. de crim. expil. hered. l. 4. C. de teſtam. manumiſſ.* Neque obſtat l. quam opponit Accurſ. *l. 5. C. de leg.* cum qua conſentit *l. 48. ſup. ad Trebell.* quæ dicunt, non habere legatarium petitionem rerum legatarum, quas furatus eſt. Primum reſpondeo, hoc verum eſſe, ſi legatarius poſtquam furti damnatus eſt eas res petat, quas ante ſubripuerat, fruſtra enim petit, non ſi ſuſpenſo crimine furti, nec dum facto, ſiue peracto eas res petat, arg. *l. pen. D. de accuſat.* Deinde ex eo, quod illis ll. continetur, male infertur, non recte peti fideicommiſſariam libertatem ab eo, qui res aut rationes hereditarias interuertit. Id enim non interuertit, quod petit.

C

D

Ad §. fideicommiſſariam.

Fideicommiſſariam libertatem ab herede non præſtitam, cogendus eſt heredis heres, qui reſtituit ex Trebelliano Senatuſconſulto hereditatem, præſtare, ſi eius perſonam eligat, qui manumittendus eſt.

HEres, à quo relicta eſt ſeruo libertas per fideicommiſſum, vel heres eius, heres heredis, ſi hereditatem alij reſtituerit ex SC. Treb. quæritur, an cogatur eum ſeruum manumittere, tranſlata iam hereditate in fideicommiſſarium Trebellianum? Sic videtur Papinia. vt heres etiam poſt reſtitutam hereditatem, aut heres heredis cogatur eum ſeruum manumittere, videlicet, ſi ſeruus ab eo manumitti malit, quam à fideicommiſſario Trebelliano, quia is ſeruus fideicommiſſo hereditatis non continetur, *l. apud Iulian. ſup. h. t.* quæ lex recte ait idem ſeruari in perſona fideicommiſſarij Trebelliani, quod in perſona emptoris. Nam ſi eum ſeruum quis ab herede emerit, ſi hoc malit ſeruus, cogitur eum heres, idemque venditor redimere & manumittere, *l. 15. ſup. hoc tit. l. generaliter §. vlt. h. t. l. Titius, de act. empt.* Hoc relinquitur in arbitrio ſeru, vt eligat, quem volet manumiſſorem, quoniam ſæpe intereſt manumitti po-

E

tius ab vno quam ab alio, pro varietate morum, quibus manumissores prædití sunt, vel etiam pro ætate, quoniam intereſt manumitti potius à ſene, cui non diu edat operas officiales libertatis cauſa, quam à iuuene, *d.l.15.*

Ad §. ſeruum.

Seruum peculij caſtrenſis, quem pater fideicommiſſi verbis à legitimis heredibus filiis liberari voluit, filium militem, vel qui militauit, ſi patris heres exiſtit, manumittere cogendum reſpondi, quoniam proprium manumiſiſſe defunctus poſt donationem in filium collatam exiſtimauit: portionem enim à fratre domino fratrem eundemque coheredem citra damnum voluntatis redimere non cogendum, nec ob eundem errorem cætera quæ pater in militia profecturo filio donauit, fratri qui manſit in poteſtate conferenda: cum peculium caſtrenſe filius etiam inter legitimos heredes præcipuum retineat.

NEmo ambigit in caſtrenſi peculio filiifam. numerari, quod filio in militiam profecturo pater donauit, *l. caſtrenſe, inf. de caſt. pec.* Donatio inter patrem & filiumfam. regulariter quidem non valet, ſed ſi fiat in cauſam peculij caſtrenſis omnino valet, quia filius in caſtrenſi peculio pro patrefamil. habetur, *l.2. ſup. ad SC. Maced.* Nunc finge, filiofamil. proficiſcenti in militiam, arma, equos, ornamenta, & multa alia patrem donaſſe, & inter cætera etiam ſeruum calonem, ſiue caculam, *vn gouiat*, & ei ſeruo codicillis reliquiſſe fideicommiſſariam libertatem à duobus filiis, quos habuit tanquam legitimis heredibus ab inteſtato, vno milite aut veterano, id eſt, militia iam functo & emerito, altero pagano. Quæritur, an ſi vterque filius patri heres exſtiterit ab inteſtato, an ab vtroque libertas fideicommiſſaria peti poſſit? Et reſpondet, à filio tantum milite peti poſſe, cui is ſeruus à patre donatus eſt in caſtrenſi peculio. Nec obſtat, quod pater eum ſeruum à filiis, vt poſuimus, manumitti iuſſit, quia error in eo fuit patris, qui eum ſeruum in dominio ſuo manſiſſe perperam exiſtimauit poſt donationem collatam in filium, id eſt, qui exiſtimauit eam donationem non valere, quæ valet optimo iure, quum fit in cauſam caſtrenſis peculij. Et hoc errore falſus quaſi proprio ſeruo pater à filiis legitimis heredibus reliquit fideicommiſſariam libertatem, quam à filio ſerui domino tantum relinquere potuit, quia alter filius in eo ſeruo nihil iuris habet. Itaque is ſolus, qui ſerui dominus eſt, ſeruum manumittere cogitur, nec propter errorem patris, ac ſi ſeruus patris proprius fuiſſet, qui non fuit: & proinde communis vtriuſque filij iure hereditario, vt eum manumittat filius miles, aut veteranus, non cogitur redimere portionem fratris, qui eius ſerui caſtrenſis nulla ex parte dominus eſt, quia non fuit communis ſeruus fratrum, ſed filij militis aut veterani proprius in ſolidum. Verum quod hoc loco tradidit Papinianus, emendanda ſunt Papiniani verba, dum ait: *Portionem enim à fratre domino fratrem, eundemque coheredem citra damnum voluntatis redimere non cogendum.* Illud enim, *domino*, gloſſema eſt. Dominus enim fuit ſerui, qui redimere portionem à fratre non cogitur, non is à quo redimere non cogitur, quem tamen ſi addas, *domino*, facis dominum. Itaque perſpicuum eſt illud, *domino*, irrepſiſſe in contextum, & ait, *citra damnum voluntatis*, vt damnum conditionis, *l. Imperator, ſup. ad Treb.* hoc ſenſu, quod valde notandum eſt, quod non cogatur frater dominus ſerui à fratre portionem redimere, vt eum manumittat, ſecutus errorem patris potius quam veritatem, non ideo fieri contra voluntatem patris, id eſt, hoc fieri citra damnum voluntatis paternæ, quia non intelligitur voluiſſe

A qui errauit in iure, *l. ſi per errorem, de iuriſ. l.116. §. vlt. de reg. iur.* Qua de cauſa vt ſubiicit, nec is error patris efficit, qui ſeruum donatum filio ex cauſa caſtrenſi putat proprium ſuum eſſe, non filij, cui donauit proprium in ſolidum, vti eſt. Is, inquam, error non efficit, vt filius ille non habeat eum ſeruum, cæteraque omnia bona caſtrenſia, quæ pater ei donauit, præcipuum ab inteſtato: Is, inquam, error non efficit, vt ea bona conferat fratri pagano: imo ſibi retinebit propria in ſolidum, vt *l.1. §. nec caſtrenſe, de collat. bon. l.54. ad Trebell. l. cum duobus §. idem Papin. pro ſoc.* Nec obſtat quod dicitur, errorem teſtatoris facere ius, *l.3. in fi. ſup. de ſupell. leg.* quoniam hoc dicitur de errore facti, quo non læditur ius publicum, vt in exemplo ibi propoſito, ſi vaſa argentea, quæ

B ſunt in ſupellectili, rationibus teſtator referat in argento, non in ſupellectili, propter errorem teſtatoris, legato argento, ea vaſa continebuntur, quia error, id eſt, voluntas illa teſtatoris, errantis ſcilicet, pro iure eſt: error hic eſt index voluntatis non iniuſtæ, aut iuri publico aduerſæ: At hic eſt error iuris maxime aduerſus iuri publico, vt manſerit ſeruus proprius, quem donauit ex cauſa caſtrenſi, & vt conferatur fratri à fratre, vtque habeatur pro communi inter fratres, qui errores ſunt ſtultiſſimi. Etiam illud adnotandum, irrepſiſſe mendum aliquod illo loco: *Qui manſit in poteſtate*, quo ſignificatur, paganum manſiſſe in poteſtate, & ex contrario igitur fratrem militem fuiſſe ſolutum poteſtate, quod eſt falſum, alioquin non eſſet legitimus heres, ſicut proponi-

C tur hoc loco. Ac præterea non fuiſſe eum emancipatum, nequaquam proponitur, nec poteſt dici, militia ſolui patriam poteſtatem, *l. filiusfam. de ritu nupt. l.7. C. de pat. poteſt. §. filiusfam. Inſtit. quib. mod. ius pat. poteſt. amit.* Quinimo neceſſario ponendum eſt, etiam militem manſiſſe in poteſtate, vt etiamſi ſit in poteſtate, in eo ius iſtud ſingulare obſeruemus, vt ſit ei caſtrenſe peculium proprium patrimonium, quod habiturus eſt præcipuum mortuo patre, nec collaturus fratri. Igitur mendum hoc quoque loco dum ait, *Qui manſit in poteſtate*, aliquod irrepſit, & videtur eſſe legendum, *Qui manſit in paganis*, vt loqui alij auctores ſolent, eſſe in puerilibus annis, in ſenioribus, nouiſſimis, Et etiam in *l.7. de reg. iur.* ius noſtrum non patitur eundem hominem in pa-

D ganis, id eſt, qui ſit in paganis, non in militibus. Atque ita expoſuimus tria reſponſa huius legis.

Ad §. etiam fideicommiſſaria.

Etiam fideicommiſſaria libertas à filio poſt certam ætatem eius data, ſi ad eam puer non peruenit, ab herede filij præſtituta die reddetur. Quam ſententiam iure ſingulari receptam ad cætera fideicommiſſa relicta porrigi non placuit.

QVod ad §. penult. attinet, in eo proponitur, patrem à filio impubere codicillis factis ab inteſtato ſeruo libertatem fideicommiſſariam reliquiſſe. Pono filium fuiſſe impuberem, quia Papin. eum puerum

E vocat illo loco, *ſi ad eam puer non peruenit.* Et hoc ſane multum facit ad §. vltimum, qui ſimul cum iſto explicandus eſt: A filio igitur impubere reliquiſſe fideicommiſſariam libertatem his verbis, *illum ſeruum cum filius meus ad 14. annum ætatis peruenerit, manumitti volo.* Hæc verba in ſe conditionem continent, *ſi filius effectus fuerit annorum 14.* Et tamē mortuo filio intra pubertatē, intra eam ætatem nondum facto annorum 14 placet heredem eius filij ſeruo debere præſtare libertatem ex cauſa fideicōmiſſi præſtituta die. *Præſtituta die*, id eſt, qua die eam ætatem filius attigiſſet, ſi vixiſſet, quod ait fuiſſe receptū iure ſingulari, hoc eſt fauore libertatis, vt in *l.10. C. eod. tit. l. ſi ita ſcriptum, ſup. de manum. teſt. l. 19. D. de ſtatulib.* fauore libertatis conditio defecta pro impleta

habetur. Defecta enim conditio est, qua qui mortuus est intra annum 14. sane non intelligitur esse annorum 14. aut fuisse, *l. si Titio, sup. quando dies leg. ced.* Sed pro impleta habetur fauore libertatis, impleto tempore quo, si vixisset filius, seruo ea libertas debita & praestita fuisset, vt è contrario fauore piae causae, conditio impleta nonnunquam habetur pro defecta in Nouella 23. quod exposui hoc ipso libro in *l. cum auus, sup. de cond. & demonst.* Multa contra iuris rigorem, contra communes regulas iuris pro libertatibus benigne recepta sunt, instituto à maioribus fauore libertatum *l. generaliter §. si quis seruo, h. t. l. in bello §. manumittendo, inf. de capt. & postl. reu. l. poenales, in fi. sup. ad l. Falcid. §. vlt. Instit. de don.* Philosophia amplectente libertatem, vt eleganter ait lex *pen. C. de ijs quibus, vt indign.* Philosophia scilicet Scoica, in qua versantur omnes Iurisconsulti nostri, & cuius verbum hoc est apud Diog. Laertium *φαῦλη ἡ δεσποτεία. C'est mauuaise chose que d'auoir vn maistre.* Idem vero non seruatur in fideicommisso pecuniario, quod in libertate, eidem seruo relicto sub eadem cōditione: quum filius erit annorum 14. nam filio mortuo intra pubertatem, fideicommissum exstinguitur, quasi defecta conditione. Libertas quidem & fideicommissum simul relicta sunt eidem seruo, & sub eadem conditione, sed libertatis conditio pro impleta habetur, fideicommissi pro defecta. Quae est sententia §. *pen.* cui nihil obstat lex *Firmio, §. 1. sup. quand. dies leg. ced. vel l. pen. C. eod. tit.* Quoniam vt ostendi in *d. l. Firmio*, id purum fuit non conditionale fideicommissum: Eodem vero modo si adscripta sit libertati & fideicommisso pecuniario haec conditio, *si heredi decem dederit, cum eidem seruo relinqueretur libertas simul & legatum vel fideicommissum sub conditione, si heredi decem dederit, seruus non dederit heredi, sed heredi heredis*, quantum ad libertatem attinet, conditio pro impleta habetur: quantum ad fideicommissum pecuniarium, pro defecta: est similis ratio & causa *l. sub. diuersis §. vlt. l. cum ita, in fi. sup. de condit. & demonst.*

Ad §. vlt.

Seruum à filio post quinque annos, si eo tempore mercedem diurnam filio praestitisset manumitti voluit. biennio proximo vagatus non praestiterat, conditione defectus videbatur, si tamen heres filius, aut tutores eius ministerium serui per biennium elegissent, eam rem ex praeterito, quod per heredem stetisset, impedimento residuae conditioni non esse constitit.

IN specie quoque §. *vlt. huius l.* conditio defecta pro impleta habetur, sed hoc interest, quod in §. *pen.* pro impleta habetur iure singulari; in vltimo, iure communi. Quo argumento, quia siue libertati siue fideicommisso aut legato adscripta sit conditio, semper habetur pro impleta. In specie §. vltimi, puta, cum per heredem, in cuius personna conditio sit, stat aut mora fit quo minus impleatur, communis haec est regula iuris, *l. in iure, de reg. iur.* quod ius commune vocat Papin. in *l. cum pupillus, in princ. sup. de condit. & demonst.* ad differentiam scil. iuris singularis, de quo dixit in §. *pen. h. l.* nam hic sane §. *vlt.* omnino coniungendus est cum initio *d. l. cum pupillus.* Hoc loco ait, *filius aut tutores.* & illo quoque loco ait, *pupillus aut tutor.* Et rursus cur illa in *l. cum pupillus* ait, *Tam legati quam libertatis conditionem impletam videri*, nisi ad differentiam eius quod proposuit in §. *pen.* non vt libertatis, ita legati conditionem impletam videri. Denique ius singulare proponitur in §. *vlt.* coaptato cum *d. l. cum pupillus*, ius commune. Et cohaeret etiam hic §. *vlt.* cum *pen.* quia vterque est de filio impubere, & ex coniunctione vtriusque exoritur & emergit illa differentia inter ius singulare & ius commune: & ea quoque conuenientia in eo, quod vtroque iure conditio defecta habetur pro impleta, iure singulari fauore libertatis: iure communi culpa pupilli vel tutoris, in cuius personam conditio collata fuit. Et vtraque species §. *pen. & vlt.* est de pupillo, propterea quod conditio confertur in maiorem aetatem heredis, adultam puta, vel iustam. Vnde apparet ex §. *vlt.* in *d. l. cum pupillus*, proprie ita esse ponendam speciem: Pater à filio impubere post quinquennium, seruum manumitti, & legatum certum ac fideicommissum ei praestari voluit sub conditione: *si tempore toto quinquennij is seruus filio diurnam mercedem praestiterit, ex sua industria & locatione operarum, ex suo quaestu diurno.* Seruus triennio diurnam pensionem siue mercedem filio praestitit, biennio autem proximo feriatus & vagatus, inquit, per orbem terrarum, filio nihil intulit: sane conditio libertatis defecisse intelligitur, & perempta igitur spes fideicommissariae libertatis. hoc est extra omnem controuersiam: At si seruus feriatus & vagatus non sit, sed per biennium filius vel tutor, per biennium illud filius, vel tutor eius ministerium serui elegerit, & diurnae pensitationi praetulerit, conditio tam libertatis, quam legati, aut fideicommissi pro impleta habetur, quia per filium aut tutorem, quod idem est, in cuius personam collata conditio fuit, stetit, quo minus conditio impleretur. Iure ergo communi pro impleta habetur, non iure singulari, quia non tantum libertas, sed etiam legatum seruo deberi Papinianus ait. in fine huius legis, ait, eam rem, quod biennio proximo seruus filio ministerium praebuerit, non diurnam mercedem, ministerium praeoptante filio vel tutore, quam mercedem ex praeterito tempore, ex triennio scilicet, quo seruus conditioni paruit, non esse impedimento residuae conditioni, id est, eam rem non efficere, vt minus videatur seruus paruisse conditioni biennio residuo, quia per filium stetit, quo minus & eo biennio pareret conditioni. Hoc est maxime notandum.

Ad leg. 35. de statulib.

Non videbitur per statuliberum non stare, quo minus conditio libertatis exsistat, si de peculio, quod apud venditorem seruus habuit, pecuniam conditionis offerre non possit: ad alienum enim peculium voluntas defuncti porrigi non potuit. Idem erit etsi cum peculio seruus venierit, & venditor fide rupta peculium retinuerit: quanquam enim ex empto sit actio, tamen apud emptorem peculium seruus non habuit.

SEntentia *leg. 35. de statulib.* pertinet ad hanc quaestionem vel speciem: Seruo directe libertas data est sub conditione, *si heredi decem dederit.* Inter omnes constat, & proditum est in iure locis innumeris posse statuliberum, id est, cui directo data libertas est, sub conditione dandi decem, dare ea 10. de peculio, si quod habuit apud testatorem à testatore concessum conditionis implendae causa, *l. 3. §. 1. h. t. l. 3. §. vlt. sup. de condict. cau. data.* Et hoc quidem est benigne receptum & probatum iurisperitis omnibus, vt statuliber ex eo peculio dando quasi ex suo patrimonio suaue pecunia perueniat ad libertatem, coniectura facta voluntatis domini, quasi voluerit dominus, vt & posset ea 10. dare ex peculio suo tacite, *l. 17. hoc tit. l. in bello, §. si statuliber, de capt. & postl. reu.* At finge, nunc, seruum non apud testatorem habuisse vllum peculium, sed habere coepisse apud heredem, ei constitutum ab herede, & heredem statuliberum vendidisse, quod potest, *l. 25. h. t.* vendidisse autem sine peculio, statuliber conditionem libertatis implere potest in persona emptoris, dando emptori 10. quod est ex XII. tabul. *l. 29 hoc tit.* & apud Vlpianum *lib. reg. tit. de statuliber.* At quaero, an eam conditionem

possit seruus implere supta pecunia, sumptis 10. ex peculio, quod habuit apud heredem eundemque venditorem. Et certum est, non posse seruum implere conditionem ex aliena pecunia. Peculium autem illud alienū est, quia id seruus non habuit apud testatorem, sed apud heredem habere cœpit, sine quo statuliberum heres vendidit. *Ad alienum peculium*, inquit Papinianus, id est, quod alius statulibero constituit, non testator, voluntas defuncti non porrigitur. quod receptum est ex tacita voluntate defuncti, vt statuliber dando de peculio, expleat conditionem libertatis. Id pertinet tantum ad peculium, quod habuit apud testatorem, non quod habuit apud heredem eundemque venditorem: vel etiā pertinet ad id, quod nunc habet apud emptorem. An igitur seruus quod ex peculio heredis dare non possit, qui id sibi excepit in vendendo seruo: an videbitur per eum non stare, quo minus conditio libertatis existat, id est, an conditio habebitur pro impleta, & statim liber erit? Et respondet, non videri per statuliberum non stare, sic est Florentiæ scriptum rectissime: & male adnotarunt, qui Pandectas illas exprimi curauerunt, secundam negationem abundare: rectissime enim, vt scriptum est hoc modo: *non videbitur per statuliberum non stare*, id est, stat per statuliberum, quo minus conditio libertatis existat, quia etsi non possit dare ex peculio heredis, dare aliunde potest, aliunde pecuniam corradere potest, qua data conditionem libertatis expleat. Et hæc est sententia Papiniani. cui prima specie plurimum aduersatur *l. 3. §. si quis seruum, hoc tit.* Seruus iussus est dare decem, & liber esse. eum heres vendidit sine peculio, non erit statim atque venditus est, liber, quasi prohibeatur dare de peculio, hoc ipso quod sine peculio venditus sit, sed tunc liber erit, quasi conditione habita pro impleta, cum ab herede prohibebitur peculium tangere. At Papin. negat, eum liberum fore, quod peculium non possit attingere, quod primum cœpit habere apud heredem, & apud testatorem nunquam habuit. Sed vt perspicue respondeam abolita Glossa, in §. *si quis seruū*, agitur de peculio, quod habuit apud testatorem, ex quo implere conditionem potest: & si prohibeatur ab herede, conditio merito pro impleta habetur, & statim liber existit: & in hunc locum hoc ita recte animaduertit Benedictus Plumbinus, qui proprie affectauit scribere in hos titulos de libertatib. solus: nec abs re, quoniam sunt vtiles, & conducunt maxime omnib. partibus iuris nostri, vt plane sit stultus, qui non & eis quoque titulis vult dare operam. At in §. *si quis seruum*, vt dixi, agitur de peculio, quod apud testatorem seruus habuit, ex quo si prohibeatur ab herede, ne 10. sumat conditionis implendæ causa, conditio habetur pro impleta, non statim hoc solo, quod seruum vendidit sine peculio. In hac autem l. Papinianus tractat de peculio, quod non apud testatorem seruus habuit, sed apud heredem, ex quo non potest sumere quicquam implendæ conditionis causa, cum non testatoris, sed alius, id est, heredis peculium sit. Et addit Papinianus, idem esse dicendum, si heres seruum vendiderit cum peculio, quod apud eum seruus habuit, non apud testatorem, sed fide contractus rupta emptori non tradiderit, quo nomine tenetur emptori actione ex empto nomine doli mali, quod fidem ruperit, quod & peculium vendiderit, nec tradere velit. actio ex empto est bonæ fidei, dolus malus vindicatur actione bonæ fidei, fides rupta vindicatur actione bonæ fidei, vt *l. 1. C. de dolo.* actione mandati, de qua eam legem esse accipiendam probat obseruatio tertia, & actione depositi, *l. ei apud quem, depos.* Et ideo seruus, tametsi ex peculio quod apud heredem habuit, non apud testatorem, dare non possit decem, & implere conditionem, quod necdum habet etiam apud emptorem, quia etsi emptor actionem habeat ex empto ad peculium, vt sibi tradatur, quod venit cum seruo; non tamen videtur habere peculium. Et in hoc casu vitiatur regula leg. 15, *de regul. iur.* quæ dicit, eum videri rem habere, qui actionem habet ad rem recuperandam, vt *l. si quis de vi, de adquir. possess.* quoniam aliud est in peculio, quod vt intelligatur esse peculium, exigit naturalem siue corporalem traditionem, *l. nec statim, de pecul.* Seruus, inquam, non ideo, quod non possit dare de illo peculio, quod habuit apud heredem, necdum habuit apud emptorem, dicere non potest, per se non stare, quo minus conditio libertatis existat, sed per heredem, qui peculium detinet mala fide, atque ideo se pro libero habendum esse, quasi conditione impleta. Denique nihil interesse, vendiderit heres seruum sine peculio, an cum peculio, sed fide rupta peculium retinuerit, nec tradiderit emptori; vtroque casu per statuliberum stare videri, quo minus conditio existat, quamuis non possit eam implere ex peculio heredis. Valde notandum est, quod ait Papinianus, *voluntas defuncti.* Quæ verba palam faciunt sententiam vulgo receptam, vt statuliber de peculio, quod apud testatorem habuit, conditionem implere possit, esse subnixam voluntate defuncti tacita, nec eius sententiæ aliam esse rationem. Ad alienum, inquit, peculium voluntas defuncti non porrigitur, qui scilicet voluisse intelligitur, vt seruus conditionem impleret de peculio, quod apud se habuit ex concessu suo, atque permissu: quod etiam lex. 17. *huius tit*, ostendit, dum ait, id concedi statulibero sine iniuria dominorum, id est, citra damnum voluntatis dominorum.

Ad leg. pen. qui sine manu. ad liber. peru.

Mancipia mater filiæ donauerat, vt filia curaret ea post mortem suam esse libera. cum donationis legi non esset obtemperatum, ex sententia constitutionis D. Marci libertates obtingere matre consentiente respondi. quod si ante filiam mater vita decessit, omnimodo,

IN hac lege Mater filiæ donauit inter viuos seruos aliquot ea lege & conditione, vt eos filia post mortem suam manumitteret, vel quemadmodum proponit Papinianus, *vt curaret filia post mortem suam eos esse liberos*, puta testamento vel codicillis data eis vel relicta libertate. verbum, *curaret*, non facit fideicommissum, non fidem implorat, sed diligentiam aliquam tantum. Idque habuimus in *leg. Firmio, §. 1. sup. quand. dies leg. ced.* Quod quidem fideicommissum, nec potuisset relinqui à donatario inter viuos, *l. cum quis, § pater, de leg. 3.* Itaque hæc verba: *vt filia curaret ea post mortem suam mancipia donata, esse libera*, legem efficiunt donationi, & imponunt donationi conditionem siue modum potius, non fideicommissum constituunt. Quæritur autem, an filia mortua seruus non relicta libertate, serui ipso iure ad libertatem perducantur sine manumissione? Quod frustrà in quæstionem deduceretur, si constaret ea lege donatos cessante donatario, & vita decedente, non manumissis seruis, seruos fieri ipso iure liberos ex constitutione Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, cuius sæpe fit mentio in libris nostris. Si igitur constaret ex ea constitutione seruos donatos ea lege, cessante donatario ipso iure eripi ad libertatem, frustra quæreretur in hac lege, an sint ipso iure liberi. Sed ea constitutio, vt iam pridem ostendi, pertinet tantum ad seruos venditos ea lege vt ab emptore manumittantur, qui cessante emptore, ipsa constitutione, ipso iure ad libertatem eripiuntur sine manumissione, *l. Paulus, §. 1. inf. de lib. caus.* nihilominus emptorem patronum habent, perinde atque si ab eo manumissi fuissent. Quod pene est incredibile, vt qui non manumisit, sit patronus: & ex ea constitutione tamen ita est, *l. 3. hoc tit. l. sed si hac lege, in princ. sup. de in ius voc. l. 3. §. 1. de suis*

& legit. hered. non pertinebat autem ea constitutio ad seruos donatos ea lege. De venditis tantum loquebatur, vt patet ex *d. l. Paulus* §. *1.* non de donatis ea lege, vt manumitterentur à donatario. Itaque non pertinebat constitutio proprie ad donatos, idque intelligere licet ex eo, quod Scæuola respondit in *l. qui Romæ* §. *Flauius, de verbor. obligat.* qui quidem Scæuola vixit ætate eorum Imperatorum Marci & Commodi, & in seruis donatis exigit omnimodo manumissionem donatarij, quasi constitutio eorundem Imperatorum, quod & verum est, non pertineret ad donatos, sed ad venditos tantum. Sed postea Papin. qui postea possedit palmam Iurisprudentiæ, quem etiam constat, multa adinuenisse noua, & mirum in modum amplificasse ius ciuile, a Papiniano, inquam, ea constitutio porrecta est hoc loco, etiam ad seruos donatos ea lege, non ex verbis quidem constitutionis, sed vt ait, ex sententia constitutionis, quod & donati ea lege eundem mereantur fauorem consequendæ libertatis cessante donatario. Neque dicat quisquam ipsum sibi Papin. refragari ex *l. seruus ea lege, in fine,* quam obiicit Accursius, *sup. de seru. export.* qui tamen secum ipse pugnare videretur, si in ea lege ita legeretur; *Quod si vt manumitteretur*, vt legit Glossa: Sed Florentinæ Pandectæ non sic habent, non habent, *Quod si vt manumitteretur*, sed, *quod ne si pœnæ causa exportaretur.* Quod autem Papinianus constitutionem Marci & Commodi porrexit etiam ad seruos ea lege donatos, id etiam postea Imperator Alexander comprobauit in *l. 1. C. si manc. ita fuer. alien.* Quin etiam interpretatione prudentum postea porrecta est ea constitutio ad casum pecuniæ datæ pro capite, & quasi pro pretio serui, vt à domino manumitteretur: nam & hic non manumittente domino, qui pretium serui accepit, meretur eundem fauorem consequendæ libertatis ipso iure ex sententia, non ex verbis constitutionis, *d. l. Paulus* §. *1. l. 4. C. si manc. ita fuerit alien.* Denique ad hos etiam duos casus porrecta constitutio est, nec tamen eam nobis licet porrigere ad alios casus sine lege, sine auctoritate, vt sane constat eam nondum esse porrectam ad negotium do, vt facias, do tibi pecuniam non quasi pretium serui, sed do tibi pecuniam, vt seruum manumittas, an te cessante fiet liber? minime, *l. naturalis,* §. *at cum do, de præscript. verb.* non porrigitur etiam ad seruum legatum vt manumitteretur, *l. si fundum sub condit* §. *Stichum, de leg. 1.* Verum hoc admisso etiam ad donatos inter viuos eadem l. constitutioné Marci & Commodi porrigi, quod, vt dixi, initio non obtinuit, sed inualuit auctore Papiniano qui id introduxit, consequens est in specie proposita, si filia superuixerit matri, deinde vita decesserit seruis sibi à matre donatis non manumissis, omnimodo eos fieri liberos, id est, etiam inuitis heredibus matris aut filię, quorum voluntas non est exquirenda. Sin autem mater superuixerit filiæ, sed ita demum ex constitutione fieri liberos, si mater non mutarit voluntaté: nam venditor vel donator, qui hanc legem dixit venditioni aut donationi, vt venditi aut donati serui manumitterétur intra certum tempus, potest acta pœnitentia iubere, ne manumittantur, forte emergente causa quæ seruos faciat indignos libertate. Itaque cum mater, quæ donauit seruos, superuixit filię, quæ legem donationis non impleuit, non protinus serui fiunt liberi, sed ita demum, si mater perseueret in eadem voluntate, *l. 3. hoc tit. l. 3. sup. de seru. export. l. 1. l. vlt. C. si manc. ita fuerit alien.* Neque obstat lex prima huius tituli; si mutauerit venditor voluntatem, nihilominus libertatem competere, quoniam, vt primo loco notauit Accursius & sequuntur Græci interpretes, loquitur quidem l. 1. de venditore, qui mutauit voluntatem, & porrigi potest ad donatorem; sed de venditore, qui mutauit voluntatem, & postea decessit sine vllo herede, qui obiicere possit, venditorem aut donatorem mutasse voluntatem, & sibi iniuriam fieri, si eripiantur serui ad libertatem: nam hoc casu nullo existente herede venditoris aut donatoris, seruo libertas competit ex constitutione, quia potest competere sine iniuria cuiusquam.

Ad l. 35. de liber. causa.

Seruos ad templi custodiam, quod ædificari Titia voluit, destinatos, neque manumissos heredes esse constitit.

TItia herede instituto templum ædificari iussit; & ad custodiam eius templi seruos aliquot suos deputauit, vt in *l. seruos, sup. de alimen. leg.* & in quibusdam antiquis inscriptionibus legitur, nec eos seruos manumisit: voluit igitur vt serui manerent. Quæstionis est cuius serui maneant, heredis ne Titiæ an templi, siue Dei, cuius templum est vel erit, quum ędificatum erit, quasi scilicet templo legati sint, qui ei custodiendo destinati sunt? Et prudenter Papinianus respondit, eos seruos esse heredis, non templi, quia nec consecrati sint templo, nec dedicati, nec legati. Denique non possunt manumitti nisi ab herede: legati aut consecrati proculdubio eius Dei serui essent, cuius templum foret, vt Martiales Larini, & in Sicilia, *ministri Veneris Ericynæ,* apud Marcum Tulliú in Cluentiana, & in diuinatione in Quint. Cæcilium, de Agonide quadam in seruitutem adiudicata Veneri. Nihil est præterea in hac lege. Sequitur *l. 82. de regul. iur.*

Ad l. 82. de regul. iur.

EX hoc loco est restituenda inscriptio *l. donari, de donation.* In qua repetitur hęc regula, sed male attribuitur *lib.* 10. Ergo ita restituatur ex hoc loco, quod sequentia probabunt manifestius, vt sit ex nono, non ex decimo, *& l. quidam, eodem tit.* quæ sequitur *l. donari,* separata, à l. *donari,* vt in Basilicis, & in vulgaribus editionibus, non vt perperam in Florentinis, cómista cum *l. donari*, vt sit ex libro decimo. Denique, vt lex *donari* sit ex nono, & quæ sequitur lex *quidam*, *ex decimo*: ac deinde, quæ interposita vna valde pusilla subsequitur, lex *donationes*, sit ex duodecimo Responsorum. nam semper Tribonianus in digerendis responsis, seruauit ordinem librorum. Fateor autem propriam speciem huius regulæ esse sumendam ex lege *Cerdonem*, quam non ita dudum exposuimus, *sup. de oper. liber.* coniuncta *l. Campanus, eod. tit.* In lege, *Cerdonem* Papinianus ait, seruum ab herede manumissum ex causa fideicommissi non cogi operas heredi promittere, etiamsi id iusserit testator, & promittere coactum ex stipulatione non teneri, ergo neque cogitur ex testamento, neque ex contractu: non cogitur, inquam, hæc sunt verba *l. Cerdonem,* sed vt Campanus ait in *d. l. Campanus,* cuius Iurisconsulti fit etiam mentio in *l. inuitus* §. *1. de fideicom. libert.* si seruus, cum sciret se operas recusare posse, obligari se passus sit consulta opera, non est inhibenda operarum petitio, quia, inquit, donasse videtur, vt in hac regula ait, *donari videtur.* Quod & subiecisse Papinianum responso legis *Cerdonem* hic locus indicat, qui est ex eodem libro, quo Papinianus ait, *Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur.* Donasse scilicet videtur seruus ex causa fideicommissi manumissus, operas suas heredi, qui cum nullo iure cogeretur, nec ex voluntate defuncti, nec ex stipulatione, quæ interposita est, operas heredi præstare, vltro eas ei concessit, atque promisit. Et addatur, quod ex eodem libro Papiniani refertur in *l. si cui legatum, de condit. & demonstrat.*

Ad l. si cui 92. de cond. & dem. eo loco. Papin. quoque.

Papinianum quoque libro nono Responsorum scribere referebam, non esse cogendum emancipare filios suos.

Legatarium rogatum emancipare filios suos, agnito & accepto legato non cogi eos emancipare: non cogi, scilicet iure ordinario, vel secundum vulgarem formulam iuris, id est, iure directo, vt ait lex *filius famil. §. secundum, sup. de leg. 1.* quæ verba, *secundum vulgarem formulam iuris,* quidam male applicant §. præcedenti, cum sit initium sequentis; Et secundum vulgarem formulam iuris, id est, iure ordinario, legatarius non cogitur filios suos emancipare, quia patria potestas est inęstimabilis, est enim res sancta. Cogi tamen potest, vt ait *l. si cui legatum,* iure extraordinario, id est, auctoritate Principis, vt eadem lex declarat. Et ideo si vltro pater eos emancipauerit, nihil eis donare videtur, quia donari id tantum videtur, quod nullo iure cogente conceditur, & cogi hic potuit aliquo iure, puta, extraordinario. Vnde in hac regula, *nullo iure,* sic accipio, neque ordinario, neque extraordinario, neque naturali, neque ciuili, neque ex contractu, neque ex testamento. Et hic est finis huius libri.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. X. Responsorum Æmilij Papiniani.

Ad l. 8. de pactis.

Maiorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit. quod si æquales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum præferendus est; in numero autem pari creditorum, auctoritatem eius sequetur prætor, qui dignitate inter eos præcellit; sin autem omnia vndique in vnam qualitatem concurrant, humanior sententia à prætore eligenda est; hoc enim ex Diui Marci rescripto colligi potest.

Solent heredes scripti vel legitimi, qui se nolunt implicare negotiis hereditariis, nec temere sibi delatam hereditatem adire, forte pluribus creditorib. defœneratam: solent, inquam, priusquam hereditatem adeant, creditoribus hereditariis coactis in vnum, cum eis agere & tractare, si se velint hereditatem adire, vt habeant cum quo experiantur, & qua parte debiti contenti esse velint, facta gratia residuæ partis, & de qua conuenerit, de ea cum eis pacisci, transigere, decidere, atque ita adire hereditatem. Exempli gratia; pacisci de dimidia parte tantum soluenda, & non soluenda altera dimidia, post aditam hereditatem, vt in *l. qui habebat §. 1. ff. de manum. testam.* puta, vt cui debentur centum, ei soluantur 50. tantum: cui mille, 500. tantum: quam pactionem etiam fieri cum sectore, siue emptore bonorum, creditoribus bona debitoris proscribentibus, & distrahentibus sub hasta & præcone, adhibito etiam quæstore Theophilus noster scribit in *tit. de success. sub. quæ fieb. per bon. possess.* & probatur *l. Imperator. inf. hoc tit.* Necesse autem est, eam pactionem fieri communi consensu omnium creditorũ,

A & omnibus præsentibus, vel si forte dissentiant, aliis contentis dimidia parte debiti, aliis desiderantibus dimidiam & sextam, aliis dimidiam & tertiam. Olim quidem sibi quisque creditor rem gerebat, sibique paciscebatur cum herede debitoris suo arbitratu, nec alterius pactio siue consensio alteri nocebat. Sed hodie ex constitutione Diui Marci, de qua agitur hoc loco, quum inter se dissentiũt creditores in hac re, in modo pactionis, decretum interponit pręto r vel præses, quo statuit, maioris partis creditorum sententiam atque cõsensum cæteris esse sequendum, & vt ferant omnes ab herede portionem, quam statuerit maior pars creditorum; residuæ partis gratiam faciant, vt in *l. prox. §. vlt. sup. l. si præcedente §. 1. inf. mand.* Maiorem autem partem creditorum Papin. ex constitutione D. Marci, definit hoc

B loco, non numero personarum, sed pondere & cumulo debiti; vt si sint decem creditores hereditarii, & quatuor ex ijs longe plus debeatur, quam reliquis sex, illorum quatuor sententia præualet, & prædominatur, atque adeo, si sint parati cum herede decidere dimidia parte debiti, & dimidia quoque cæteri contenti esse debent. Quam rationem etiam Iustinianus censet esse sequendam in *l. vlt. C. qui bon. ced. poss.* quum non bene conuenit inter creditores, an debitori concedant dilationem quinquennii quam postulat, an magis admittant cessionem bonorũ quam offert. Nam & hanc quæstionem dirimit maior pars creditorum, quæ valeat põdere & quantitate debiti, non numero, quoniam eius partis magis interest, vel quoniam res, qua de agitur,

C magis ad eam partem creditorum pertinet, magisque eorum interest pactionem iustam fieri aliquam cum herede. Caius quoque eodem exemplo maiorem partem heredum, qui adierunt hereditatem, quibus res à defuncto deposita, restituenda est, accipit, æstimat, metitur non ex numero personarum, sed ex magnitudine portionum hereditariarum, *l. si plures, in pr. D. depos.* Dico qui adierunt: nam in ea l. hæc verba, *si maior pars adierit,* non sunt accipienda secundum Glossam hoc modo, *si maior pars heredum repetierit depositum* sed si adierit hereditatem. Huic maiori parti, quæ adiit, restituendum esse depositum, non expectatis cæteris heredibus,

D vt recte est in Basilic. scriptum, ἐὰν γὰρ τὸ πλέον μέρος ὑπεισέλθῃ, &c. *si*, inquiunt, *maior pars adierit hereditatem* depositoris. Numero autem Papin. non aliter æstimat maiorem creditorum partem ex mente constitutionis D. Marci, quam si creditores omnes sint pares in summa debiti, in quantitate, cumulo debiti, vincit quantitas debiti numerum; sed si non sit alia maior pars, vincit numerus. Quod quidem ita verum est, si disparis numeri diuersæ sententiæ fuerint: nam si sententiæ diuersæ sint paris numeri, vt si ex 10. quinque declarent esse contentos dimidia parte debiti, quinque desiderent dimidiam & sextam, *s'ils sont partis,* vt loquimur, ea sententia superior est, eamque in decernẽdo prætor sequetur, in qua fuerint creditores dignitate excellentiores,

E id est, quoniam in eo verbo hęret Accursius, *dignitate,* id est, honestate, vt Cicero definit, & cultu, & honore, & verecundia digna auctoritate. Sin autem, vt ait, omnia vndique in vnam æqualitatem concurrant, si & numero personarum, & quantitate debiti, & dignitate omnes creditores pares sint, tum ait, humaniorem sententiam prætori eligendam esse: puta, eius partis creditorum, quæ debiti parte minore contenta est: prætoris est humaniorem sentẽtiam sequi & eligere: sicut & imperiale & regium esse dicitur, humaniorem sententiam sequi in *l. vlt. infi. C. de comm. seruo manum.* Etiam simili modo in iudiciis priuatis, vel publicis iure nostro, vbi par est sententiarum numerus, ea sententia præualet, quæ reum absoluit vel alleuat, *il n'y a point de partage*: quoniam ea sententia præualet, quæ pro reo facit, *l. inter pares, de re iudic. l. si pars, de inoff. testam. l. si præses, de pœn.*

de pœn. Exceptis iudiciis liberalibus, in quibus præualet ſententia, quæ pro libertate facit ex l. Petronia, & conſtitutione D. Pij, *l. lege, de manumiſſ. & d. l. inter pares.* Alias ea ſententia potior eſt, non quæ pro actore, ſed quæ pro reo facit. Inde vero legimus ſæpe in auctoribus noſtris, *reos abſolutos paribus ſententijs.* qui mos fuit & Latinorum, & Græcorum. Euripides in Electra: *Lex* inquit, *eſt, vincere ſemper reum paribus ſententijs*, & in Iphigenia in Tauris: *vincere reum, qui accepit ſententias pares pro ſe.* Et fauorabilior eſt reus, quam actor, quod dixi paulo ante; etiam huiuſmodi pactiones à creditoribus fieri bona debitorum diſtrahentibus ex *l. Imperator, hoc tit.* & ex Theoph. noſtro. Ad id etiam pertinet *l. 1. de priui. cred.* vel vt Florentiæ *l. cum bona, de reb. auct. iud. poſſ.* quæ vult in diſtractione, ſiue auctione bonorum debitorum, ſi plures exiſtant qui velint eſſe bonorum emptores, & quaſi ſucceſſores debitorum, vt eis & in eos competant omnes actiones, pactione prius habita cum creditoribus ſoluendæ tantum certæ partis, præferri extraneo & cognato creditorem, cuius res agitur, ſi quis ex multis creditoribus bona emerit, & in ſe recipere velit onus ſoluendi æris alieni cæteris creditoribus pro parte, de qua conuenerint. creditor ad licitationem admittitur, *l. 2. C. ſi in cauſa iud. pig. cap. ſit.* & potior eſt cognato debitoris, quia rem ſuam perſequitur. Extraneo autem parato emere bona, & paciſci cum creditoribus, potior eſt cognatus debitoris, ſi idoneus ſit, & eo, quod conuenerit ſoluendo, non impar. Et hoc eſt quod ait *l. Imperator, hoc tit.* Si creditores parati ſint partem ex bonis licet ab extraneo, bonorum emptore ſcilicet conſequi, ſi parati ſint paciſci de certa parte debiti, reſidua remiſſa & condonata, rationem habendam prius neceſſariarum perſonarum, id eſt, cognatis potius vendenda eſſe bona quam extraneo, ſi idonei ſint cognati, id eſt, ſi ſint ſoluendo, ſi habeant vnde ſoluant partem debiti, qua creditores profitentur ſe fore contentos. Quod ſi ex creditoribus plures ſint, qui ea bona emere velint, inter creditores, *d. l. cum bona,* ait, in emptione bonorum præferri eum, cui maior pecunia debetur, quia ſcilicet eius intereſt magis. ſicut hoc loco, in dicendis ſententijs, quota parte cum herede ante aditam hereditatem creditores decidere debeant, vt eum impellant ad adeundum, dicitur eorum ſententiam præualere, quibus maior pecunia debetur. & hic eſt ſenſus *d. legis cum bona*, quam Accurſius aſſequutus nullo modo eſt. Denique tota ea *l. cum bona*, eſt de bonorum emptoribus, qui auctionantur bona debitoris, quæ creditores venditioni expoſuerunt & proſcripſerunt vter vtri præferatur, ſi plures ſint parati bona à creditoribus emere, quæ diſtrahunt ſub pactione certa, & vt Baſilica habent illo loco, tota eſt περὶ προτιμήσεως εἰς τὸ ἀγοράσαι, id eſt, de prælatione in emendis bonis debitoris, quæ veniũt ſub haſta. variũ & multiplex eſt ius προτιμήσεως, quod habet quis in emendis bonis debitoris, quæ à creditore diſtrahuntur, de quo in *d. l. cum bona.* Item quod habet dominus in emendo iure emphyteutico, id eſt emphyteuticario volente vendere, de quo in *l. 3. de iure emphyt.* quod item habet agnatus vel dominus in emendo feudo, de quo in libris feudorum. quod habet item vicanus conuicano volente fundum vendere: nam conuicanus extraneo præfertur in emendo fundo, de quo iure προτιμήσεως eſt in *lib. 11. C. tit. non licere habitatoribus metrocomiæ*, μητροκωμίας, id eſt, *magni vici, &c.* Et poſtremo ius προτιμήσεως, quod habet in venditione, & diſtractione pignorum antiquior creditor, de quo eſt titulus, *qui pot. in pign. hab.*

Ad l. 33. de neg. geſt.

Heres viri defuncti, vxorem, quæ res viri tempore nu- A *ptiarum in ſua poteſtate habuit, compilatæ hereditatis poſtulare non debet. prudentius itaque faciet, ſi ad exhibendum & negotiorum geſtorum, ſi negotia quoque viri geſſit, cum ea fuerit expertus.*

IN hac l. oſtenditur, crimine expilatæ hereditatis ab herede non poſſe accuſari vxorem defuncti, quæ conſtante matrimonio res viri ſcilicet omnes in ſua poteſtate, & in ſua manu habuit atque adminiſtrauit, vt hodie habent pleræque dominæ malo more, quæ viuo marito res mariti in ſua poteſtate habent, poſt mortem eius non poteſt rea poſtulari expilatę hereditatis, quod etiam oſtendit *l. pen. D. de crim. expil. hered. & l. 4. C.* B *eod. tit. l. quamuis, C. de furt.* Et ratio hæc eſt, quia nec compilare videtur vxor vel furari, ſi attrectat quod viuus maritus in eius poteſtate poſuerit. Verum earum rerum nomine, vt ſubiicit in hac lege, heres poteſt agere cum vxore defuncti ad exhibendum. Prudentius, inquit, fecerit, ſi omiſſo crimine expilatæ hereditatis, egerit ad exhibendum, & exhibitas res vindicauerit: vel etiam, quod addi poteſt, ſi egerit petitione hereditatis, cum res vxor poſſidet pro herede vel pro poſſeſſore: vel, vt ait, ſi egerit heres cum ea vxore negotiorum geſtorum, cum ea geſſit negotia omnia viri, viro dedito ignauiæ: & ait, prudentius fecerit, ſi egerit his actionibus omiſſa actione, ſiue accuſatione expilatæ hereditatis, ſi elegerit aptam actionem, & negotio, quo de agitur, competentem. Inepta actio fruſtra inſtituitur, C & efficit ſæpe, vt bona cauſa amittatur, *l. fideiuſſor, hoc tit. l. 1. D. ſi menſ. falſ. mod. dix.* Et tamen inepta actio, quæ ſemel inſtituta eſt, non conſumit aptam & congruã actionem, quod notandum eſt, *l. cum indebitum, de condict. indeb* & maluit etiam Papinian. dicere, *compilatæ*, ſiue, *concipilatæ hereditatis*, cum hoc loco, tum in *l. 23. in pr. de fideic. libert.* quod alij omnes dicunt expilatæ.

Ad l. 57. mandati.

Mandatum diſtrahendorum ſeruorum, defuncto, qui mandatum ſuſcepit, intercidiſſe conſtitit. quoniam tamen heredes eius errore lapſi, non animo furandi, ſed exequendi, quod defunctus ſua cura fecerat, ſeruos vendiderant, eos D *ab emptoribus vſucaptos videri placuit. Sed venalitiarium ex prouincia reuerſum Publiciana actione non vtiliter actorum: cum exceptio iuſti dominij cauſa cognita detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno.*

AD hanc l. præmittam, quod & ipſe Papinian. præmiſit, morte mandatoris ſiue domini, qui ſui cauſa quid alteri negotij mandauit, vel morte mandatarij, ſiue procuratoris mandatum diſſolui, mandatum intercidere, *l. inter, in pr. l. & ſeq. § morte, ſup. hoc tit.* Morte, inquam, naturali vel etiam ciuili, id eſt, capitis deminutione, *argum. l. cum quis, in prin. de ſolut. & l. poſt litem, ſup. de procur.* quæ modo mors contigerit re integra, E id eſt, negotio nondum inchoato. nam poſt negotium inchoatum mors huius vel illius non ſoluit mandatum. Symmachus 1. Epiſtol. *venerabilis*, inquit, *Iuliani ſanctio ſtare procuratorum iuſſit officia cauſarum dominis viuentibus inchoata.* Et ea conſtitutio Iuliani eſt in *l. nulla, C. de procur.* Eodem vero modo dicimus etiam iuſſum re integra extingui morte eius, qui iuſſit, *l. ſi per epiſtolam, D. de adquir. hered.* & ſi legitimus tutor alij tutelam in iure ceſſit, & moriatur, vel capite minuatur, ceſſitiam etiam tutelam extingui, ex Vlp. *lib. reg. tit. de tut.* Hoc præmiſſo, veniamus ad ſpeciem huius legis. Species eſt de venalitiario quodam, id eſt, de mangone, & quaſi mercatore ſeruorum venalium, quos ſolet emere vt vendat, non vt ſibi habeat, qui & venalitius dicitur à M. Tullio, & Suet. Tranq. atque etiam vt Græcis

σωματέμποροι, in *l. vlt. D. de ædil. edic.* illo loco: *ex venalitio* A *nouitiorum emptũ*, id eſt, à mangone emptum ſeruũ nouitium; cum tamen propius ſit, ea verba, *ex venalitio*, ſic accipere de lapide, vel de pergula mangonis, de loco, non de homine, vt apud Petronium: *Erat*, inquit, *venalitium titulis pictum*. Denique de venalitiario ſpecies hæc eſt. Quidam venalitiarius Romæ profecturus in prouinciam nouitiorum coemendorum cauſa L. Titio mandauit vt ſeruos, quos Romæ relinquebat ſuo nomine venderet, quos quidem mango errans exiſtimabat eſſe ſuos, qui eos emerat à non domino bona fide, nec dum vſuceperat: ſic eſt ponenda ſpecies, vt inferius demonſtrabitur. Luc. Titius mandatarius mortuus eſt antequam ſeruos vendidiſſet, & antequam mango ex prouincia reuerteretur: heres autem L. Titii ſeruos vendidit, lapſus errore iuris, vt ait, id eſt, mandatum B morte L. Titii exiſtimans non eſſe finitum. heres igitur L. Titii ſeruos bona fide vendidit, & tradidit bonæ fidei emptori, non animo furandi, alioquin eſſent furtiui, & plane non poſſent vſucapi, quos tamen ſubinfert fuiſſe vſucaptos poſtea ab emptore: verum heres L. Titii illos vendidit animo exequendi mandati, quod putabat non eſſe extinctum, quod, vt ait eleganter, defunctus ſuę curæ fecerat, quod defunctus ſuſceperat. Per traditionem eorum mancipiorum heres L. Titii dominium non tranſtulit in emptorem, quia finito mandato morte mandatarii, ius vendendi ſeruos heres non habuit. Verum fac, eorum ſeruorum dominium poſtea emptorem adquiſiiſſe per vſucapionem poſſidendo legitimo tempore; Quæritur, an reuerſus mango ex pro- C uincia recte agat cum emptore, qui ſeruos vſu ſuos fecit, Publiciana in rem actione, quæ ſolet dari bonæ fidei poſſeſſori amiſſa poſſeſſione, eius rei vindicandæ cauſa quam ante poſſedit bona fide, nec dum vſucepit? Quid eſt Publiciana actio? vtilis rei vindicatio, quæ tanquam domino datur ei, qui rem bona fide poſſedit, nec dum vſucepit, amiſſa poſſeſſione, aduerſus extraneum, non dominum, ad quem poſſeſſio peruenit, & aliquando aduerſus dominum, inuenta & propoſita in edicto, vt eſt in *Inſtit. tit. de action.* à Publicio Prætore, id eſt, à Quinto Publicio, quem Prætorem Vrbanum fuiſſe cum M. Iunio ex Cluentiana intelligimus. Videtur autem in ſpecie propoſita, mangonem aduerſus emptorem qui ſeruos vſucepit, non vtiliter agere Publiciana actione, quia emptor vſucapione ſeruorum dominium adquiſiuit, quod ipſe mango non habet: & D ideo agentem mangonem actione Publiciana excludere poteſt oppoſita exceptione iuſti dominii, *l. pen. & vlt. ſup. de Publ. in rem. act.* Regulariter actio Publiciana non datur aduerſus iuſtum dominium: vſucapione iuſtum dominium adquiritur, quod legitimum dominiũ vocat Varro, *2. de re ruſtica, cap. 10. In emptionibus, inquit, dominum legitimum ſex fere res perficiunt: ſi hereditatem iuſtam adiit: ſi, vt debuit, mancipio ab eo accepit, à quo iure ciuili potuit, aut ſi in iure ceſſit, cui cedere potuit, & id vbi oportuit aut ſi vſucepit: aut ſi è præda ſub corona emit: tumue cum in bonis ſectioneue cuius publice venit.* Denique iuſtus & verus dominus potior eſt fictitio, qualis eſt mango qui ſeruos bona quidem fide emit, & poſſedit à non domino, ſed nondum vſucepit. Non abs E re poſuimus, mangonem non fuiſſe verum dominum ſeruorum, ſed bonę fidei poſſeſſorem, & poſſeſſionem amiſiſſe venditis ſeruis ab herede mandatarii, antequam vſucapionem impleſſet: alioquin hic fruſtra tractaretur de Publiciana actione. Non poſuimus mangonem ſiue venalitiarium fuiſſe verum dominum, quia dominus ab emptore vſucaptis ſeruis dominium amiſiſſet, & actionem in rem directam bonæ fidei poſſeſſor, qui eſt fictitius dominus, & cui datur actio fictitia, quaſi vſuceperit, quod non vſucepit, nempe Publiciana actio, nec ſeruis ab emptore vſucaptis eam actionem amittit: plus poteſt fictio iuris quam veritas. Et Papin. quoque hoc loco concludit, mangonem ex prouincia reuerſum contra emptorem, qui ſeruos vſucepit, Publiciana actione vtiliter acturum, ſic eſt legendum, *vtiliter acturum* ſine negatione, vt in Baſil. *καλῶς κινεῖ τὴν πουβλικιανήν.* vel, *non inutiliter acturum*: non vt Florentiæ perperam, *non vtiliter acturum.* Quod & ſequentia verba perſpicuè euincunt: ait enim mox Papinianus, mangonem vtiliter agere Publiciana, quia nec ei obſtat exceptio iuſti dominii, quod quæſiuit emptor, quippe quia ea exceptio non datur paſſim & temere, quocunque caſu agente non domino aduerſus dominum, non certe in caſu legis *culpa, ſup. de rei vindic.* non in caſu legis *ſi is cuius, ſup. ex. quib. cau. maior.* non in caſu legis *& generaliter, de noxal. actionib.* non in caſu *l. 2. de except.* non in caſu *l. ſi quis rem, de except. rei iudic.* non etiam in propoſito caſu, quia exceptio iuſti dominii datur non temere, vt dixi, ſed cauſa cognita & bene perpenſa, id eſt, ita demum, ſi iuſta cauſa ſubſit dandæ eius exceptionis, quæ nulla ſubeſt in caſu propoſito. Imo in caſu propoſito nulla eſt cauſa repellendi mangonem data exceptione iuſti dominii, cum non debeat ei, qui certi hominis fidem elegit in diſtrahendis ſeruis, puta L. Titii, error nocere, vel imperitia heredum, inſcitia heredis L. Titii; *cum non oporteat*, inquit, *mangonem, qui certi hominis, puta L. Titij fidem elegit, vt eos ſeruos venderet, ob errorem & imperitiam heredis L. Titij affici damno.* Itaque ſi mangoni agenti Publiciana emptor, qui ſeruorum dominium adquiſiuit vſucapione, opponit exceptionem iuſti dominii, ea exceptio à mangone ſubmoueri poterit, oppoſita replicatione in factum vel doli mali: quod non ſit æquum, ſibi ſtultitiam officere heredis mandatarii, cuius ſolius fidem elegerat in exequendo mandato.

Ad l. 1. in quib. cauſ. pign.

Senatuſconſulto, quod ſub Marco Imperatore factum eſt, pignus inſulæ creditori datum, qui pecuniam ob reſtitutionem ædificij extruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori domino mandante nummos miniſtrauit.

IN hac lege oſtenditur ex Senatuſconſulto, ſiue oratione Diui Marci, quę elicuit Senatuſconſultum, domum, quæ corruerat aut exuſta fuerat, reſtituta pecunia creditoris, creditori tacite pignori eſſe obligatam, qui eam pecuniam domino areæ numerauit ad domum reſtituendam, vel qui domino mandante redemptori ſubminiſtrauit, Redemptori, id eſt, ἀρχιτέκτονι, vel ei, qui domum reſtituẽdam conduxit, τῷ ἐργολάβῳ, vt eſt in Baſil. Eidem creditori eodem Senatuſconſulto datur priuilegium in actione perſonali. Priuilegium exactionis, *qui eſt ſoit le premier payé* vt *l. ventri, § 1. de priu. cred. vel de rebus auct. iudic. poſſid. l. creditor, D. de reb. cred.* Puto etiam eodem Senatuſconſulto datam tacitam hypothecam ei, qui ceſſante domino domum alienam re- E ſtituit & reſtaurauit, quoniam & huic inuenio ex oratione Diui Marci dari priuilegium exactionis inter creditores chirographarios. *l. cum duobus §. idem reſpondit. ſup. pro ſocio.* At quæret aliquis, an etiam detur tacita hypotheca ei, cuius pecunia domus, quę vitium faciebat, refecta eſt? Et dicam, non dari tacitam hypothecam ei, qui credidit ad domum reficiendam, non reſtituendam, ſed hoc tantum ei dari, vt ſi de pignore vel hypotheca conuenerit nominatim, in ea præferatur etiam antiquioribus creditoribus hypoteca-

riis aut chirographariis, vel iure expressæ hypothecæ, A quam nullam chirographarii habent. Facimus igitur differentiam inter restituere domum, & reficere, vt in *l. 58. & l. 61. de legat 1.* Plus sane multo est restituere, quam reficere: & perperā Bartolus hoc loco restitutionem interpretatur refectionem. Rursus quæret aliquis, an is cuius pecunia domus empta est, habeat in ea domo tacitam hypothecam? Et hunc quoque negabo habere tacitam hypothecam, & dicam tantum habere expressam, de qua conuenerit specialiter, vel generaliter, *l. 17. C. de pigno. l. licet. C. qui pot. in pign. hab.* Et quod ante dixi de eo, cuius pecunia domus refecta est, forte non probaui. Id patet ex *l. interdum, qui pot. in pign. hab.* Ei, cuius pecunia domus refecta est comparo eum, cuius pecunia domus empta est, quia neuter habet tacitam B hypothecam, & necesse est, vt sibi caueat pignus vel hypothecam, si velit, quia à lege non habet tacitam: neque tamen id etiam probes ex eo, quod legitur in *argum. Mostellar. Comœd. Argentum*, inquit, *mutuum acceptum dicit pignus emptis ædibus.* quoniam pignus ibi accipitur pro arrabone, non pro hypotheca. Cæterum si is, cuius pecunia domus comparata est, expressim sibi cauerit hypothecā, exemplo eius, cuius pecunia domus refecta est, in ea hypotheca præfertur antiquioribus, *d. l. licet, d. l. interdum, & Nouel. 97.* Excipiendus tamen est pupillus, quod fauor eius ætatis expressit: nam si pupilli pecunia res comparata est, in ea re pupillus habet tacitam hypothecam ex constitutione Seueri & Antonini, *l. 3. inf. de reb. eorum, qui sub tut. vel cur. l. pen. C. de seruo pign. dato man.*

C

Ad l. 67. de euict.

Emptori post euictionem serui, quem dominus abduxit, venditor eundem seruum post tempus offerendo, quo minus præstet quod emptoris interest, non recte defenditur.

PRoponitur in hac l. seruum venditum, à non domino, dominum emptori iure, iudicioque euicisse & abduxisse. non euicit rem qui vicit, nisi & abduxit rem vel abstulit, *l. euicta §. 1. l. habere, l. si pro ea re §. vlt. h. t.* Plus est euincere quam vincere: sicut plus est emigrare quam migrare. Marc. Tullius de iure dicundo: *domo eius emigrat, atque ab eo exit: nam iam ante migrauerat.* plus est eradicitus quam radicitus. Plautus in Mostel. *omnia ergo malefacta vestra reperi non radicitus quidem hercle, verum etiam eradicitus.* Post abductum autem emptori seruum à domino, quæritur, an venditor, qui D euictionis nomine tenetur emptori ex empto in id, quod interest, an liberetur si post aliquod tempus, si post euictionem transacto aliquo tempore, offerat eundem emptori agenti ex empto, redemptum forte à domino, vel qua alia ratione quæsitum? Et ait Papinian. quod venditor seruum venditum euictum offerat emptori, non ideo liberari venditorem, nec defendi recte, nisi etiam præter seruum offerat quanti interest emptoris, eum sibi seruum euictum non esse, eumve sibi interim habere non licuisse. quę est sententia huius responsi. Neque huic responso quicquam obstat *l. fideiussor, de doli except.* quam opponit Accursius, cuius Glossam E omnem esse abolendam, sequentia demōstrabunt, quoniam ea l. *fideiussor* suffragatur potius huic responso atque consonat: namque ait fideiussorem euictionis nomine cōdemnatum pro venditore: venditor est primus auctor: fideiussor, secundus auctor, & neuter potest defugere auctoritatem emptore agente de euictione; fideiussorem, inquam, euictionis ait non liberari, si prædium euictum offerat emptori, & omnia, quæ iure empti continentur, nisi & pro damnis satisfaciat emptori: quid aliud est, quam nisi emptori pro eo quod interest, satisfaciat? Id, quod interest, est damnum datum, vel lucrum interceptum: atque ita plane ea lex congruit cum hoc responso. dices, fideiussorem etiam offerre id, quod interest in specie *leg. fideiussor.* Quoniam, vt ait, offert omnia, quæ iure empti continentur. *Omnia*, est verbum peremptorium, vt Valentinianus ait: imo dicam, hæc verba, *omnia quæ iure empti continentur*, non complecti quantum interest prędium euictum non esse, sed complecti ea quę dicuntur, *cætera venditionis*, vt solent dicere nostri auctores, *cætera litis, cætera cognitionis, l. magis §. si pupillus, de reb. eor. qui sub tut. l. si duo §. si quis iurauerit, de iureiur.* quæ dicuntur etiam reliqua, quæ per consequentias emptionis propria sunt, *l. 5. de action. emp.* puta, vt rei venditę vacuam possessionem tradat, vt caueat de euictione, de sanitate, de noxis, vt purget se de dolo malo, *d. §. si quis iurauerit, l. 1. de rer. permut.* Et illis verbis, *omnia non contineri etiam quod interest* propter euictionem, finis legis demōstrat, qui exigit, & fideiussorem pro damnis emptori satisfacere, quæ scilicet attulit euictio, id est, pro eo, quod interest, quod non obtulit. Magis videtur huic responso obstare *l. si vero §. vlt. solu. matrim.* quæ maritum, qui negotia gerens mulieris, vel inuita muliere manumisit seruum dotalem, quem quidem maritum eo nomine constat etiam manente matrimonio lege Iulia obligatum esse mulieri condictione ex l. Iulia, vt æstimationem mulieri præstet hereditatis liberti, id est, serui dotalis manumissi, quæ scillicet ad eum quasi ad patronū peruenerit. Maritum, inquam, liberari ait, si non æstimationem præstet hereditatis mulieri, sed res ipsas hereditarias offerat, & tradere mulieri malit Et hoc benigne admitti, vt liberetur tradendo res ipsas, cui ex verbis legis Iuliæ tenetur tradere æstimationem rerum. Cur ergo & in specie proposita hoc non benigne admittimus, vt offerendo seruum euictum venditor liberetur iudicio empti venditi? Et summa ratio hoc exigit: nimirum, quia in damno versatur emptor, cui etiam non offertur quod interest, id est, damnum quod fecit seruo euicto, ob amissas serui operas, vel mercedes, vel adquisitiones: nec vlla hac in re est differentia, quod quidem Glossa notat inter actionem ex stipulatione duplæ interposita euictionis nomine, quę semel commissa non perimitur, nisi solutione duplæ, *l. habere, in fine, hoc tit.* & actionem ex empto ob euictionem, in quantum emptoris interest, quę etiam semel nata, non denascitur vel intercidit, nisi solutione & præstatione damni, quod euictio attulit emptori. At in dicta *l. si vero §. vlt.* nullo damno afficitur mulier, cui maritus præstat res ipsas hereditarias, quę ad eum peruenerunt ex bonis liberti, id est, nihil amplius mulieris interest, & satisfit ei in solidum. eademque ratio est legis *si fundus §. si pluris, de pignor.* Si debitor conuentus actione hypothecaria noluerit creditori pignus restituere, & ideo damnatus sit pręstare litis æstimationem creditori, quanti creditor iurasset in litem; subtili iure ex lege duodecim Tabul. scilicet *tit. de de rebus iudic.* propter auctoritatem rei iudicatæ debet præstare integram litis æstimationem, quam creditor iuratus fecit, forte immensam, & æstimauit ac probauit iudex, si quidem velit liberari hypotheca. Verum humanius est, vt ait, dicere hypotheca liberari, hypotheca exonerari, etiamsi non offerat quanti lis æstimata est, quod plerumque est immensum & pœnę vicem obtinet, sed offerat id omne, quod reuera creditori debet, id est, sortem & vsuras, quia hoc præstito, & solutis sumptibus litis, qui semper victori restituuntur, reuera nihil amplius creditoris interest, nihil præterea damni superest, quod creditor facere videri possit: & in æstimatione eius quod interest spectamus veritatem, non quantitatem comprehensam iureiurando in litem, quæ plerumque

superat iustam æstimationem: spectamus vtilitatem, id est, quod vere interest, non pœnam, *l. 4. §. in eum, de dam. infec.* Et æstimatio iurisiurandi in litem quasi pœnaria est, quia excedit veram æstimationem.

Ad l. 86. de adquir. hered.

Eum bonis se miscere conuenit, qui remoto familiæ vinculo pro herede gerere videtur. Et ideo filius, qui tanquam ex bonis matris, eius, cuius hereditatem suscepit, agrum ad hereditatem patris pertinentem, vt maternum ignorans possedit, abstinendi consilium, quod in bonis patris tenuit, amisisse non videtur.

NEmo est, qui nesciat, suos heredes proprie vocari, qui ipso iure statim post mortem parentis heredes existunt, eosque etiam inuitos & ignorantes non adire hereditatem, quam amplecti cupiunt, nec pro herede gerere, sed miscere se, vel immiscere se bonis quasi rei suæ: extraneos autem heredes non existere statim, sed fieri adeundo, vel pro herede gerendo. Adire vel pro herede gerere, est adquirere hereditatm, immiscere se, est iam adquisita vti: Adeo, vel pro herede gero tanquam qui non fuerim ante dominus. Immisceo me tanquam qui fuerim ante dominus. Denique quod in extraneo est pro herede gestio, id in suo herede est immistio, *l. & si quis §. plerique, sup. de religios.* Verum quibus modis extraneus intelligitur se pro herede gessisse, vel non gessisse, iisdem etiam suus heres intelligitur miscuisse se aut non miscuisse. Et hoc est, quod ait initio huius legis, *eum bonis patris se miscuisse conuenit*, id est, constitit inter omnes iurisperitos, *qui remoto familiæ vinculo pro herede gerere videtur*: familiæ vinculum vocat patriam potestatem. Sui non sunt, nisi qui eo vinculo in familia deuincti sunt, remoto familiæ vinculo: emãcipatione, vel alio modo legitimo sui heredes fiunt extranei. Hoc igitur ait, quo modo emancipatus filius videretur pro herede gerere, eodem suus videbitur miscere se bonis patris, vel hereditati paternæ. Atqui filius emancipatus vel heres extraneus non videtur se pro herede gerere, qui vtitur re hereditaria, quasi non hereditaria: sicut è diuerso videtur se pro herede gerere, qui vtitur re non hereditaria per errorem quasi hereditaria, *l. si quis extraneus §. 1. sup. & l. seq. infra.* Ergo & suus heres non videtur se bonis immiscere, qui vtitur re hereditaria, quasi non hereditaria, veluti re paterna, quasi materna. Fac, filium suum cepisse consilium abstinendi se bonis paternis, non etiam maternis, & ignorantem fundum paternum possedisse tanquam maternũ, non videtur mutasse consilium abstinendi se bonis paternis, non videtur miscuisse se bonis paternis: nihil nocet error ei, qui existimauit maternum esse, quod erat paternum, *l. cum falsa, C. de iur. & fac. ign.* Notandum tamen est, aliquo casu filium videri se immiscuisse bonis paternis, quo tamen extraneus non videtur se pro herede gessisse, vt si seruum paternum filius manumiserit, videtur se miscuisse, *l. Iulianus §. si seruum, hoc tit.* Si vero extraneus seruum defuncti nondum agnita hereditate manumiserit, atque ita nullo iure manumiserit; qui nondum heres effectus erat, non videtur se pro herede gessisse, *l. 1. C. de iur. deliber.* Facilius videtur miscere se, qui ipso iure heres existit, quam pro herede gerere se, qui ipso iure heres non existit. Ad summam, res eo redit, vt non quemadmodum iisdem modis, quibus extraneus se pro herede gerere videtur, etiam suus videatur miscere se: quod proponitur initio huius legis, non ita etiam quomodo omnis suus miscere se intelligitur, & extraneus pro herede geret.

A

Ad § Pupillis.

Pupillis quos placuit oneribus hereditarijs esse liberandos, confusas actiones restitui oportet.

SEntentia hæc est: Pupillus post aditam hereditatem extranei liberatur onerib. hereditarijs, si consilium amiserit retinendæ hereditatis: & liberatur pupillus quantum existimo ipso iure, mutata voluntate, ex edicto Prætoris, sicut post immixtionem hereditatis paternæ mutato consilio ipso iure liberatur, etiam non petita restitutione in integrum, *l. impuberibus, l. necessarijs, sup. hoc tit.* At post aditionem pupillo liberato o-

B neribus hereditariis, æquum est, vt ait, restitui actiones aditione confusas & extinctas, quas in defunctum habuit ante aditionem, vt scilicet eodem loco sit res omnis, quo fuisset non adita hereditate, integrato iure debiti, quod aditio, id est, concursus iuris debitoris & creditoris in vnam personam consumpserat; & eodem modo æquum est redintegrari seruitutes confusas aditione, quas scilicet prædijs pupilli prædia defuncti debebant, *l. 18. de seru. l. si heres 3. §. vlt. ad Trebell. l. si seruus Titij, de leg. 1. l. cum filius §. dominus, de leg. 2.*

Ad §. quidam l. 30. de donat.

C *Quidam in iure interrogatus, nihil sibi debere tutoris heredes respondit. Eum actionem iure amisisse respondi: licet enim non transactionem, sed donationis hæc verba esse quis accipiat, attamen eum qui in iure confessus est, suam confessionem infirmare non posse.*

PRimi responsi, species quam nostri interpretes nullo modo assequuti sunt, hæc est. Heredes tutoris acturi contraria actione tutelæ aduersus minorem 25. annis, iam puberem factum, & ignorantes, an aliquid vicissim ex administratione tutelę defunctus pupillo deberet, ne plus petendo in periculum inciderent, & damnũ sentirent aliquod ob eam rem: quia, qui plus petit causa cadit, & plus petit, qui non habita ratione compensationis, id est, non compensato vel deducto eo,

D quod ipse vicissim debet, totum petit, quod ei debetur, vt recte Paulus ait. *2. Sentent. tit. 4. in fine, & l. 4. de compensation.* Ideo in iure, id est, quo loco prętor more maiorum ius dicere solet, Prętor ipse, à quo heredes tutoris postulabant contrariam actionem tutelę aduersus minorem, priusquam conciperet formulam actionis desiderantibus heredibus tutoris, interrogauit minorem, nunquid ei heredes tutoris debeant, qui respondit, nihil sibi debere. Quæritur an iure & merito minor amiserit directam tutelæ actionem quam forte habet, quod respondit nihil sibi deberi. Dicebat se non amisisse, quia id donandi, non transigendi animo in iure respondisset, & donationem nullam valere factam à

E minore 25. annis, etiamsi veniam ætatis impetrauerit, vt & ex ipso Papiniano discimus in *l. tutores §. ab eo, de administrat. tut.* & confirmat *l. vlt. C. si maior factus rat. alien. hab.* Transactio valeret aliquo dato vel promisso, vel retento, vt *l. transactio, C. de transaction.* puta, si quid heredes tutoris minori darent, aut promitterent, vt actionem tutelę remitteret, vel si quid ipse minor eo nomine ab heredibus tutoris retineret: At donatio non valet, siue remissio actionis tutelę facta donãdi animo. At Papin. etiam si quis illa verba, *nihil sibi debere heredes tutoris*, donationis, non trãsactionis verba esse accipiat, quę quidẽ donatio non valet, id est, etiãsi quis dicat illa verba non facere transactionem, quæ posset valere, sed facere donationem, quæ non posset valere, tamen respõdit, *non posse eũ, qui in iure confessus est sibi nihil deberi,*

confessionem suam infirmare: denique remissionem actionis valere, non vi donationis, sed vi confessionis in iure factæ, quia confessio in iure facta apud Prætorem pro re iudicata habetur, quasi in iure, id est, loco iuris reddendi proprio, & competenti: partes iudicis agente in seipsum eo, qui confitetur, quæ partes iudicis cum non possint alio loco agi, quam constituto lege vel more, consequens & verum est, nec eum, qui confitetur alio loco quam in iure, pro iudicato haberi. Et huc pertinet *l. post rem, de re iudic. l. 1. §. proinde, si quid in fraud. pat.* Et quod est in 12. tabul. *aeris confessi rebusque iure iudicatis,* iure, id est, vbi oportet: comparatur in ea lege confessioni res iudicata, sed confessionem tamen sequi solet sententia iudicis confessioni compar, *l. 5. inf. de confessis, l. 5. de custod. reor. l. qui sententiam, C. de pœn.* Atque ita is, qui confitetur, fit, vt videatur damnatus duplici iudicio, suo, & iudicis, nec iterari iudicia caret exemplis. Breuiter hic est sensus huius responsi, vt quamuis illa verba, *nihil sibi debere,* quæ dixit in iure minor viginti quinque annis, non accipiantur pro transactione, sed pro donatione, quæ non valet, tamen confessio in iure facta non possit infirmari, quasi scilicet donandi animo remissa actione tutelæ, ea res non valeat vt donatio, sed vt confessio in iure facta. Neque obstat, quæ obiici posset *l. cum donationis, C. de transaction.* quæ donationem valere dicit, qua remittitur actio tutelæ, quia accipienda ea lex est, vt patet ex similibus eiusdem tituli legibus quamplurimis, de donatione vel transactione, qua remittitur actio tutelæ, quæ fit à maiore 25. annis. Denique in hac specie remissio actionis valet vi confessionis, non vi donationis, quia facta est à minore 25. annis. Potest etiam huic responso opponi lex 3. *C. de repud. heredit.* Quæ lex è conuerso, vice versa & mutata, si transigendi, non donandi causa in iure profiteatur suus heres maior 25. annis, vt in *l. 4. eod. tit.* se hereditatem patris quam iam agnouit, & per immistionem adquisiuit, non petiturum, ait, neque eam transactionem valere, quia nihil datum vel promissum, vel retentum est, vt ponit, neque professionem valere non petendæ hereditatis, licet ea professio facta sit in iure, quia hereditas semel adquisita repudiari non potest. Donari potest à maiore viginti quinque annis: Et pactum donationis causa interpositum valet. At quia interpositum est transactionis causa, neque vt transactio valet, nullo dato, vel promisso, vel retento, neque vt repudiatio hereditatis in iure facta. Ergo potest dici & in specie proposita, neque donationem valere factam à minore, neque confessionem, licet facta sit in iure. Et hanc legem, quæ valere confessionem dicit, nec posse irritam fieri, pugnare videri cum *d. l. 3.* verum, quæ post legem tertiam statim sequitur quarta, rem omnem explicat, & respondet tacite huic responso Papinianus hoc modo, vt quod dicitur hoc loco, confessum pro iudicato haberi, vel quod idem est, confessionem in iure factam, non posse infirmari, quia instar est rei iudicatæ, hoc ad eum tantum pertineat, qui fatetur se debere, aut sibi non deberi, non ad eum, qui repudiat in iure, profitendo se renuntiare bonis, qui repudiat hereditatem in iure, quam semel adquisiuit, quia ea repudiatio, etiamsi fiat in iure, non valet. Repudiamus enim delata, non adquisita, *l. 1. §. decretalis, de success. edic. l. Titia §. Lucio, de legat. 2.*

Ad §. donationem.

Donationem quidem partis bonorum proximæ cognatæ viuentis, nullam fuisse constabat. verum ei, qui donauit, ac postea iure prætorio successit, quoniam aduersus bonos mores, & ius gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit.

A IN hoc secundo responso ostenditur, non valere donationem partis bonorum cognati viuentis, & ignorantis factam ab eo, qui eius successionem sperat. Addidi, *ignorantis, ex l. 2. in fine, sup. de iis quib. vt indign. & l. vlt. C. de pact.* Cur non valeat ea donatio, causa est turpis præfestinatio eius, qui donat, quod iure nondum ad se peruenit, nec forte vnquam peruenturum est, & præmatura atque improba spes illa successionis, cum adhuc viuat is, cuius de bonis donat. *Præmatura & improba* appellatur in *l. 1. §. si impuberi, de collat. bonor. l. 2. §. interdum, de vulg. substitut.* & à Seneca, *nefaria, & l. vlt. C. de pact. acerbissima spes.* nefaria igitur donatio est, & contra bonos mores, contraque ius gentium, vt ait hoc loco: *contra bonos mores,* ciuitatis Romanæ scilicet, *& contra* B *ius gentium,* id est, contra bonos mores gentium omniũ, rationemque diffusam in omnes gentes. qua ratione, furtum dicitur esse *probrum, & prohibitum:* nam probrum à prohibendo dicitur, furtum, inquam, esse probrum iure naturali, in definitione furti, quæ exstat in *l. 1. de furt.* & in *l. probrum, de verbor. signific.* furtum autem est de alieno donare, *l. si pignore §. 1. de furt.* de alieno igitur donare partem bonorum, eamque viuente domino alij mancipare solemniter per æs & libram, quo genere pono in hac specie fuisse perfectam donationem partis bonorum cognati viuentis. Alioquin non tam ratione turpitudinis nulla donatio esset, quam quod imperfecta esset: nec enim ante Iustinianum donatio nudo consensu perficiebatur, sed mancipatione, vel traditione, vel cessione in iure, quo iure etiam vtimur, *Donner & retenir ne vaut.* Qui autem dum præmature inhiat bonis co- C gnati viuentis, ita donauit, vt dixi, mancipando alij partem bonorum cognati viuentis, si postea ei cognato successerit ab intestato agnita bonorum possessione vnde cognati, non tantum ea pars, quam donare festinauit, ei aufertur vt indigno, & fisco vindicatur, sed etiam omnia bona, denegatis in totum hereditariis actionibus, vt ait hoc loco, *& l. seq. & l. 2. in fine, sup. de iis quibus vt indign.* Nec restitutis confusis actionibus si quid ei cognatus debuit, *l. heredem, eod. tit.*

Denique, qui præmature partem donauit, totum amittit. Neque huic sententiæ quicquam obstat *l. rescriptum, eod. tit. de iis, quib. vt indig.* Quoniam alia est ratio heredis, qui post mortem testatoris, vel eius, de cuius bonis agitur, subripuit partem hereditatis, aut rem aliquam hereditariam, antequam adiret hereditatem: huic D enim heredi ea tantum pars, eiusve partis tantum Falcidia aufertur quasi indigno & applicatur fisco, quam subripuit, quoniam hic in parte tantum peccauit, aut re hereditaria quam subripuit: ille de quo agitur hoc loco, peccauit in totum, quia donando partem inhiauit totam quasi esuriens lupus, & spe deuorauit totum, & ob id etiam toto indignus est. Non obstat etiam huic responso *l. 14. C. de capt. & postl. reu.* quæ, (vt eius speciem & sententiam perstringam paucis) matre capta ab hostibus, si filius hereditatem eius adierit, vel ex eius hereditatis causa cum alio aliquid præmature transegerit, nondum accepto certo nuntio de morte matris: deinde filius vita decesserit, & post filium mater decesserit apud hostes, ait, nihil officere, quod filius gessit viua matre, filiis so- E roris, quo minus ad materteræ successionem admittantur, quæ post filium vita functa est apud hostes; ac proinde bona non vindicari fisco, sed iure retineri à filiis sororis, quia scilicet ad eos bona iure meritoque peruenerunt, neque se egerunt pro indignis successione materteræ. Itaque fisco locus non est. Si peruenissent ad filium præmortua matre, qui viua matre transegerat de bonis cum aliis, vel adierat bona, tum sane fisco locus esset. Nihil etiam obstat huic responso lex *si quis seruum, de action. emp.* vbi venditor serui, qui ante traditionem eum manumisit, recte promittit emptori stipulanti quidquid ex hereditate liberti ad se peruenerit testi-

tutum iri. Libertus viuit, & tamen hæc conuentio viuo eo admittitur: sed hoc ideo, quia venditor iudicio empti in hoc tenetur, vt id promittat inuitus, quod dixi, nec ipse festinauit, sed emptor sibi consulens & prospiciens in futurum. Nihil etiam obstat *l. 2. §. illud potest, sup. de heredit. vend.* ex qua male efficiunt, nondum delatam substituto hereditatem impuberis, recte vendi contra *l. 1. eiusd. tit.* quia ille §. de delata hereditate loquitur, quæ vendi potest, non, de non delata. Et quod ait ille §. *maxime si delata sit*, taxationis vim habet, vt ita demum recte vendatur hereditas, si delata sit. Nihil etiam obstat *l. qui superstitis, sup. de adquir. heredit.* vbi, qui viuentis hereditatem repudiauit post mortem eius, eam non prohibetur adire, excluso fisco, quia is sane, qui repudiauit præmature, non inhiauit hereditatem viuentis. Nihil etiam obstat lex 7. §. *pen. de pact.* quæ recte ait, filium viuo patre pacisci cum creditore paterno, ne quid petat, vel ne totum petat, quia hic etiam non inhiat bonis paternis, sed rem gerit patris; denique gerit, quod ex re est patris, nec satagit suam rem. Postremo nihil etiam obstat *l. pen. in fine, de castr. pecul.* quæ ait; si viuo filio pater testamento manumiserit seruum castrensis peculij, seruo libertatem competere præmortuo filio, siue intestatus filius decesserit, quo casu peculium redit ad patrem, *l. 2. eod. tit.* siue testatus decesserit, si destitutum sit & irritum factum testamentum eius, puta, non adita hereditate ab herede scripto. Quo etiam casu bona castrensia filij, pater qui superuixit occupat iure peculij. Primum, nihil obstat ea lex, quæ vult competere libertatem datam viuo domino: at hoc responsum non vult valere donationem factam viuo domino. Nihil obstat primum, quia vt ait, hoc fauorabiliter admittitur, vt competat libertas: deinde quia qui testamento manumittit, vt posuimus manumisisse patrem, magis cogitat de suis bonis, quam inhiat alienis; Vis scire quam hoc sit verum; finge, patrem non manumisisse testamento, sed inter viuos, puta, vindicta seruum castrensis peculij, sane hoc casu nec præmortuo filio intestato libertas competit: vt ostendit eadem *l. pen. §. vlt.* illo loco: *non tamen, si vt heres seruo vindictam imposuit.*

A xx. annis, vltro libertatem præstare seruo suo gratuitam velit, sed & si debitam ex causa fideicommissi, vt puta, quod legato sibi relicto rogatus sit seruum suum manumittere: nec enim eum potest manumittere ex fideicommisso, nisi causa cognita apud consilium Prætoris, vel Consulis, vel Præsidis prouinciæ probetur, & ostendatur, plus aut tantum esse in legato, quantum in pretio serui. Nam si vilius est legatum, seruo vix consilium permittet manumissionem, & fideicommissum, quod alias dicitur necessitatem iniungere vel imponere, *l. cum filius §. pater, de leg. 2.* hoc casu necessitatem non iniungere, nec agnito legato, quia non potuit testator derogare legi Æliæ Sentiæ, *l. nemo, de leg. 1. l. Cerdonem, de oper libert.* Et hoc quidem proponitur in hoc responso inter

B cætera, itemque in *l. si rogatus, tit. seq.* In qua monendi estis, vulgares libros, & Basilica rectius sic habere, *minor annis* xx. male Florentinæ, *minor annis xxv.* quoniam illa lex pertinet ad l. Æliam Sentiam, & idem habet omnino, quod hoc responsum primum: atque adeo docet, quod & hic proponitur, aliud esse dicendum, si seruus minori xx. annis donatus sit ea lege, vt eum manumitteret, si donatus sit libertatis causa: nam si minor eos, qui sunt in consilio prætoris, doceat, seruum esse donatum libertatis causa, hæc est ratio manumittendi iustissima, nec alia exquiritur, *l. illud §. 1. tit. seq.* imo & consilio, hæc manumissionis causa allegatur ex abundanti, vt ait, hoc loco, sic loqui solet, vt & in *l. legata, de supellect. leg.* ἐκ περιουσίας: quia etsi hæc causa non sit allegata consilio, vel allegata si forte non sit probata consilio,

C aut si consilium in ea causa probanda, & manumissione permittenda cunctetur, protinus seruus ipso iure eripitur ad libertatem ex constitutione Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, cuius sententiam etiam Papinianus porrexit ad seruos donatos, *suprad. l. pen. inf. qui sine man. ad libert.* Et eleganter Vlpianus in *d. l. si rogatus, tit. seq.* cunctante consilio, cunctante iudice cum suo consilio, in cognitione & probatione istius causæ, quæ iustissima est, quod seruus donatus sit libertatis gratia, constitutionem D. Marci superuenientem istam iudicis cunctationem dirimere & amoliri repræsentata libertate. Sequitur secundum responsum.

Ad l. 20. de manumiss.

Causam minor xx. annis, qui seruum donatum manumittendi gratia accepit, ex abundanti probat post Diui Marci litteras ad Aufidium Victorinum. etenim si non manumiserit, ad libertatem seruus perueniet. non idem in fideicommissaria libertate iuris, cuius causam minor debet probare. nam libertas, nisi ita manumisso, non competit.

IN hac l. sunt tria responsa, quæ omnia pertinent ad constitutionem, siue ad rescriptum Diui Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum præfectum vrbis, de seruis venditis, vel etiam ex sententia constitutionis, de seruis donatis libertatis causa, vt scilicet ab emptore vel donatario manumittantur. Quod ad primum responsum attinet, certum est, ex lege Ælia Sentia quæ lata fuit Augusti temporibus, minorem 20. annis seruum suum inter viuos vindicta manumittere non posse, nisi causam se habere manumittendi iustam probauerit in consilio Prætoris, vel Consulis, vel Præsidis prouinciæ. Consilio iudicis lex Ælia Sentia existimauit indigere eum, qui parum firmo consilio valet, parumve ætate firma *l. 4. sup. de seru. export.* firma vel firmata ætas, vt Poeta loquitur, & nostri quoque Imperatores, non est in mare ante xx. annum, *l. 1. C. Theodos. de iis qui ven. ætat. impet.* Iusta autem ætas siue legitima non est ante xxv. annum, nec in mare, nec in fœminis, Ad rem. Huic capiti legis Æliæ Sentiæ locus est, non tantum, si minor

D Ad §. Puellam.

Puellam ea lege vendidit, vt post annum ab emptore manumitteretur. quod si non manumisisset; conuenit vti manum iniiceret, aut decem aureos emptor daret. non seruata fide, nihilominus liberam ex sententia constitutionis fieri respondit, quoniam manus iniectio plerunque auxilij ferendi causa interuenit. itaque nec pecunia petetur, cum emolumentum legis voluntatem venditoris secutum sit.

VEndita est ancilla ea lege, vt post annum manumitteretur ab emptore, & adiectum est in conuentione, vt si emptor non manumisisset ancillam, venditori in eam manus iniectio esset, vel vti emptor prout eligeret, pœnæ nomine venditori daret decem aureos. Quæritur, an ad hanc conuentionem pertineat constitutio Diui Marci ad Aufidium Victorinum? Et videtur nõ

E pertinere: nam lex venditionis non est præcisa, vel districta, non est scilicet concepta abscise, vt omnino ancilla manumittatur, sed vt vel manumittatur, vel si non manumittatur, pœnæ nomine emptor venditori inferat aureos decem, aut in eam venditori sit manus iniectio. Et tamen Papinianus ait, ex sententia constitutionis, non ex verbis, sicut & superiore casu dixit in *l. pen. qui sine manum. ad lib.* ex sententia constitutionis idem esse statuendum in seruis donatis, quod in venditis ea lege. Ergo & similiter hoc casu, ex sententia constitutionis post annum, cessante emptore in manumittenda ancilla, ancillam fieri liberam ipso iure ex constitutione, &

ideo nec pœnam 10. aureorum committi, quia, vt eleganter ait *l.vlt.C. si manc.ita fuerit alien.* qua sane hoc secundum Papiniani responsum comprobatur, quia, inquit, *conditionis potestate*, sic est legendum in *d.l.vlt.* non *potestatem*, id est, vi ipsa pacti adiecti, vt puella manumitteretur, pacti, inquam, adiecti venditioni, vt puella manumitteretur, *factum manumittentis repræsentatur.* vis ipsa pactionis repræsentat factum manumittentis, supplet factum manumittentis. *Conditionis potestatem* vocat *d.l.vlt.* quod hoc loco Papinianus vocat *emolumentum legis*, id est, δύναμιν legis, id est pactionis additæ venditioni, id est, vim pactionis adiectæ venditioni sequi voluntatem venditoris, & ancillam facere liberam statim. Itaque in *d.l. vlt.* conditio accipitur pro lege venditionis, siue pactione, vt in *l.pen.eod.tit.l.Paulus respondit, in princ.D.de lib.causa.* B Ergo emolumentum legis vt ait Papinianus hoc loco, id est, vis ipsa & potestas legis datæ venditionis, *vt puella manumitteretur*, sequitur voluntatem venditoris, & liberam facit puellam, perinde atque si ab emptore manumissa esset, vt *l.3.D.qui sine man.ad lib.* Quod autem sibi venditor lege venditionis, vt initio posuimus excepit manus iniectionem, si ancilla non manumitteretur, vel si pœnæ nomine non darentur 10. aurei, non ideo, vt docet hoc loco Papinianus, actum intelligitur, vt ancilla in dominium venditoris redeat, & serua permaneat, sed potius, vt manu iniecta liceat venditori auxilium ferre ancillæ, & eam eximere ab iniuria perpetuæ seruitutis contra voluntatem suam, qui voluit eam manumitti post annum. Et eleganter manus C iniectio, inquit, non dominij vindicandi scilicet, sed auxilij ferendi causa plerunque interuenit, vt scil. quis eximatur ab iniuria. Tribuni plebis manu iniecta ciues eximebant ab iniuria Consulum. creati autem sunt tribuni plebis auxilij ferendi causa. Et ita aperte in *l.pen.in fi.de seru.export.* manus iniectionem sibi reseruare venditores mancipij venditi causa, vt id vindicent ab iniuria & eripiant auxilij causa, quo quidem auxilio iam non indiget, quæ ipso iure fit libera: libertas satis eam vindicat ab iniuria, quæ ipso iure competit. Est quidem tam manus iniectio, quam libertas comparata pro mancipio, vt eximatur ab iniuria, sed vbi concurrit libertas, & manus iniectio, potior est libertas, vt ait *d.l.pen.* manus iniectione potior est libertas: melius est remedium, siue auxilium libertatis potentiusque, quam manus in- D iectionis. Et ita hic locus explicandus est. Quod autem Accursius in hoc responso opponit *l.seruum ea, in fi. de seru.export.& l.qui Romæ §. Flauius, de verbor. significat.* id quemadmodum expediendum sit iam ostendi supra libro 9. explicatis illis legibus ad *leg.pen.qui sine man. ad lib.peru.* restat tertium responsum, quod pertinet ad istam constitutionem, quod sequitur.

Ad §. vltimum.

Tempore alienationis conuenit, vt homo libertatis causa traditus post quintum annum impletum manumitteretur, & vt certam mercedem interea menstruam praberet. conditionem libertati mercedes non facere, sed obsequio temporaria seruitutis modum præstitutum esse respondi. neque enim in omnibus libertatis causa traditum comparari statulibero.

VEnditus aut donatus est seruus ea lege, vt post quinquennium manumittatur à donatario vel emptore, & vt interim donatario vel emptori præbeat, certam mercedem menstruam, vt in *l.23.§.vlt.de fid.lib.* Si eam mercedem menstruam medio tempore seruus non præbuerit; Quæritur, *an & ad hoc genus conuentionis pertineat constitutio D. Marci ad Aufidium Victorinum, vt seruus liber fiat post quinquennium, non præstitis mercedibus menstruis intra quinquennium?* Et respondet statim, liberum fieri, subtiliter, etiam si non præstiterit menstruam pensionem emptori vel donatario, quia hæc conditio non est imposita libertati, vel hic modus non est impositus libertati, vt scilicet emptor eum manumitteret, si interim seruus præstaret pensionem menstruam, vel, vt ita eum manumitteret, vt interim seruus præstaret pensionem menstruam: res inquit, sic acta non est, libertati nulla est imposita conditio, nullus impositus modus, sed obsequio tantum, & seruitio quinquennij certus modus est præstitutus, ac si dixisset, *volo te emptori hoc modo seruire seruitutem interim, vt ei quot mensibus, tot inferas ex tuis operis.* Denique ea conditio siue modus non est impositus libertati, sed obsequio seruitutis temporariæ, definito genere modoque obsequij. Quod B quidem obsequium constat medio tempore seruum libertatis causa traditum, debere emptori vel donatario. Breuiter, impositus est modus, qui & conditio quandoque dicitur, obsequio interim debito non libertati. Idcoque etiam eo modo non impleto libertas competit, quæ neque conditionalis est, neque modalis, vt *l. Imperatores, inf.de manum.testam.* Nec obstat, inquit, Papinianus, quod seruus traditus libertatis causa comparatur statulibero, & statulibertati scilicet inest conditio vel mora, alioquin esset liber, non statuliber. An igitur, quia comparatur statulibero, dicam & in hac specie, libertati eius, qui traditus est libertatis causa, inesse conditionem, si medio tempore seruierit? dico comparari quidem posse statulibero eum, qui traditur alij libertatis causa, manumissionis causa sicut & statulibero compa- C ratur is, cui fideicommissaria libertas relinquitur, qui dicitur quasi statuliber, *l.rogo, l.non tantum §.qui per fideicommissum, de fid.libert.* Vterque est quasi statuliber, & qui traditur alij, vt manumittatur, & cui donatur fideicommissaria libertas: quoniam sicut statulibero dicitur esse implicitus casus libertatis, *l.vlt.si ex nox.cau.ag.* ita illis implicitus est casus libertatis: & quasi medij generis sunt homines, inter seruos & liberos. verum, vt respondet Papinianus non in omnibus comparantur statulibero, sed in quibusdam, puta, vt deterior eorum conditio non fiat, sicut nec eorum, qui reuera sunt statuliberi, *l.statuliberum, inf.de statulib.l.is qui ex causa, & d.l.non tantum § qui per fideicommissum, de fideicommis. libert.* In omnibus autem non comparari statulibero, sic demonstro: statulibero libertas datur directo, & sub D conditione semper, vel in diem. statulibertas directa est, & suspenditur semper ex conditione: illis autem libertas non datur directo, sed iniungitur alij, atque mandatur, vt eam det, neque huic mandato semper additur conditio vel dies, vel modus, vt in specie proposita, nulla conditio, nullusve modus libertati additus intelligitur, sed obsequio tantum siue seruitio temporario.

Ad l.pen.si libertus ingenuus esse dic.

Patronum post quinquennium sententiæ pro ingenuitate dictæ, quo ignorante res indicata est, non esse præscriptione temporis submouendum respondi.

E SCiendum est sententiam dictam pro ingenuitate non posse retractari post quinquennium vlla ex causa, *l.2.sup.de iure aur.annul.l.29.§.vlt.de lib.causa.* Ab hac sententia in hac lege penult. excipitur tantum vnus casus, si pro ingenuitate dicta sententia sit alio quodam agente, vt in *l.1.hoc tit.* non agente patrono, sed ignorante patrono: ignoranti non officere præscriptionem quinquennij, ignorantem patronum posse agere præiudiciali actione, etiam post quinquennium in eum, qui ingenuus pronunciatus est, & detegere forte collusionem, quam is exercuit cum aduersario, vt ingenuus pronuntiaretur, vt *l.2.inf. de collus.deteg.* Et nihil est præterea in hoc responso. Opponit tantum Accursius *l.vlt.in*

fine, C. de præscript. longi temp. quæ ait, in præscriptione longi temporis, id est, 10. aut 20. annorum, non esse spectandam scientiam vel ignorantiam domini: nam siue dominus sciuerit, siue ignorauerit rem suam possideri ab alio, ei præscriptio longi temporis nocet: Et tamen hic dicitur, ignoranti præscriptionem non nocere quinquennij. Quid ni vero? nam illa lex vlt. loquitur de præscript. longissimi temporis; præscriptionem breuissimi temporis, puta, quinquennij, non est æquum nocere ignorantibus.

Ad l. 48. de acquir. possess.

Prædia cum seruis donauit, eorumque se tradidisse possessionem litteris declarauit. si vel vnus ex seruis, qui simul cum prædiis donatus est, ad eum, qui donum accepit, peruenit, mox in prædia remissus est, per seruum prædiorum possessionem quæsitam cæterorumque seruorum, constabit.

Sciendum est, donationem secundum ius, quod obtinuit ante Iustinianum, fieri quidem posse per epistolam, vt *l. Aquilius, & l. Lucius, sup. de don. & l. 5. & 13. C. eod. tit.* sed non perfici, nisi translato dominio, puta traditione, aut quasi traditione, *l. 6. C. eod. t. l. 2. C. de crim. stell. l. quædam, sup. de rei vindic.* vel, vt olim solebat, cessione in iure, aut mancipatione; & alia est ratio emptionis, venditionis, quæ perficitur nudo consensu, impletur & consummatur traditione: donatio non perficitur nudo consensu, sed perficitur simul & impletur traditione. In specie autem huius legis facta est donatio prædiorum per epistolam, sed nondum intelligitur esse perfecta etiamsi per epistolam declarauerit donator, se ea prædia tradidisse, quia ea epistola, siue declaratio pro pacto nudo habetur, vt in *l. 15. de fundo dot. l. qui negotia, sup. mand. l. Paulus respondit, in pr. sup. de lib. caus.* Et certi iuris est, traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri, *l. traditionib. C. de pact.* Itemque traditionem non pactione fieri, sed datione possessionis naturali. At finge: absens ego per epistolam tibi donaui prædia cum seruis, & me ea tibi tradidisse scripsi & declaraui; at reuera naturaliter ad te possessio eorum prædiorum non peruenit, & vnius tantum serui ex iis, qui in prædiis morabantur, possessio ad te peruenit, quem mox in prædia illa remisisti. Quæritur, an videaris & cæterorum seruorum, simul ac prædiorum possessionem nactus? sic Papiniano videtur, nempe, vt per eum seruum, quem semel nactus es, & quem in prædia donata remisisti, vt ea possideret tuo nomine, videaris possidere prædia & reliquos seruos. idque constat inter omnes, *l. 1. §. veteres, h. t.* Quæ est sent. h. l. Malo in fin. l. vt aliis plerisque locis Papin. loquitur, legere, *constitit*, quod quidam Codices habent, quam *constabit.* Ponendum autem est in specie, quam proposui, vnius ex seruis prædiorum possessionem ad te peruenisse me volente, alioquin prædo esses, si me nolente rei donatæ aut venditæ, aut promissæ prossessionem nactus esses, *l. si ex stipulatione, sup. h. t.* Posui etiam absentem me donasse, absentemue declarasse per epistolam me tibi tradidisse possessionem, quod solum per se pro traditione non est, nec præsumi potest, aut fingi pro traditione esse repugnante natura, quæ nō patitur, vt nulla interueniente persona interposita, absens quicquam tradat alteri in manus: fictiones & præsumptiones conuenire naturæ oportet: at si præsens præsenti, & in re præsenti epistolam scripsero, qua contineatur, me tibi rem tradidisse, sane ea scriptura, siue actus facile intelligitur pro traditione, vt *l. 1. §. pen. & l. quod me §. si venditorem, h. tit.* Et ita accipiendum est, quod de traditione instrumento emptionis comprehensa proditum est in *l. 2. C. eod. tit.* Præsens autem res est, quam tenemus, vel cui insidemus, vel quam intuemur, vt *d. §. si venditorem,* quam oculis aduersam habemus.

A Et huius distinctionis quæ vulgo recepta est, ratio illa est, quia fictiones, quæ naturæ non congruunt, prorsus reiiciuntur: sicut & de confessionibus, quæ fiunt in iure, proditum est in *l. confessionibus §. 1. & l. seq. §. vlt. & seq. §. 1. de in iure faciend.* vt si dicam, me filium esse adolescentis, si maritum mortuæ mulieris, inanis confessio est. Et ita si absens prædium tibi donem, quod situm est, vbi tu es, & scribam, me tibi prædium tradidisse, quod propter absentiam meam nec fecit, nec facere potuit per rerum naturam, nisi nuntio misso, aut procuratore, ea scriptura inanis est, quia natura scripturæ repugnat. At si præsens præsenti scribam in re præsenti, vel, si quis alius me volente scribat, me tibi eam rem tradidisse, etiamsi reapse non tradiderim, hæc scriptura prò

B traditione est; quia, quod continet, non abhorret à facultate naturali. Et simili modo, si tibi præsenti stipuler dari, vel fieri, facile quis fingat aut præsumat te stipulatum esse, quod præsens fueris, tibique facile dederit vtilem actionem ex stipulatu, vt *l. si procuratore, de verb. obl. l. si dictum §. si præsente, de euict.* non etiam si stipuler tibi absenti, *l. 3. C. de contrah. stip. l. 3. C. de inut. stip.* quia naturæ conuenienter fingi non potest stipulatum esse, & habuisse sermonem tecum eum, qui abfuit. Et eadem ratione, si absens peregre scripsero, me tibi stipulanti promisisse, inanis scriptura est, quia stipulatio non potest fieri inter absentes: verba sunt præsentium tantum. Sed si præsens te præsente id scripsero, me promisisse tibi

C stipulanti, licet reuera tu stipulatus non sis, stipulatio præsumitur iure perfecta, *l. 1. & l. pen. C. de contrah. stipul.* Et ita intelligenda est *l. sciendum, de verb. obligat.* si quis scripserit se promisisse, omnia videri iure perfecta, & solemniter acta, videlicet, si res gesta sit inter præsentes, alioquin non fingitur actum, quod agi per naturam non potuit. Quibus argumentis potest dici, si re gesta inter præsentes tabellio scripserit mihi, à te numeratam esse pecuniam in creditum, vel in solutum, nihil refert, scripturæ standum esse, quasi pecunia reuera numerata, licet testes dicant se solutionem, aut numerationem nullam vidisse, quod Bartolus sensit hoc loco, *si modo id ita tabellio scripserit volentibus nobis*, alioquin tabellio falsi reus est, qui ita scribit absentibus & nolentibus nobis. Et hæc sunt quæ pertinent ad hanc legem.

D

Ad l. 45. de vsurp. & vsucap.

Præscriptio longæ possessionis ad obtinenda loca iuris gentium publica concedi non solet. Quod ita procedit, si quis ædificio funditus diruto quod in littore posuerat, aut dereliquerat ædificium: alterius postea eodem loco extructo, occupanti datam exceptionem opponat. Vel si quis quod in fluminis publici diuerticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure prohibeat.

Initio legis ostenditur, præscriptionem longi temporis, id est, x. annorum inter præsentes, & xx. inter ab-

E sentes, non dari ad retinenda siue obtinenda loca publica iurisgentium. Obtinere plus est, quam tenere. Tenemus cum primum nacti sumus possessionem, deinde obtinemus, *l. clam, sup. tit. prox.* Imo nec tenuisse videmur, nisi obtineamus, *l. non videtur, eod. tit.* Loca autem publica iurisgentium vocat flumina & littora, quæ vsu communia sunt omnium hominum, *l. 7. §. quod si toto, de adquir. rer. dom. §. littorum, Instit. de rer. diuis.* Nec vlla gens est tam barbara, vt poeta ait, quæ arenæ hospitio prohibeat, *primaque vetet consistere terra.* Quamobrem & his duobus exemplis Papinianus vtitur, quibus propositioni initio positæ ostendat esse locum, vno de littoris vsu, hoc modo, *si quis funditus diruto ædificio quod in littore posuerat, aut deserto ædificio,* id est, si postquam ædificium possidere desiit quod posuerat, & longo tempore possederat, alij eodem loco ædificanti; supradictā præscriptionem,

præscriptionem, siue exceptionem opponat, quod ibi ipse longo tempore ædificatum habuerit: nec enim ei qui possidere desiit, hæc præscriptio dabitur, quoniam ædificio dilapso, vel derelicto, quasi iure postliminij locus recidit in pristinam causam, & perinde publicus est iurisgentium, ac si in eo nunquam inædificatum fuisset, *l. quod in littore, sup. de adq. rer. dom. l. in tantum, in pr. sup. de rer. diuis.* Proinde is locus funditus diruto ædificio, idue ædificium, si non dirutum sit, sed pro derelicto habitum à domino, occupanti conceditur, *l. 1. infra pro derelicto.* Seruius in illum locum,

-----*Hospitio prohibemur arenæ.*

Occupantis, inquit, *est possessio littoris.* Exigit autem Papinianus vt funditus dirutum sit ædificium, id est, fundamenti fini: nam si pars ædificij superfit, eius manet, cuius fuit: vel etiam exigit, vt non dirutum ædificium pro derelicto habitũ sit. quo loco male Accursius ponit disiunctionem, vel, accipit pro coniunctione. Proponã autem verba Papiniani fere iuxta vulgarem scripturam, quæ melior hoc loco est quam Florentina. Cum proposuisset initio regulam, non dari præscriptionem longi temporis ad obtinenda loca publica iurisgentium, subiicit proposito vno exemplo. *quod ita procedit*, inquit, *si quis ædificio funditus diruto, quod in littore posuerat aut dereliquerat, ædificio alterius postea eodem loco extructo, occupanti dictam exceptionem opponat.* Hoc tantum mutata vulgari, quod scribo; *dictam*, non *datam exceptionem*, id est præscriptionem longi temporis, vel longæ possessionis, quam initio nec dari solere proposuit, quod est perspicue rectum. Ædificij etiam nomine hoc loco comprehendo omne ædificium, quod sit positum in littore, vel in mari, aut flumine publico: ergo comprehendo etiam moletrinam, de qua & Dd. tractant hoc loco, & idem in ea statuo, quod in quolibet alio ædificio. Sequitur alterum exemplum de vsu fluminis, *si quis quod in fluminis publici diuerticulo pluribus annis*, id est, longo tempore, *piscatus sit*, qui nunc piscari desiit, nec perseuerauit in possessione piscandi, eodem loco, *alterum piscantem eodem iure vti prohibeat*, id est, publico iurisgentium opposita supradicta præscriptione longi temporis. Præscriptiones opponuntur, vel exceptiones non agentibus tantum in iudicio, sed etiam tentantibus aliquid in præiudicium alterius: vt exceptionem non numeratæ pecuniæ constat opponi, etiam si nondum agatur. Hoc vero casu, etiam illa præscriptio non admittitur, nec potest prohibere illa præscriptio piscari volentem, cum ille alter piscari desiit eodem diuerticulo. Et huic responso Papiniani nota est & vexata satis, quæ opponitur *l. si quisquam, ff. de diuers. & temp. præscript.* In qua sunt eadem verba, sed adfirmantia; alterum scilicet eodem iure vti prohiberi posse, quæ hic vi ipsa sunt negantia; alterum eodem iure vti prohiberi non posse, nullus tamen in eo dissidio componendo est labor. Nam *l. quisquam*, accipienda est de eo, qui est in possessione piscandi certo quodam fluminis publici diuerticulo, qui alium eodem loco piscari volentem prohibet recte, atque submouet præscriptione longi temporis. Contra hæc lex, vt superiore exemplo de vsu littoris posui, desiisse possidere ædificium eum, qui id posuerat in littore: nec enim possidetur, quod in rerum natura esse desiit, quod funditus dirutum est, nec etiam quod pro derelicto habetur, *l. quod seruus, ff. de stipul. seru.* Ita sane consequens est, hoc posteriore exemplo poni eum, qui longo tempore certo fluminis diuerticulo piscatus erat, intermisisse piscationem, & desiisse possidere, quod sibi longo tempore parauerat, ius piscandi in flexu illo, & diuerticulo fluminis: ideoque eodem loco piscari volentem non posse prohiberi, quia locus rediit in pristinã causam: & nunc non priuatus, sed publicus est iurisgentium. Et ita Ioãnes & Angelus sentiunt recte, & Accurs. quoque breuiter: Solue, inquit, hic non erat in possessione, ibi erat, nihil est rectius. postremo quod additur in hac lege, *post mortem* &c. hanc sententiam exprimit.

Ad §. post mortem.

Post mortem domini seruus hereditarius peculij nomine rem cœpit tenere, vsucapionis primordium erit tempus hereditatis aditæ: quemadmodum enim vsucapitur, quod ante defunctus non possedit?

SI seruus hereditarius iacente hereditate, alioquin non diceretur hereditarius, igitur nondum adita, peculiari nomine, quod seruus peculiatus esset, à defuncto rem emerit, & tenere cœperit post mortem domini, ante aditam hereditatem, vt dixi, non procedere eius rei vsucapionem, si forte fuerit aliena, & bona fide empta, antequam aliquis heres extiterit adita hereditate, vsucapionis primordium esse tempus aditæ hereditatis, quia possessio non cœpit à defuncto, cœptam possessionem & vsucapionem à defuncto, & ante aditam hereditatem impleri, *l. cœptam, hoc tit. l. qui cum §. vlt. inf. pro empt. l. cum miles, sup. ex quibus caus. mai.* non cœptam à defuncto non inchoari ante aditam hereditatem. Quod verum quidem est iure communi, sed iure singulari aliud esse receptum idem Papinianus scribit in *l. prox. §. nondum, sup. hoc tit.* nec alia ratione hic locus cum illo sine calumnia conciliari poterit. Et verisimile est, finem huius l. imperfectum aut mutilum esse, quoniam verisimile est, subiecisse Papinianum, aliud esse receptum iure singulari.

Ad l. 12. pro emptore.

Misso legatario in possessione, res pro emptore vsucapiuntur, salua prætorij pignoris causa.

EX hac lege intelligitur prætorium pignus constitui creditore vel legatario misso in possessionem bonorum debitoris, vel bonorum hereditariorum, ex edicto, & ex primo decreto prætoris, vt in *l. 2. C. de præt. pign.* Quo genere à debitore vel herede possessio bonorum non transfertur in eum, qui missus est in possessionem, sed custodia tantum & obseruatio bonorum, id est, possessori, qui debitor est, vel heres, creditor vel legatarius custos apponitur, *l. 5. in pr. sup. vt in poss. leg. l. 3. §. vlt. sup. de adq. poss.* Nam primo decreto creditor vel legatarius non iubetur possidere, neque fit possessor, sed iubetur esse in possessione, & aliud est esse in possessione, aliud possidere: sicut aliud est esse in seruitute, aliud seruum esse. Et hoc quidem maxime distat prætorium pignus à conuentionali: nam conuentionalis pignoris naturalis possessio transfertur in creditorem, *l. cum & sortis §. vlt. sup. de pigner. act. l. per seruum, in pr. sup. de adq. poss.* Denique constituto & tradito pignore ex conuentione, debitor possidere desinit. Constituto autem pignore ex primo decreto prætoris, debitor possidere non desinit: verum post primum decretum si debitor non satisfaciat creditori, quo iure vtimur etiam hodie, secundo decreto prætor possessionem bonorum transfert in creditorem vel legatarium, simul ac præbet occasionem vsucapionis, *l. prætoris, in pr. & l. si finita §. Iulianus, de damno infec.* vbi dominum accipere oportet, cum ait; creditorem secundo decreto dominum fieri, pro possessore, non proprietario, quia vt prætor non facit heredem, sed facit bonorum possessorem, ita nec dominum facit, aut facere potest, id est, proprietarium, sed dominum possessionis tantum, id est, possessorem, heredem & proprietarium facere est solius iuris ciuilis, non honorarij. Itaque primo decreto facit creditorem in possessione bonorum debitoris, secundo facit possessorem. vsucapio autem facit dominum iure ciuili. In hoc tamen prætor

rium pignus & conuentionale inter se conueniunt, quod sicut debitor rem pignori datam ex conuentione, quam forte pro emptore bona fide possidebat, etiam translata possessione in creditorem, vsucapere potest eam rem, quia quantum ad vsucapionem attinet, non intelligitur debitor, qui cœpit possidere, desiisse possidere, hoc est, vsucapio procedit, & impletur, etiam si reapse non possideat, qui dimisit possessionem creditori, *l. 1. §. per seruum corporaliter, sup. de adquir. possess.* ita & multo quidem magis constituto prætorio pignore debitor vel heres, pro emptore vel pro herede vsucapere, vel inchoatam vsucapionem implere potest, salua causa prætorij pignoris, vt ait, sicut, & rem pignori datam ex conuentione debitor vsucapit salua causa pignoris conuentionalis, quia neque conuentionalis, neque prætorij pignoris causam vsucapio perimit, quia nihil quicquam cum dominio, quod vsucapione quæritur, commune pignus habet. Denique res vsucapitur cum sua causa, *l. 1. §. cum prædium, sup. de pign. l. vsucapio, C. eod. tit. l. 2. tit. seq. l. iusto §. non mutat, supr. de vsurpat. & vsucapion.*

Ad l. 40. de re iudic.

Commodis præmiorum, quæ propter coronas sacras præstantur, condemnato placuit interdici, & eam pecuniam iure pignoris in causam iudicati capi.

HÆc lex est etiam de pignore, non tamen conuentionali, vel, vt superior, de prætorio, sed de eo, quod in causam iudicati capitur, quod discretionis causa interpretes nostri vocant *iudiciale*, cum & id, quod prætorium est, sane etiam iudiciale sit, & vtrumque iussu prætoris constituatur, vel præsidis, sed non ex edicto vtrumque: prætorium ex edicto, iudiciale extra ordinem, *l. si pignora, sup. de euict.* Et docet hoc loco Papinianus in causam iudicati, id est, iudicati exequendi gratia, posse capi iure pignoris etiam commoda præmiorum, *quæ*, inquit, *propter sacras coronas præstantur*, videlicet, si qua commoda iudicato competant ob victoriam, quam ex sacris certaminibus domum reportauit. *Commodis*, inquit, *præmiorum, quæ propter coronas sacras præstantur*: nam qui vincebant sacris certaminibus, veluti Olympicis, coronabantur, *l. 1. C. de Athletis, l. 6. §. Vlpianus, sup. de excus. tut. l. spem, C. quæ res pign. oblig. poss.* Alij, vt nostis, frondibus oleastri, alij lauri, alij pinus, alij apij more Græcorum, quorum etiam vox coronæ, est mera Græca. Ac præter istam coronam etiam de publico victoribus præstabantur annonæ annuæ vel menstruæ, quod pensitandi verbum demonstrat in *d. l. spem.* & Vitruuius initio 9. scribens, *Victores è Republica constitutis vectigalibus perpetua vita frui.* Et hæc quidem vectigalia, hæc commoda siue præmia, ἔπαθλα, siue annonæ publicæ possunt capi in causam iudicati, iudicato prohibito ea percipere, & quo die ea præstari solent, executore rei iudicatæ ea auferente iudicati faciendi causa. Quo argumento dici potest, etiam commoda, quæ clericis præstantur posse capi, & in causam iudicati conuerti. Et probatur hoc etiam in capite 2. *ext. de fideiuss.* Itemque stipendia militum, quoniam *l. stipendia, C. de exsec. rei iudic.* sub conditione tantum vetat stipendia militum pignori capi, si alia ratio suppetat, qua rem iudicatam magistratus exequantur, & perducant ad effectum. quam conditionem etiam apponimus commodis athletarum vt non possint capi in causam iudicati, nisi quum alia bona condemnato non supersunt. Ex conuentione vero constat hæc omnia commoda pignori iure non obligari, *d. l. spem.*

Ad l. 21. de priuil. cred.

Antiochensium Cœlesyriæ ciuitati, quod lege sua priuilegium in bonis defuncti debitoris accepit, ius persequendi pignoris durare constitit.

HÆc quoque lex est de pignore, non tantum de conuentionali vel prætorio, vel iudiciali, sed de eo, quod lege datur, quod tacitum pignus dicitur, vt Antiochiæ splendidissimæ ciuitati Cœlesyriæ, cyruæ vel Cauesyriæ ad differentiam Syriæ Phœnicis & aliarum Syriarum; Antiochiæ, inquam, lex sua propria dedit priuilegium in bonis defuncti debitoris; defuncti, non viuentis, id est, dedit tacitam hypothecam in bonis defuncti debitoris, sicut in *l. simile, inf. ad municip.* dicitur, fiscum habere priuilegium in bonis debitoris, id est, tacitam hypothecam, quod & priuilegium dicitur in *l. 2. C. de seruo pign. dat. man.* Est sane priuilegium hoc fisci, vt habeat tacitum pignus, vt tacite ei sint pignerata bona debitoris, etiam viuentis, quoniam idem priuilegium non habet quælibet Respu. nisi quæ id accepit nominatim à Principe, vt ait *d. l. simile, & l. 2. C. de iure Reip. lib. 11.* vel quæ id habet sua lege, & more vetusto, vt habuisse Antiochiam ciuitatem Cœlesyriæ, ait, non quidem in bonis viuentis, vt fiscus: sed defuncti tantum debitoris. Quod priuilegium Antiochiæ etiam durare, hoc loco Papin. ait. quid hoc est, *etiam durare?* nempe non esse sublatum edicto Seueri Imperatoris, quo omnia iura & priuilegia eum Antiochenis ademisse, eo quod in bello ciuili Nigri Nigrum iuuissent, Ælius Spartianus scribit in Seuero, & in Anton. Caracalla; post adempta Antiochenis priuilegia, tamen hoc priuilegium tacitæ hypothecæ Papin. ait durare, quoniam id habuit ea ciuitas lege sua. Ratio igitur hæc est, quia tantum ea ademit Seuerus Antiochenis, quæ dederat ipse, vel data ab aliis Principibus initio sui Imperij confirmauerat. Ita quod fit hodie, est vetustissimum, vt soleant Principes initio sui Imperij, confirmare omnia priuilegia, omnes immunitates, quod in iure nostro scriptum est, & scriptum esse pauci animaduertunt in *l. 6.* quæ Græca est, *de excus. tut.* quo loco agit de immunitate & priuilegiis philosophorum, quæ eis, inquit, confirmauit D. Seuerus, παρελθὼν εὐθὺς ἐπὶ τὴν ἀρχὴν διατάγματι τὰς ὑπαρχούσας, τιμὰς, καὶ ἀτελείας ἐβεβαίωσεν: *statim atque principatum adeptus est, suos honores & immunitates confirmauit.* Quod quidem esse ex instituto Tiberij Imperatoris Suetonius scribit, & Aurel. Victor in Tito. Ademit ergo Seuerus Antiochenis sua beneficia, aut Principum superiorum, non ademit, quæ ea ciuitas lege sua & more patriæ recepto antiquius habuit & exercuit; non ademit igitur ius taciti pignoris, quod habuit in bonis defuncti debitoris lege sua. Et hæc ratio significatur his verbis: *Quod lege sua priuilegium in bonis defuncti debitoris accepit.* Recte enim editio Florentina expressit illud, *quòd*, cum accentu graui. Et hic sane est sensus huius legis, quem & Basilica conseruarunt & expresserunt his verbis, Ἀντιοχία ἡ τῆς συρίας κοίλης τὸ νόμιμον ἔχει, ἵνα ἐνέχυρα λάβῃ ἐκ τῶν πραγμάτων αὐτοῦ: *Antiochia Cœlesyriæ priuilegium habet, vt si debitor eius vita decesserit, pignora capiat ex bonis eius crediti seruandi causa*, licet de pignore nihil conuenerit, scil. male igitur Alciatus hanc legem accipit de iure πρωτοπραξίας, quasi lex diceret, in persequendo pignore conuento, singulos Antiochenos præferri extraneis creditoribus hypothecariis, etiam antiquioribus. Quod hæc lex nullo modo dixit, quæ non est de iure prælationis, non de hoc priuilegio, sed de iure & priuilegio tacitæ hypothecæ. Male etiam Accurs. hanc legem accipit de eodem iure πρωτοπραξίας, in quo tamen longe aliter, quam Alciatus statuit, & tradit hic, Papinianum velle, ciuitatem vi priui-

legij, quod accepit ſua lege, vel à Principe, non præferri A priuato antiquiori creditori hypothecario. Accurſius nullum dat ciuitati priuilegium, Alciatus dat aliquod, ſed non quod erat in mente Papiniani.

Ad l. 19. de iure fiſci.

Denique non eſſe præſtandas vſuras, cum pecunia reuocatur, conuenit; quoniam res, non perſona conuenitur.

CErtum eſt fiſcum in actione hypothecaria habere priuilegium tacitæ hypothecæ ex ſuis contractibus, vel ex cauſa tributorum, non ex omnib. cauſis, vt demonſtrat *l. reſcriptum, ſup. de pact.* Et iure tacitæ hypothecæ non habet priuilegium, vt præferatur cæteris an- B tiquioribus: denique pro priuilegio habet tacitam hypothecam, ſed non etiam, vt iure tacitæ hypothecæ excludat priores creditores hypothecarios. Denique in actione hypothecaria non habet niſi priuilegium & prærogatiuam temporis. ſi fiſcus ſit prior, erit potior in hypotheca, ſi poſterior, ſeruabit ſuum ordinem. At in actione perſonali fiſcus habet priuilegium, & primum locum obtinet inter omnes creditores chirographarios, etiam antiquiores: nam & hoc idem priuilegium exactionis in actione perſonali habet quælibet Reſp. *l. quod quis, & l. pen. ſup. de reb. auctor. iud. poſſid. vel de priuil. cred l. 7. C. qui pot. in pign. hab.* Et ideo ſi quis ex aliis creditoribus occupet ſuum repetere à debitore, integrum eſt fiſco, ſolutam creditori pecuniam reuocare, & repetere iure priuilegij ſui, vt *l. prox. §. vlt. ſup. l. 5. C. de priuil.* C *fiſc.* Reuocat ergo fiſcus, quod ſolutum eſt alij creditori, cui ipſe eſt anteponendus, & reuocat ſortem tantum ei ſolutam, non etiam, vt ait hoc loco, eius ſortis vſuras, quod creditor interim ea pecunia vſus ſit, quia, inquit, res, non perſona cõuenitur, id eſt, fiſcus non agit in perſonam creditoris, qui feſtinauit ſuum repetere quaſi ſibi obligatum, ſed agit in pecuniam ipſam, quæ ſoluta præmature creditori eſt, non habita ratione priuilegij fiſcalis, eamque pecuniam vindicat. Conſtat autem in actionibus ſiue perſecutionib. in rem vſuras non venire, ſed in actionibus in perſonam tantum, *l. ſi nauis, de rei vindic.* Pertinet etiam ad hoc idem priuilegium exactionis, quod fiſcus habet, *l. 37. huius tit.* D

Ad l. 37. eodem.

Quod placuit fiſco non eſſe pœnam petendam, niſi creditores ſuum recuperauerint: eo pertinet, vt priuilegium in pœna contra creditores non exerceatur, non vt ius commune priuatorum fiſcus amittat.

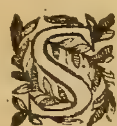
OStenditur, priuilegium exactionis fiſcum habere ſi ſuum perſequatur, quod ſibi abeſt, non ſi perſequatur pœnam ex cauſa delicti. Nam antiquiores creditores chirographarij potiores ſunt fiſco pœnam perſequenti, non rem, vel pecuniam ſuam. Et hoc eſt, quod dicitur, pœnam fiſcalem eſſe poſt creditores, *l. in ſumma, l. Statius §. vlt. hoc tit. l. 1. C. pœn. fiſc. cred. præfer. lib. 10.* creditores antiquiores ſcilicet, quoniam æquius eſt ſub- E ueniri antiquiori creditori de damno ſollicito, qui ſuum repetit, quam fiſco affectanti lucrum ex præſtatione pœnæ, quod aduentitium lucrum eſt. Verum ſi pœnæ debitio ſit antiquior credito, ſane hoc caſu fiſco non auferetur, quamuis certet de lucro, ius commune priuatorum, vt ait, opponens; ius commune, priuilegio, id eſt, pœna exſoluenda prius erit fiſco, quam pecunia poſteriori creditori, vt *l. vlt. §. pen. C. qui potior. in pign. hab.* Atque ita prærogatiua temporis facit, vt qui de lucro certat, potior ſit eo, qui certat de damno. Et ita hæc lex explicanda eſt Et nihil eſt præterea in *lib. 10.*

Reſponſ. Papin.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XI. Reſponſorum Æmilij Papiniani.

Ad l. 41. de pact.

Intra illum diem debiti partem mihi ſi ſolueris, acceptum tibi reſiduum feram, & te liberabo. licet actionem non habet, pacti tamen exceptionem competere debitori conſtitit.



SPecies huius legis hæc eſt. Conuenit nudo pacto inter debitorem & creditorem, non, vt ſtulti fingunt, in ipſo tempore credendæ pecuniæ, alioquin pactum formaret actionem, & daretur actio ex pacto, quod tamen lex negat, ſed id ita conuenit poſtea, intermiſſo aliquo ſpatio temporis, ita ſcilicet conuenit, vt, *ſi debitor intra certum diem ſolueret creditori partem debiti* (ſermo eſt conditionalis) quod plerunque paciſcuntur creditores, qui pecunia egent, *creditor ei reſiduum acceptum ferret*, vel quod idem eſt, reſiduo eum liberaret per acceptilationem. forte creditor, qui pecunia indigebat ante diem ſoluendæ pecuniæ, ſi debitor rei vellet intra diem breuiorem ſoluere, & repræſentare partem debiti, pactus eſt, ſe reſidui gratiam facturum debitori, & eum liberaturum reſiduo per acceptilationem. Quæritur an debitor intra eum diem agere poſſit, vt per acceptilationem reſiduo liberetur oblata ſcil. parte debiti, alioquin qua fronte id deſideraret? oblata igitur parte debiti, de qua conuenit, & creditore nolente partem oblatam accipere? Et reſpondet Papinianus, nullam debitori eo nomine competere actionem, quia ex pacto nudo non naſcitur actio, ſed quia naſcitur exceptio: ſi poſt oblationem partis, quam creditor recuſauit, creditor totum petat, & agat in ſolidum, debitor ſe tueri poteſt exceptione pacti conuenti, vel doli mali; nuda oblatione pactum non tranſire, non verti in contractum, vt actionem pariat, ſed datione & obſignatione, *l. qui mutuã §. 1. mand. l. 9. C. de ſolut.* Accurſius & Doctores male ponunt, à debitore fuiſſe datam & ſolutam partem debiti: nam ſi ſoluta eſſet quaſi pacto nudo iam perducto ad effectum, & in contractum conuerſo, *do, vt facias, do partem debiti, vt mihi reſiduum acceptum feras*, tum debitori competet proculdubio actio præſcriptis verbis in creditorem, vt ſe reſiduo liberet per acceptilationem; quia, vt nihil refert, quod & Doctores fatentur, ſtatim atque pactus ſum, ſtipuler, an poſtea, vt mihi competat actio, ita nihil intereſt, dem ſtatim, an poſtea: & quod ait *l. petens, C. de pact.* in ſtipulatione quæ ſequatur, ſtatim, inquit, id ad eam legem ſatis oſtendi quo referendum ſit Obſeruatio 10. nam ex eo non ſequitur, quin, ſi id, quod pactus ſum longo tempore, poſt deducam in ſtipulationem, mihi pariam actionem ex ſtipulatu. Quidni? datione vel ſtipulatione pactum ſumit effectum, *l. diuiſionis, hoc tit.* Ergo in ſpecie propoſita nihil intereſt conditio pacti, *ſi ſolueris partem debiti citeriore die*, nihil intereſt ea pacti conditio impleatur ſtatim, an poſtea: nam & conditio poſtea impleta retro recurrit, *l. potior, qui potior. in pig. hab.* Denique pactum tranſit in contractum, & in obligationis ciuilis cauſam, vel ſtatim, vel poſtea pacti conditione impleta, vnde naſcitur actio, quia iam non eſt

pactum, sed contractus. At quia in hac specie non fuit impleta conditio pacti, non fuit soluta pars debiti, de qua conuenerat, sed oblata tantum; ideo ait, *offerenti*, quia nondum res pacti fines egressa est, id est, nondum transiit in contractum, sed stetit intra finem pacti; ex eo pacto non esse actionem debitori, vt liberetur, sed exceptionem tantum, secundum vulgarem regulam toto hoc titulo diffusam: ex pacto exceptionem dari, non actionem.

Ad l.19. de compensat.

Debitor pecuniam publicam seruo publico citra voluntatem eorum soluit, quibus debitum recte solui potuit: Obligatio pristina manebit, sed dabitur ei compensatio peculij fini, quod seruus publicus habebit.

DEbitor Reipub. vel fisci (nihil refert) pecuniam debitam ex contractu Reipub. (sic est ponendum, non ex contractu serui publici, serui Reipub.) seruo publico soluit eam pecuniam citra voluntatem eius, qui praepositus est administrationi rerum ciuitatis, puta, curatoris Reipub. non recte soluit: ergo nec se liberauit a Repub. Curatori Reipubl. recte soluisset. seruo publico sine voluntate curatoris Reipublicae non recte soluit: ergo se non liberauit, & pristina obligatio manet, atque adeo integra est Reipublicae actio in debitorem, qui, cui non debuit, soluit, perinde, atque si nemini soluisset. Verum, vt monet Papinianus hoc loco, si cum eo agatur nomine Reipubl. quia ex negotiis gestis cum seruo publico, sicut quilibet alius dominus, Respubl. tenetur de peculio, quod peti posset a Republ. actione de peculio, id est, quod seruo publico solutum a Republ. repeti posset actione de peculio, non in solidum, sed in peculium tantum, quatenus ferunt vires peculij. Item si agatur nomine Reipub. ex pristina obligatione Reipubl. compensari potest, *peculij fini*, vt ait, id est, *peculio tenus*, quantum peculij tenus, quod arcus genus est, intendi potest, vt in *l. si sine herede §. Modestinus, de administ. tut.* Itaque si tantum sit in peculio, quantum soluit seruo citra voluntatem administratoris Reip. nulla Reipubl. actio competit: sin minus sit in peculio, superflui tantum petitio Reipub. superest. etiam Reip. vel fisco compensatio opponi potest, *l. idem, & l. vlt. hoc tit. l. aufertur §. quod in compensationem, de iure fisci*. & opponitur in hac specie Reipub. compensatio *peculij fini*, vt ait, quia Resp. agit ex suo contractu, quod initio posui: nam si Resp. ageret ex contractu serui, quum seruo solutum est, ex eo contractu nolente Republ. vt *l. quod seruus tit. seq. l. quod seruus, inf. de solut.* si inquam, Resp. ageret ex contractu serui, solidum compensaretur, quod seruo solutum est, non peculij fini. Idque probat aperte *l. si cum filiofam. in princ. hoc tit.*

Ad l.53. locati.

Qui fideiussor extitit apud mancipem pro colono publicorum praediorum, quae manceps ei colono locauit, Reipublicae non tenetur, sed fructus in eadem causa pignoris manent.

LEx est de eo, qui conduxit praedia publica, quem mancipem vocat, vt *l. 11. C. de vectig. & comm.* Aggenus 2. de limitib. constituendis: *Mancipibus*, inquit, *agros Reipublicae conducentibus in annos centenos.* Et Festus: *Manceps est*, inquit, *qui quid a populo conducit.* quia manu sublata, vt fit in auctionibus significat, se esse auctorem conductionis. Ponit autem hoc loco Papinianus, mancipem praedia publica colono locasse: nemo prohibetur, quod conduxit alij locare, quod quidem vocant ablocare, *l. 6. C. de locat.* quia non tantum vti, sed etiam frui

A

conductori permissum est. Ponit igitur mancipem praedia quaedam publica colono locasse, *baillé à ferme*, colonum autem mancipi cauisse de mercede sua die soluenda, dato fideiussore: Quaeritur, an Reip. sit actio in fideiussorem. Et ait non esse, quia fideiussor se Reip. non obligauit, sed mancipi: fideiussor cum Rep. non contraxit, vel administratoribus eius, sed cum mancipe. Ideoque nec in colonum vllam actionem habet, cum quo etiam non contraxit: si non in colonum, nec in fideiussorem eius igitur. At fructus praediorum tacite sunt Reip. pignori obligati, quisquis eos perceperit, pro mercede, scilicet, quam manceps, siue publicanus, quem hic Graeci notant posteriores vocasse *commerciarium*, pro mercede, inquam, quam manceps Reipub. cauit, perinde atque si eos fructus manceps percepisset, vt *l. si in lege §. 1. hoc tit. l. in praedis, inf. in quib. cau. pign. vel hypoth. tac. cont. l. 3. C. eod. tit.*

B

Ad l.9. de praescript. verb.

Ob eam causam accepto liberatus, vt nomen Titij debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur. itaque iudicis officio non vetus obligatio restaurabitur, sed promissa praestabitur, aut condemnatio sequetur.

SPecies haec est. Te debitorem meum accepto liberaui ea lege, vt mihi vice tua delegares nomen debitoris tui. contractus est, non pactum: quia ego iam coepi facere. Pactum est, si causa non subsit, id est, datio vel factum, sed nuda & simplex actio tantum, nudum solumque placitum dandi, vel faciendi. vt faciam, vt des, pactum est: facio vt des, contractus est, vt hoc loco, te accepto libero, vt tu mihi cedas nomen debitoris tui, vtrumque est facere, *l. si mandatu §. quoties, supra mand.* negotium igitur ita gestum est, facio, vt facias, te accepto libero, vt mihi deleges nomen debitoris tui. pro pecunia, quam mihi debebas malui per delegationem sequi nomen debitoris tui, vt in *l. 68. §. vlt. D. de euict.* At finge: ego te accepto liberaui, & tu non mihi delegas nomen debitoris tui. mihi in te competit actio praescriptis verbis, quasi ex articulo facio vt facias: quae quidem actio datur in hoc, vt vel mihi cedas nomen debitoris tui, vel, vt Papinianus loquitur, vt promissam praestes, ἀρχαϊκῶς, pro *promissionem*, sicut *missam pro missionem*, & Cyprianus *remissam* pro *remissionem*: vt igitur mihi promissam praestes, vt scilicet mihi cedas nomen debitoris tui, vel praestes id quod interest. Qua de causa haec actio dicitur incerti actio, quia persequitur id quod interest, cuius aestimatio non est certa, quia pendet ex facto, non ex iure, *l. quatenus, de reg. iur. l. vlt. de praet. stip.* Verum an officio iudicis ego, qui egi praescriptis verbis, compelli possum, vt satis habeam, si reponas te in veterem obligationem, quam acceptilatio mea sustulit ipso iure. Possum id satis habere vltro, si velim, & agere in id tantum, vt vetus obligatio restituatur aut restauretur, qua tu mihi tenebaris, vt *l. si mulier, & l. si accepto, sup. de condict. caus. data. l. licet, inf. de iur. dot.* Sed hoc iudicio praescriptis verbis non possum compelli officio iudicis, vt id satis habeam: sed, quoniam nihil aut parum hic potest officium iudicis in strictis iudicis, quod ego ago, id mihi omnino praestandum est, hoc est, vel obligatio, quae promissa est, vel id quod interest, vt *& l. 5. hoc tit.* proponitur duobus locis aut tribus, actione praescriptis verbis non hoc agi, vt reddas, quod accepisti, cum tamen possem agere condictione ob rem dati, si vellem, sed non id ago actione praescriptis verbis: verum vt mihi praestetur id quod interest, quanti mea interest a te vicissim dari, aut fieri id, de quo conuenit, & fidem eandem mihi seruari, quam ipse prior exhibui dando vel faciendo.

C

D

E

Ad l. 1. de pignor.

Conuentio generalis in pignore dando bonorum, vel poſtea quæſitorum recepta eſt. In ſpeciem autem alienæ rei collata conuentione, ſi non fuit ei, qui pignus dabat debita, poſtea debitori dominio quæſito. difficilius creditori, qui non ignorauit alienum, vtilis actio dabitur. Sed facilior erit poſſidenti retentio.

IN Pandectis Florentinis hæc lex 1. adſcribitur libro 11. In Noricis autem & vulgaribus adſcribitur libro 2. quam inſcriptionem veriorem eſſe arbitror, quoniam lex, quæ ſequitur, eſt ex tertio. Et Tribonianus in diſponendis prudentum ſententiis vel opinionibus ſequi ſolet ſemper ordinem librorum, vnde eas ſententias vel opiniones ſumit: primo loco dans eas, quæ ſunt ex primo, deinde eas quę ſunt ex ſecundo, & ſic deinceps, niſi cum vnius ſcripto interſeritur aliquid ex alio. Sunt autem in hac l. 1. reſponſa quinque. In primo proponitur differentia vna inter generalem obligationem pignoris, & ſpecialem. Generalis eſt obligatio, ſi quis obliget præſentia bona & futura, ſi quis obliget, quæ habet, habiturusve eſt, quæ generalis obligatio vulgo recepta eſt, quamuis nunc non ſint in bonis debitoris, quæ quandoque habiturus eſt, quia collata obligatio in tempus intelligitur, quo in bonis debitoris erunt, vt *l. & quæ nondum §. 1. hoc tit. l. vlt. C. de remiſſ. pign.* Ergo generali obligatione, exceptis his rebus, quę enumerantur in *l. 6. & ſequentibus, hoc tit.* continentur non tantū, quæ debitor habet in bonis, ſed etiā, quæ poſtea adquiſierit, licet nunc ea non habeat in bonis: Specialiter autem poſſum quidem obligare fructus, qui ex fundo, vel ex pecore meo naſcentur, vel partus, qui ex ancilla mea, tametſi nondum ſint in bonis meis, ob id ipſum, quod nec ſunt, quia intelligitur obligatio collata in tempus, quo mihi naſcentur fructus vel edentur, *l. & quæ nondum, in princip. l. potior §. pen. inf. qui pot. in pign.* Itemque poſſum ſpecialiter pignori obligare rem mihi debitam ſiue nomen debitoris mei, *l. 3. §. 1. D. qui pot. in pign. l. ſi conuenerit, ſup. de pigner. actio. l. nomen, C. quæ res pign. oblig. poſſ.* Quod & in hoc reſponſo Papinianus ſignificat illo loco: *ſi non fuit ei, qui pignus dabat, debita.* Item ſpecialiter pignori obligare poſſum rem mihi pigneratam, in qua habeo ius pignoris, *l. grege §. cum pignori, hoc tit.* vel etiam eam rem, in qua vſumfructum habeo, *l. 11. §. vſumfructum, & d. l. & quæ nondum, in princip. hoc tit.* vel etiam rem, in qua habeo ius ἐμφυτευτικόν, vel ius ſuperficiarium, *l. tutor §. vlt. ſup. de pigner. act. l. etiam ſuperficies, D. qui pot. in pign.* vel etiā rem, in qua habeo ius poſſeſſionis partæ bona fide, & iuſta ex cauſa, *l. ſi ab eo, inf. h. tit.* Quod quidem iis videtur ius ἐμβατευτικὸν appellari in *l. 3. §. ſi ius, de reb. eor. qui ſub tut.* Denique rem alienam, in qua habeo ius pignoris, vel ius vſusfructus, vel ius emphyteuſeos, vel ius ſuperficiei, vel ius poſſeſſionis, pignori obligare poſſum, quia non rem ipſam obligo, quam non habeo in bonis meis, ſed ius, quod in ea re habeo. Rem autem alienam, in qua nihil iuris habeo, & quæ mihi non debetur, poſſum quidem pignori obligare ſub conditione, *ſi in dominium meum peruenerit, l. ſi fundus § aliena, hoc tit.* Pure autem & ſpecialiter rem alienam, in qua nullum ius habeo, & quæ mihi non debetur, pignerare non poſſum ſine voluntate domini, *l. ſi ſeruum quem, in fine, D. de act. empt. l. ſed etſi lege §. ſi quis re ſua, ſup. de petit. heredit. l. aliena, ſup. de pignerat. act.* Et ſi eam rem alienam forte pignerauero, non eſt pignus. Et tamen rem alienam, vt conſtat inter omnes, vendere poſſum, *l. rem alienam, de contr. empt.* quæ nobis explicanda eſt ex libr. 5. Vlpiani ad Sabinum. Hoc eſt obſeruandum in primis, & initio hoc proponi ex Sabino: Rem

A alienam diſtrahere quem poſſe nulla dubitatio eſt, quæ ſententia, quod videretur dura, aſpera, & iniqua, vt & *l. 1. C. de comm. rer. alien.* ait, ſatis illicitam eſſe venditionem rei alienæ, ideo eam ſententiam Sabini ſtatim Vlpianus ſic explicat: nam hæc verba Papiniani, Vlpiani ſunt: *nam*, inquit, *emptio eſt & venditio*: ergo vltro citroque actio empti & venditi: ſed res emptori à domino auferri & euinci poteſt, quia ſcilicet venditio rei alienæ, ius dominij non mutat, & re euicta à domino, euictionis nomine, emptori eſt regreſſus aduerſus venditorem actione ex empto, vel ex ſtipulatu. In hoc igitur conſiſtit differentia inter pignus & venditionem, quod rei alienæ pignus non eſt, rei alienæ emptio, venditio eſt. Et ratio differentiæ eſt, quia pignore contracto, vel conuento hoc agitur, vt res ſit obligata, obno-
B xia, nexa: nemo autem poteſt obligare rem alienam, in qua nihil iuris habet: venditione autem hoc non agitur, vt res obligetur emptori, nec vt dominium rei tranſeat in emptorem, niſi interueniat mancipatio, ſed vt poſſeſſio tantum tranſeat in emptorem, quam venditor habet præſtita cautione euictionis nomine, & de dolo malo, *l. 1. de rerum permut.* Poteſt rei alienæ mea eſſe poſſeſſio: Ergo & eius rei emptio, venditio eſt, cuius poſſeſſionem tantum habeo, non dominium. Solius domini eſt pignori obligare: vendere non eſt ſolius domini, ſed etiam poſſeſſoris. Et quod dicitur in *l. 9. §. 1. hoc tit.* quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere, id eſt ita ſupplendum, ne latius accipiatur, quod noſtrum emptionem & venditionem
C recipit, etiam pignerationem recipere poteſt. neque enim id locum habet in re aliena, quæ venditionem recipit, non pignerationem: ſed ea ſententia locum tantum habet in eo, quod noſtrum eſt iure dominij, vel iure vſusfructus, vel iure pignoris, vel quo alio iure. vſumfructum poſſum vendere, ergo & pignerare: quo argumento vtitur *l. 11. §. vſumfructum, hoc tit.* At quæritur in hoc primo reſponſo, ſi rem alienam ſpecialiter pignori obligauero, in qua nihil habebam iuris, & quæ mihi non debebatur, quæ obligatio iure non conſiſtit, & vitioſa eſt ab initio, an tamen conualeſcat poſtea, ſi eius rei dominium adquiſiero, ita vt vel vtilis actio hypothecaria creditori detur? Et reſpondet Papinianus, creditori, ſi ſcierit rem eſſe alienam, quæ ſibi pignori
D opponebatur, vix prætorem daturum vtilem actionem hypothecariam, poſſit dare quaſi conualuerit pignus dominio adquiſito debitori, ſed difficilius dederit, vix dederit ſcienti creditori. facilius autem & ſine cunctatione hoc caſu, creditori, qui ignorauit, rem eſſe alienam dederit vtilem hypothecariam, quia quod vulgo dicitur, *id quod ab initio non valet, ex poſt facto non conualeſcere*, quod audio quotidie obiici. Vt faceſſat deinceps eiuſmodi regula, cuius adeo frequens obiectio eſt, ſtatuendum eam eſſe regulam ſummi iuris, vt omnes, quæ ſunt in titulo *de reg. iur.* ſunt veræ regulæ & de rigore iuris, & ita omnes accipiendæ ſunt. Vnde obiicienti eam regulam, duorum alterutrum contra obii-
E ci poteſt. Primum, vitiari regulam, ſi ſit lex ſpecialis, quæ ſtatuat conualeſcere, quod initio vitioſum fuit. vt ecce, donatio inter virum & vxorem ab initio non valet, ſed conualeſcit morte donatoris ex oratione Antonini. Regulę derogat ſpecialis conſtitutio vel lex. Vel etiam in plerisque cauſis licet reſpondere, *quod initio vitioſum eſt, ex poſt facto non conualeſcit.* directo non cōualeſcit, fateor, ſed conualeſcit ex cauſa æquitate ſuadente, prætore dante, non directam quidem actionem, cui obſtat rigor iuris, ſed vtilem actionem, cuius parens eſt æquitas: vt in hac ſpecie, ſi rem alienam ignoranti creditori pignori oppoſuero, & poſtea eius rei dominium nactus fuero, quaſi pignus conualuerit adquiſitione dominij, creditori prætor dabit vtilem actionem, ſiue vtilem hypothecariam contra debitorem, qui eam

rem possidet iam vt suam, nec agenti creditori debitor probe resistit & aduersatur, alioquin ex mandacio suo argueretur, qui eam rem pignori posuit quasi suam, si nollet eam vindicari à creditore, vel vtili hypothecaria, quæ est ratio Pauli elegantissima in *l. rem alienam, in fi. sup. de pigner. act.* Vtilis actio bifariam accipitur in hoc titulo. Vno modo, pro actione hypothecaria directa, quæ & Seruiana dicitur & quasi Seruiana & vtilis Seruiana, & nonnunquam pigneratitia. vtilis, inquam, actio dicitur, pro hypothecaria directa. quæ tamen ipsa actio omnino comparatur actioni Seruianæ, quæ directo competit locatori tantum, de rebus coloni pignori obligatis pro mercedibus fundi, ad cuius exemplum actio hypothecaria datur cuilibet creditori hypothecario. & comparata actio hypothecaria actioni Seruianę, quæ locatori tantum datur; est vtilis Seruiana, vel quasi Seruiana, vt in §. *cum prædium, inf. h. l.* Altero modo vtilis actio accipitur pro vtili hypothecaria, vt in primo responso coniuncta *l. cum res, C. si res alien. pign. data sit.* Denique hypothecaria collata cũ Seruiana, vtilis est. collata cũ vtili hypothecaria, directa. potest ad exemplũ vtilis actionis, quæ & ipsa datur ad exemplum directæ, formari alia actio vtilis, id est, actionis vtilis. actio vtilis, vt Publiciana actio est vtilis, quæ datur ad exemplum directæ vindicationis, *l. in honorarijs, inf. de obligat. & action.* Est tamen quædam Publiciana vtilis, id est, quasi Publiciana, *l. nec quasi, de rei vindic.* & collata quidem Publiciana cum directa vindicatione, vtilis vindicatio est: collata cum vtili Publiciana, directa est.

Scienti autem creditori, vt ad responsum redeam, rem esse alienam, quam debitor pignori opponebat, re postea facta in bonis debitoris, Papinianus ait, vix prætorem daturum vtilem hypothecariam, si pignus creditor non possideat. Et facilius, si creditor possideat eam rem, daturum retentionem rei, beneficio exceptionis doli mali aduersus debitorem agentem directa vindicatione, qua dominium petitur, quod postea adquisiuit. Et similem casum, quo pignoris retentio est, non persecutio per hypothecariam dabit paulo post *l. 1.* quæ est ex eod. lib. *inf. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* & dat alium l. 1. C. *etiam ob chirog. pec. pign. ret.* ex qua pignoris ex alia causa obligati etiam ob chirographariam pecuniam retentio est, non etiam persecutio, id est, actio hypothecaria; facilius datur retentio quam persecutio. Hanc autem sententiam Papi. vt rei alienæ, quam debitor pignori opposuit, quę obligatio iure non consistit, postea dominio debitori quæsito, creditori maxime ignoranti detur vtilis hypothecaria, nedum retentio, difficile scienti, hanc, inquam, sententiam Papiniani nostri comprobat etiam Paulus in *l. rem alienam, sup. de pigner. act.* reddita ratione, quam exposui ante. Verum idem non admittit Paulus isto casu, si res aliena pignori frustra obligata à debitore sine voluntate domini, postea eius rei dominus debitori heres extiterit. Hoc enim casu, Paulus ait, non videri pignus conualescere, nec ignoranti creditori dari vtilem hypothecariam, aut agenti creditori probe & merito resistere dominum, qui pignerationi rei suæ non consensit. At in proposito casu debitor ipse pignori consensit siue pignerauit rem ipsam, cuius postea dominus effectus est: atque adeo improbe resistet, quo minus rata habeatur pigneratio, quam ipse fecit. Ergo Paulus differentiam facit inter hunc & illum casum, & adfert illam rationem differentiæ quam notaui. Verum animaduertendum est postea libris differentiarum, ea ipsa differentia exposita, quam Paulus tradit in *d. l. rem alienam*, Modestinum (qui longe fuit post Paulum: nam ad ætatem peruenit Gordianorum) docere in *l. si Titio, hoc ti.* idem obtinuisse tandem, & hoc posteriore casu, domino rei succedente debitori: atque ita vtroque casu pignus, non directo quidem conualescere, vt ait *d.* lex *si Titio*, sed dari creditori vtilem hypothecariam, vtilem pigneratitiam, hoc est, vtiliter conualescere: nec sine ratione postea obtinuit idem hoc posteriore casu, quia æquum est heredem facere ratum quod defunctus gessit, quamuis id gesserit sine sua voluntate, *l. 3. C. de reb. alien. l. si ab eo, C. de lib. caus.* Postremo quod in specie, de qua tractat Papinian. in hoc primo responso, ait, facile dari creditori retentionem rei, tam scienti quam ignoranti, ei nihil obstat *lex cum vitiose, inf. hoc tit.* quę ait, pignore vitiose vel inutiliter contracto, retentioni pignoris locum non esse, etiam, inquit, si bona creditoris ad fiscum pertineant, quoniam ea lex de pignore est accipienda, quod ex post facto non conualuit tuitione Prætoris, vt de fundo dotali, quod exemplum est appositissimum, quem maritus obligauit contra l. Iuliam, cuius pignoris nec retentio est, etiamsi bona debitoris, vt etiam videtur legendum in *l. cum vitiose, ex l. 2. de fundo do.* ad fiscum pertineant, qui semper est locuples, & semper est soluendo, vel *bona creditoris*, non est locus retentioni, quia pignoris causa vitiosa permansit. At in hoc responso agitur de pignore, quod ex æquitate conualuisse intelligitur, cuius retentio est, & non retentio tantum, sed etiam persecutio maxime ignoranti creditori. Ait Modestinus in *l. cum vitiose* quæ pro regula est, quoniam est ex libro Regularum, *cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locum non esse.* hæc est regula, quam amplificat subiiciens, *nec si bona creditoris ad fiscum pertineant:* & nullo verbo immutato breuiter sensus hic est: Pignore vitiose, vel inutiliter contracto, neque persecutionem, quod est certissimum, neque retentionem pignoris creditori esse, neque fisco, qui creditori successit: creditore forte damnato in metallum, aut deportato, hoc est fiscum iure suo quodam proprio non retinere pignus, quod priuatus creditor, cui successit vitiose contraxit, nec retinere potuit, sed fiscum vti iure priuati creditoris, quod congruit cum *l. 6. in pr. D. de iure fisci, & l. 2. de fundo dot. l. 1. §. 1. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* Vitiose autem contrahitur pignus, vt puta, si prędium dotale pignori detur contra legem Iuliam, vt si res pupilli aut adolescentis pignori detur sine decreto contra orationem D. Seueri, vel si quę res pignori detur supra modum legitimæ vsuræ contra legem Gabiniam, *l. 4. inf. de naut. fœn. l. pretij, C. mand.* Inutiliter autem contrahitur pignus, vt puta, si res aliena pignori detur, vel res litigiosa. hoc modo creditor repellitur exceptione litigiosi, *l. 1. §. vlt. D. quæ res pignor. oblig. poss.* vel hac exceptione, *quod ea res in bonis debitoris numeratæ pecuniæ tempore non fuerit*, vt *l. 3. h. tit. l. qui prædium, C. si aliena res pign. data sit.* Priore casu, quum pignus datum est contra legem, creditor repellitur ipso iure, lex vitiosum pignus facit, exceptio iusta, inutile & inefficax; & neque vitiosi, neque inutilis pignoris retentio est cuiquam, ac ne fisco quidem, nisi ex causa interueniente prætore, quasi quodammodo conualuerit. Et ita explicanda est *l. cum vitiose.* Veniamus ad secundum responsum huius legis.

Ad §. Seruo.

Seruo pignori dato, peculium eius creditor, citra conuentionem specialiter super eo conceptam, frustra distrahit. Nec interest quando seruus domino peculium adquisierat.

IN secundo responso legis primæ ostenditur, seruo à domino pignori obligato, non videri etiam pigneratum peculium serui, nisi ita actum sit nominatim; & ideo non posse distrahi peculium à creditore: seruum posse distrahi iure pignoris, nec quicquam interesse, peculium id domino adquisitum sit, antequam seruum pignori obligaret, an postea: nam quoquo tempore

adquisitum sit, pignori non tenetur, nisi ex manifesta alia conuentione. Denique peculium non sequitur creditorem, cui seruus pigneratur, sicut nec legatarium, cui seruus legatur tantum; *l. si legatus, D. de pecul. leg.* nec emptorem, *l. quotiens, de contrah. empt.* & in fructibus fundi pignerati aliud dicimus, quam in peculio serui pignerati: nam fructus fundi pignerati tacite pignori esse creduntur, si modo percepti sint à debitore, vel herede eius, *l. 3. C. in quibus caus. pign. vel hypoth.* pro qua *l.* in §. *seq.* Accursius adducit male *l. in prædijs, inf. eod. tit.* quæ lex non est de fructibus fundi pignerati, sed de fructibus fundi locati. Itemque partus editi ex ancilla pignerata, tacite pignori esse creduntur, si dominium eorum ad debitorem peruenerit, vel heredem eius, *l. Paulus* §. *1. D. hoc tit. l. 1. C. de part. pignor.* At peculium serui pignerati tacite, non intelligitur esse pignori obligatum. Et ratio hæc est, quia fructus vel partus, ex re ipsa quæ pignerata est, natura proueniunt, & nascuntur. Peculium non nascitur ex seruo ipso, sed ex industria eius, vel negotiatione, vel aduentitio lucro, & peculium res separata est à seruo, nec accessio quidem est serui: ne hoc dixeris, nisi quum seruus pigneratur aut venditur, aut legatur cum peculio. tum accessionis locum obtinet, *l. 2. D. de pecul. leg. l. 2. D. de pen. leg.* At si sine peculio legetur, pigneretur, aut vendatur, sane falsum est, peculium esse accessionem serui: quod tamen hoc loco Angelus imprudenter admittit, & adstruit, alioquin semper peculium sequeretur suum venditum, aut pigneratum, *l. libertorum* §. *vlt. de leg. 3.* Sequitur tertium responsum.

Ad §. cum prædium.

Cum prædium pignori daretur, nominatim vt fructus quoque pignori essent conuenit. eos consumptos bona fide emptor vtili Seruiana restituere non cogetur: pignoris etenim causam nec vsucapione perimi placuit, quoniam quæstio pignoris ab intentione dominij separatur. quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.

PRoponitur in specie huius §. fundum simul ac fructus, qui ex fundo nascerentur, fuisse pignori obligatos: quæ conuentio non est superuacua, quia non sunt fructus omnes fundi tacite pignerati, si ea conuentio non interuenerit, sed ij tantum, vt dixi in secundo responso, qui percipiuntur à debitore, vel herede eius, quia perceptione facti sunt in bonis debitoris. At qui percepti sunt ab alio, veluti à bonæ fidei emptore, cui debitor vel alius fundum creditori obligatum distraxit, non sunt pignori, nisi ex conuentione expressa; At quémadmodum hoc loco proponitur, vbi conuentio expressa intercessit, vt fructus fundi pignerati & ipsi pignori essent, si sint percepti ab emptore bonę fidei, cui debitor vel alius fundum vendidit, ita distinguendum est: Aut ij fructus, quos percepit bonæ fidei emptor, extant, aut consumpti sunt. si extant; eos simul ac fundum emptor creditori agenti vtili Seruiana, id est, hypothecaria restituere cogitur, *l. si fundus* §. *in vendit. in fine, inf. hoc tit.* maxime, vt ait, si fundus credito non sufficiat, si minoris sit fundus, quam id, quod debetur creditori, tum etiam fructus creditori restituendi sunt, & veniunt fructus extantes in actionem hypothecariam, quia & ipsi fructus nominatim pignerati sunt creditori, vt proponitur; & licet nunquam in bonis debitoris fuerint, tamen ex fundo nati sunt, qui in bonis debitoris fuit: sed si consumpti sunt, puta, si eos emptor consumpserit, non tenetur creditori actione hypothecaria eos fructus restituere, eorumve æstimationem. Qui bonæ fidei emptor est, fructus perfecte & ad plenum suos facit cōsumptione, *l. quæsitum, in fine, de adquir. rer. dom. l. sequitur* §. *lana, de vsurp. & vsuc.* §. *si quis à non domino, Instit. de rer. diuis.* Consumptio plenum dominium tribuit bonę fidei possessori. extantium non est plenus dominus, quia vindicari à domino possunt, *l. certum, C. de rei vindic.* Consumptorum autem nulla repetitio vel actio est in bonæ fidei possessorem: ex quo sequitur, consumptione adquisito dominio fructuũ, perimi pignus, quo fructus tenebantur obnoxij ex conuentione expressa, quia eorum nomine creditori nulla superest actio hypothecaria. Inane est pignus, cuius nulla est actio. Atqui huic sententiæ, quamuis sit verissima, obiicit Papinianus, quod vulgo dicitur, vsucapione, quæ est etiam species adquisitionis dominii pignus non perimi, cur tamen perimitur consumptione, inquit? Quærit rationem differentiæ: nam differentia negari non potest. Consumptione fructuum pignus perimitur: vsucapione fundi pignus non perimitur, neque conuentionale, neque prætorium, *l. iusto* §. *non mutat, D. de vsurp. & vsucapion. l. vsucapio, C. de pignorib. l. missio, D. pro empt. l. 2. D. pro her.* Pignus prætorium neque interpellat vsucapionem, neque interpellatur, aut perimitur vsucapione. Eademque est ratio conuentionalis pignoris: ideoque creditori vsucapto fundo pignerato, vel qua alia re, integra est actio hypothecaria aduersus eum, qui vsucepit. Perimitur quidem pignus & actio hypothecaria præscriptione longi temporis, vel longissimi aduersus omnes, *l. creditor, D. de diuersis tempor. præscript. l. 7. & vlt. C. de obligat & action. l. 19. C. de euict. l. 1. & 2. C. si adu. cred.* sed non etiam perimitur vsucapione anni in mobilibus, aut biennij in immobilibus, quod fuit vsucapionis tempus legitimum ex XII. tab. quod sequuti sunt semper in Rep. vsque ad Iustinianum. Dominium, id est proprietas adquiritur vsucapione, non liberatio pignoris, quia res vsucapitur & alienatur alio quoque modo cum sua causa: dominium à pignore seiunctum & separatum est; itemque ab vsufructu, vel alio iure, quod rei cohæreat, *l. locum,* §. *pen. de vsufr. d.* §. *non mutat.* Vis videre, quam ius pignoris, vel ius vsus fructus, vel aliud ius, quod rei cohæreat, sit seiunctum à iure dominij? fieri potest, & fit plerumque, vt in eadem re vnus habeat ius dominij, alter ius pignoris, vel vsusfructus, vel emphyteuseos, vel superficiei; nulla igitur dominium cum hisce iuribus societate coniungitur; & aliud iuris est in legato operarum serui, quod vsucapto seruo perimitur, *l. 2. de vsufr. leg.* quod ad hoc responsum notat Accursius subsistens in ratione reddenda, quæ talis est: qui legatum operarum serui debuit, non seruus, sed heres quasi dominus. & debere desijt igitur amisso dominio serui, puta, vsucapto seruo, nec porro is debet legatum operarum, qui seruum vsucepit, quia ab eo legatum relictum non est. Vsumfructum vero non debet dominus, sed fundus vel res, in qua vsusfructus constitutus est. Quamobrem nec mutatione dominij, sed mutatione rei, vsusfructus perimitur, & pignus similiter, quia rei cohæret, *l. sicut, in princip. D. quib. mod. pign. vel hypot. sol.* Verum adnotandum est ad hæc, hodie vsucapione transformata à Iustiniano, & prolata in longius tempus, iuri antiquo consequens esse, rerum immobilium pignus perimi vsucapione Iustiniana, quia hodie non completur vsucapio rerum immobilium nisi longo tempore, id est, decem annis inter præsentes, & 20. inter absentes, quo etiam perimitur pignoris causa rerum etiam mobilium vsucapione, quæ hodie est triennij: olim ante Iustinian. fuit anni, & eius iuris vetustissimi etiam vestigium remansit in *l. cum sponsus* §. *pen. de Pub. in rem. act.* illo loco, *nondum anniculo.* rerum, inquam, mobilium vsucapione Iustiniana, contra quam Accurs. sentiat etiam hodie perimi etiam pignerationē hisce rationibus: nam præscriptionem longi temporis, quæ hodie vsucapio est, inuenio requiri tantum in rebus immobilibus ad tollendam actionem hypothecariam, non in mobilibus;

& par est atque conueniens productionem temporis factam à Iustiniano, qua omnium rerum vsucapionem produxit in longum tempus, eandem vim habere in mobilibus, quam immobilibus, vt & directam vindicationem perimat, & hypothecariam, ac si iure veteri (quod est verisimile obtinuisse) etiam rerum mobilium pignus perimeret præscriptio triennij. Secundum hæc autem quæ diximus, Papinianus, hoc loco statuit, consumptione fructuum pignus extingui, quamuis & eo genere bonæ fidei possessor dominium fructuum adquirat, vsucapione tamen prædij pignus non extingui, reddita ratione differentiæ huiusmodi, quia facilius dominij adquisitione perimitur pignus fructuum perceptorum ab alio, qui nunquam fuerint debitoris, quam pignus prædij, quod fuit semper in bonis debitoris. Et hæc est sententia huius responsi, ad quod multa quærit B Accurs. sed ex eis iam enarratio huius responsi multa profligauit. Restant quædam quæstiones Accurs. ad hoc responsum, de quibus tractabimus die proxima. Ex tertio responso, quod est in *l. 1. de pign.* intelleximus, fundo & fructibus, qui ex eo nascerentur, nominatim pignori obligatis, fructus perceptos à bonæ fidei emptore, si extent venire in actionem hypothecariam, si consumpti sint, non venire. Consumptione perimi pignus fructuum, quasi infirmius, quod fructus illi nunquam fuerint in bonis debitoris. Vsucapione tamen, quæ non minus perficit dominium fundi, quam consumptio dominium fructuum, non perimi pignus fundi, quia semper fundus fuit in bonis debitoris, & firmius est in fundo ius pignoris, quam in fructibus. Ad hæc duæ ab Accursio quæstiones proponuntur. C

Prima quæstio Accurs. hęc est. Vsucapto fundo si creditor ab eo, qui vsucepit actione hypothecaria fundum auocauerit, vt potest, quia pignus non est peremptum vsucapione, an creditor debitori offerenti pecuniam debitam, teneatur actione pigneratitia, quæ de pignore restituendo datur, vt restituatur debitori absoluto creditore? Mouet dubitationem, quia fundus desiit esse in bonis debitoris, & vsucapione factus est alterius: neque tamen ideo debitori si offerat debitum, deneganda est actio pigneratitia: nam etsi ab initio debitor in causam pignoris rem alienam tradidisset, vel si rem alienam à debitore pignori oppositam, creditor per iniuriam & sordes, vel per errorem iudicis domino abstulisset, edita actione hypothecaria, quamuis pignoris obligatio non consistat, tamen soluta omni pecunia debita, debitori aduersus creditorem competeret actio pigneratitia, vt est proditum in *l. 9. §. pen. sup. de pign. act. l. rescriptum §. pen. D. de distr. pign.* Et si hoc ita procedit, D cum pignus non consistit, puta, re aliena pignori data, & multo magis, quum pignus consistit, puta, re sua pignori data, quę postea vsucapta sit: nam quodcunque per obligationis occasionem euenit, quodcunque per occasionem contingit obligationis qualis qualis, iustæ vel iniustæ à debitore interpositæ, id æquius est debitori, quàm creditori proficere, *d. l. rescriptum §. 1. arg. l. is, qui alienum, D. de solut. & l. qui alienam, in princ. de euict.* nec quidquam interest debitor mala, an bona fide rem alienam quasi pignori dederit: nam & prædoni, id est, malæ fidei possessori, & furi datur actio pigneratitia soluto debito, *l. si pignore §. si prædo, sup. de pignor act.* sicut datur etiam prædoni, & furi commodati actio, E quia & interest eius, eo quod domino tenetur, *l. commodare, & l. seq. sup. commod. l. 1. §. si prædo. D. depos.* quas etiam Accurs. addit hoc loco. Et ita explicita est prima quæstio. Altera quæstio Accursij hæc est, an restituta re pignerata debitori per actionem pigneratitiā ei, qui eam rem vsucepit, vlla sit actio cum debitore qui rem recuperauit? Et constat esse in rem actionem, vsucapio parit in rem actionem, & locupletat eum, qui vsucepit cum damno alterius, *l. 18.* coniuncta *l. seq. sup.*

A *ex quib. cau maior.* Ergo frustra rem à creditore repetierit debitor actione pigneratitia omni pecunia soluta, si postea dominus, id est, qui eam rem vsucepit, eam à debitore iure suo vindicet? Sane ita est, frustra repetierit rem pigneratitio iudicio, si is, qui vsucepit iure suo vti velit: neque enim vllo remedio potest se debitor tueri aduersus eum, qui rem vsucepit: non si forte creditor in accipienda pecunia debita, debitori cessit actione hypothecaria. Hoc remedium non est idoneū, quia, vt & Accursius animaduertit, inutilis ea cessio est: nec enim, vt & idem Accursius præcidit in *l. vlt. C. de hered. vel act. vend.* cedi potest actio hypotehecaria sine principali, nec nisi omni iure nominis cesso, vt in *l. pen. inf. de distract. pign. l. emptori, sup. de heredit. vend.* Competere quidem potest actio hypothecaria quibusdam B casibus ei, qui desiit habere personalem, vt in *l. 1. & 2. C. de luit. pign. & l. debitor, D. ad Trebell.* sed non potest cedi, aut competere actio hypothecaria, ei qui nunquam habuit in seipsum, nec cedi ei potest vtiliter, quoniam cessione confunderetur, eodem & debitore & creditore constituto eiusdem pecuniæ: ergo & hypothecaria eidem debitori vtiliter cedi non potest. Nec obstat lex *in creditore, D. de euict.* quoniam in ea l. actio personalis non ceditur debitori, sed emptori pignoris, non proponam speciem, quoniam est apertissima. Nihil etiam obstat *l. mulier, D. qui pot. in pign.* cuius species necessario exponenda est. Mulier marito dedit fundum suum in dotem, quem creditori pignerauerat. post mortuæ vxori in matrimonio ex testamento heredes extiterunt maritus & liberi, ex eo & ex alio C marito nati: creditor actione hypothecaria vindicat fundum à marito, qui eum iuste possidet ex causa dotis, quoniam pręmortua vxore dotem lucratur, & aduentitiam & profectitiam, si pater non sit; & creditori vindicanti fundum actione hypothecaria maritus offert pecuniam debitam. oblatione debiti creditor remouetur à vindicatione pignoris, ab actione hypothecaria, & remoueretur etiam offerente iniusto possessore, *l. Paulus §. vlt. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* quæ est coniungenda cum *d. l. mulier.* Non tamen iniustus possessor offerendo pecuniam, creditorem etiam cogere potest, vt sibi cedat ius nominis, iniustus possessor creditorem remouere potest à vindicatione pignoris, cogere non potest ad cessionem nominis, quia qui iniuste possidet cessionarius, vel procurator in rem suam D iustus esse non potest. maritus est iustus possessor, prædo non iuste possidet; at maritus quia iustus possessor est, vt paulo prius dixi, creditorem compellere potest, vt sibi cedat ius nominis, non tantum vt recedat à pignore, sed etiam vt sibi cedat ius nominis, personalem actionem scilicet, quia cum maritus sit morte vxoris factus plenus dominus fundi dotalis, consequenter non potest ei in suo fundo cedi ius pignoris: res mea non potest mihi esse pignori, *l. neque pignus, de reg. iur.* At recte marito ceditur actio personalis aduersus coheredes, id est, liberos ex se & alio natos. ceditur marito, fateor. Sed vt respondeam, quum marito ceditur, non ceditur debitori in solidum, sed debitori pro parte tantū hereditaria, atque adeo non ceditur pro sua parte, pro E qua cessio inutilis esset ratione confusionis, sed ceditur actio personalis pro partibus coheredum, & recte. Præterea notandum est, non posse etiam aduersus vsucapionem debitorem eo se remedio tueri, quod protulit Accursius hoc loco, nec Bartolus probat, videlicet, si debitor creditori rem pigneratam dederit in solutum, quia hoc modo debitor rem gesserit domini, id est, eius qui vsucepit potius, quam creditoris vel suam: nam actionem vtilem negotiorum gestorum de pretio in se domino parauerit, si dominus ratam faciat dationem in solutum, *l. 3. C. de neg. gest.* Est enim datio in solutum similis emptioni & venditioni, vel dominus ratā non faciat

dationem

dationem in ſolutum, ei in creditorem parauerit efficacem in rem actionem pignore dato in ſolutum, creditore iam non poſſidente iure pignoris, ſed titulo pro ſoluto: ac proinde ſublato iure pignoris, etiam rei alienæ datio in ſolutum, ſicut venditio, valet; & alio iure eſt ſolutio, alio datio in ſolutum. Solutio rei, pecuniæue alienæ non valet nec liberat debitorem priſtina actione, *l. etiam, l. qui ſibi, de ſolut.* datio in ſolutum liberat priſtina actione, etiam ſi res aliena data ſit, ſed re euicta creditori competit actio ex empto de euict. *l. 4. C. de euict.* quia datio in ſolutum emptioni venditioni adſimilatur. Et ita ſunt definiendæ hæ duæ quæſtiones Accurſij.

Ad §. pacto.

Pacto placuit, vt ad diem vſuris non ſolutis, fructus hypothecarum vſuris compenſentur fini legitimæ vſuræ, quamuis exordio minores in ſtipulatum venerint, non eſſe tamen irritam conuentionem placuit, cum ad diem minore fœnore non ſoluto, legitimæ maiores vſuræ ſtipulanti recte promitti potuerunt.

IN §. *pen.* proponitur hæc ſpecies; Creditor crediti nomine accepit hypothecas, & ſtipulatus eſt vſuras trientes ad diem certum ſolui, addito pacto, vt ſi debitor ad diem non ſolueret vſuras trientes, fructus hypothecarum creditor compenſaret, & retineret in vicem vſurarum, *fini* tamen, vt ait, *legitimæ vſuræ*, id eſt, centeſimæ, non ſupra centeſimam: nam & quod ſupra modum licitum excederet, quod centeſimam excederet, pro non adiecto eſſet, *l. pecuniæ, & l. placuit, D. de vſur.* Et Papin. ait, hanc pactionem, vt minoribus vſuris ad diem non ſolutis, fructus hypothecarum retinerentur ad finem centeſimæ vſuræ, qua nulla eſt grauior, hanc pactionem eſſe iuſtam & ratam: nam ſtipulatio maiorum vſurarum ſub conditione concepta, ſi minores, de quibus initio conuenit, ad diem non ſoluantur, valet, vt ait, idemque repetit Papinian. hoc ipſo libro in *l. pecuniæ, & §. 1. inf. de vſur.* ſi rata eſt illa ſtipulatio, rata quoque eſt quæ ei ſimilis eſt pactio ſuperior: & quamuis non ſit quidem ex ea pactione petitio vſurarum, erit tamen retentio hypothecarum ſiue fructuum ad finem legitimæ vſuræ, vt *l. per retentionem 4. & l. pignoribus, C. de vſur.* Quæ eſt ſententia h. §. Dixi, quod excedit legitimam vſuram eſſe inutile, & pro non adiecto haberi: & ideo pacto placuiſſe, vt fini tantum legitimæ vſuræ fructus hypothecarum vſuris compenſarentur. Quid igitur ſi ſit contracta ἀντίχρησις, vt vocatur ab auctoribus noſtris, id eſt, ἀντὶ τῶν τόκων χρῆσις, puta, ſi actum ſit, vt fructus hypothecarum retineantur, & compenſentur in vicem vſurarum, hæc conuentio vocatur ἀντίχρησις, & valet iure ciuili, etiamſi quo anno fructus excedant finem legitimæ vſuræ, propter incertum prouentum fructuum, qui ſæpe fruſtrantur dominos, *l. ſi ea lege, C. de vſur.* Verum in ſpecie propoſita non eſt contracta ἀντίχρησις, quia non eſt actum ſimpliciter, vt fructus in vicem vſurarum perciperentur, nullis ante vſuris in ſtipulationem deductis, quo genere ἀντίχρησις contrahitur, ſed actum eſt, vt in vicem vſurarum, quæ in ſtipulationem deductæ erant, ſi non ſoluerentur ad diem, fructus retinerentur ad finem legitimæ vſuræ, quæ res indicat, animum fuiſſe creditori contrahendi fœnoris, non contrahendæ ἀντιχρήσεως; quia quum ἀντίχρησις cõtrahitur, nullæ vſuræ ſpecialiter in ſtipulationem deducuntur.

Ad §. vltimum.

Cum prædium vxor viro donaſſet, idque prædium vir

A *pignori dediſſet, poſt diuortium mulier poſſeſſionem prædij ſui recuperauit, & idem prædium ob debitum viri pignori dedit. In ea duntaxat pecunia recte pignus à muliere contractum apparuit, quam offerre viro debuit meliore prædio facto, ſcilicet ſi maiores ſumptus quam fructus fuiſſent, quos vir ex prædio percepit. Etenim in ea quantitate proprium mulier negotium geſſiſſe, non alienum ſuſcepiſſe videtur.*

IN §. vlt. proponitur. vxor prædium viro donauit, idque vir creditori ſuo pignori dedit: donatio prædij non valet, quæ facta eſt conſtante matrimonio. Ergo nec pignus valet, quia rei alienæ pignus nullum eſt. At finge, diuortio facto mulier prædium vindicauit, vtpote neque donatione valente, neque pignore *l. ſi ſponſus §. vlt & l. ſi ſponſa ff. de donat. int. vir. & vxor.*
B Et rurſus mulier ipſa idem prædium ob debitum viri, à quo diuerterat, pignori obligauit. Interceſſit igitur pro marito: nam datio pignoris interceſſionem facit, *l. quamuis, in pr. ſup. ad Velleian. l. 4. C. eod. tit.* Sed finge rurſus, marito debere mulierem ſumptus meliorati prædij, quos vir fecit in prædium, quamdiu eo fruitus eſt, vt prædium faceret melius & luculentius. Finge igitur, mulierem debere marito meliorationes, vt loquimur, prædij donati, quod ipſa reuocauit, forte quia ij ſumptus longe exuperant fructus à viro ex prædio perceptos. Et hoc caſu compenſata concurrente quantitate fructuum perceptorum, & meliorationum factarum in prædium, in ſuperfluo ſumptuum, quod viro mulier debet, conſiſtit pignus prædij conſtitu-
C tum à muliere propter debitum viri: neque pro ea quantitate, id eſt, pro ſuperfluo ſumptuum pignus infirmatur Senatuſconſulto Velleiano, quia in ea quantitate mulier non intelligitur interceſſiſſe pro marito, ſed ſuum negotium geſſiſſe, quia erat obligata marito, vt in *l. ſi mulieri dederim, ſup. ad Senatuſc. Velleian.* Illud maxime notandum eſt, ſumptus meliorati prædij vxori, quæ prædium donatum reuocat, reputari vtiles ſcilicet, vel neceſſarios, vt in *l. ſed ſi vir, §. ſi vir, de donat. inter vir. & vx. l. ſin autem §. pen. in fi. D. de rei vind.* ſicut eos quoque ſumptus conductor reputat locatori, *l. pen. ſup. loc.* & bonæ fidei emptor venditori, *d. l. ſin autem §. pen. l. ſi prædium, C. de præd. minor.* non etiam malæ fidei emptor, *l. 3. & vlt. §. pen. C. comm. de leg.* Sumptus ergo meliorationum non repu-
D tari vxori, ſed compenſari, vt ait, cum fructibus à marito medio tempore perceptis: nam fructus ex prædio donato ſuis operis adquiſitos maritus ſane ſuos facit, *l. fructus, D. de vſur.* ſed compenſat cum meliorationibus. Qua in re hic §. maxime notandus eſt.

Ad l. 3. qui pot. in pign. hab.

Creditor acceptis pignoribus, quæ ſecunda conuentione ſecundus creditor accepit nouatione poſtea facta, pignora prioribus addidit. Superioris temporis ordinem manere, primo creditori placuit, tanquam in ſuum locum ſuccedenti.

E TRia ſunt reſponſa in hac l. 3. quæ explicabimus, & primi quidem ſpecies eſt huiuſmodi: Fundum Tuſculanum meum Titio primum, qui mihi crediderat centum aureos, in eam ſummam obligaui; deinde eundem fundum obligaui Caio ſecundo creditori; poſt nouata obligatione, qua tenebar Titio, aliis centum aureis mihi ab eo creditis, & vtraque pecunia cumulata in eandem ſummam & obligationem, eidem Titio eundem fundum Tuſculanum cum aliis quibuſdam fundis pignori obligaui, auxi poſteriorem obligationem quantitate debiti, & additis aliis pignoribus; ve-

rum feci hanc nouationem post obligationem contractam cum Caio, vt Caius videatur esse prior in causa pignoris fundi Tusculani. Quæritur, in distractione & persecutione fundi Tusculani, tam Caio quam Titio obligati, an Caio Titius potior sit? Quod prima facie non videtur, quia tametsi exordio Titius fuerit prior in hypotheca fundi Tusculani, postea tamen cœpit esse posterior nouatione facta. Et tamen aliud Papinia. iudicium est, qui respondet, Titium esse potiorem in fundo Tusculano, quasi nouatione facta mutarit obligationem tantum, aucta quantitate debiti, & additis aliis pignoribus, non etiam locum & ordinem suum, non priuilegium prærogatiuamque sui temporis. Quod attinet ad causam fundi Tusculani pro primis centum aureis obligati, quia, vt ait, in eius pignoris causa, in suum ordinem, & locum Titius successisse intelligitur, id est, in priorem locum; aut noua obligatione locum pristinum non amisit, vel amissum mox recepisse. Et hæc est Papiniani sententia, quam ex hoc ipso libro Marcianus refert in *l. 12. §. Papinian. hoc tit.* hoc addito ex eodem responso, quod hoc loco relictum est imperfectum, Posteriore creditore, id est, Caio non offerente pecuniam debitam Titio, nec hac ratione succedente loco Titij, sibique confirmante pignus, Titium iure suo posse distrahere fundum Tusculanum. Ita vt primam tantum pecuniam, quod maxime notandum, expensam ferat, id est, prima centum, quæ mihi credidit, antequam eundem fundum obligarem Caio, non etiam secundam pecuniam, id est, alia centum, quæ postea credidit mihi: quoniam in prima tantum pecunia iure hypothecæ persequenda, non in secunda, Caio Titius præfertur. Itaque si Titius ex distractione, vel venditione fundi Tusculani redegerit 120. debet centum expensa ferre, quasi à se mihi credita primum, & 20. quæ supersunt restituere Caio secundo creditori. Qua actione vero? Non condictione ex lege, non officio iudicis, non actione in factum, vt incertus, & hæsitans Accurs. tradit, sed vtili hypothecaria, quasi superfluo, id est, eo, quod plus esset in pretio fundi Tusculani Caio obligati, cui idem fundus pigneratus est, vt in *l. pen. h. t.* vbi illud superfluũ eleganti nomine appellatur *hyperocha, la plus value.* Igitur illa 20. quæ supersunt, persequetur Caius actione hypothecaria, quasi ὑπεροχὴν fundi sibi obligati. Nec ab hac sententia discrepat, quod ex eodem Papin. proponitur in *l. 1. tit. seq.* Nam & in eius l. specie fundo specialiter Titio obligato in centum, deinde Caio generaliter omnibus bonis, ac postea nouatione facta etiam Titio obligatis omnibus bonis, ob alium, vel ob eundem contractum, Titius iure suo eum fundum vendere potest, & ex pretio ferre centum duntaxat. superfluum si quod sit, seruare Caio, cui cętera bona omnia pignerata sunt prius quam sibi. & lex ea tantum tractat de venditione cæterorum bonorum à Titio non iure facta, quæ bona Caius à quocumque possessore persequi potest actione hypothecaria: nullam vero in personam actionem habet in Titium eo nomine, puta quod cætera bona non iure vendiderit. Et hæc tantum pertinent ad primum responsum.

Ad §. cum ex causa.

Cum ex causa mandati prædium Titio cui negotium fuerat gestum, deberetur priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit: post traditam possessionem idem prædium alij denuo pignori dedit. prioris causam esse potiorem apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, soluisset. Verum in ea quantitate quam soluisset, eiusque vsuris, potiorem fore constaret: nisi forte prior ei pecuniam offerat. quod si debitor aliunde pecuniam soluisset, priorem præferendum.

A SEcundi responsi species hæc est: mandaui tibi, vt prædium mihi emeres. emisti & tibi traditum est tuo, non meo nomine. si meo nomine, meum esset effectum, *l. si procurator, D. de adqui. rer. dom. l. qui mihi, D. de donat.* At quia tuo nomine tibi traditum est, traditione factum est tuum, non meum, sed tu id mihi ex causa mandati tradere debes, & cum tradideris, tunc fiet meum, *l. res, D. de adquir. rer. dom. l. 2. C. de iis, qui à non dom. manum. sunt.* verum antequam traderes, id ego prædium Titio pignori dedi, vt ait, id est, pacto obligaui, non dedi re ipsa, id est, non tradidi, & ita, pignori dare, sæpe accipitur in iure
B nostro, sicut in dotem dare, dandi verbo demonstrato placito, demonstrata conuentione, non traditione corporali. Ergo prædium, quod mandatu meo emisti, antequam id mihi tradidisses pignori obligaui, & valet obligatio, quia prædium, etsi nondum sit meum est tamen mihi debitum ex causa mandati, *l. 1. in pr. sup. de pignor.* At finge: postea tu mihi prædium, quod emeras, quodque iam Titio pigneraueram, tradidisti, & post traditionem idem ego prædium Caio denuo pignori dedi, & tradidi; Quæritur, quis in eo prædio iure hypothecæ sit potior, Titius, an Caius? mouet quæstionem, quod Caio priori pignus tradidi, Titius, prior est conuentione, Caius traditione; & constat, quamuis Caio priori res tradita sit, Titium ei præferri, cui conuenta, non tradita est, l. 12. §. *vlt. D. h. t.*
C Et alia ratio est in venditione, si primo fundum vendidero, secundo vendidero & tradidero, hoc casu secundus est potior, quia traditio eum fecit dominum rei venditæ, *l. qui tibi, C. de hered. vendit.* In pignore autem traditio nihil facit, nihil adijcit, nec eo quicquam magis augetur ius pignoris, sed melius semper ius eius est, potentiusque cui prior res pacto obligata est, ex quo pacto nascitur actio iure prętorio: est pactum legitimum: melius, inquam, semper est ius eius, cui priori res pacto obligata est, licet tradita non sit, traditio non auget ius pignoris. Verum quod ait Papin. hoc loco, In pignore priuilegio temporis Titium esse potiorem, hoc, quemadmodum idem explicat subtiliter, ita procedit, si tu, qui prædium mihi emisti mandatu meo pretium venditori soluisti ex tuis vel alienis
D nummis: nam si pretium soluisti ex nummis Caij, quos scilicet Caius mihi credidit sub pignore eiusdem prædij, vt ex eius nummis venditori solueretur pretium, hoc casu certum est Caium in ea pecunia & vsuris medij temporis esse potiorem, quia eius pecunia prædium comparatum sit, idemque prædium eo nomine ei specialiter pignori nexum, vt in *l. licet, C. qui pot. in pign. l. 13. C. de pign. l. 5. §. plane, sup. de trib. act. l. potior, h. t. in pr. & Nou. 97.* Hoc igitur casu Caium præferri Titio, *nisi*, vt subijcit, *Titius Caio eam pecuniam offerat.* Hoc enim modo Titius succedit in locum Caij, & sibi confirmat pignus. Et hæc est sententia huius responsi ab Accursio non intellecta, qui fingit me procuratori, cui mandaui, vt prædium emeret, idem prædium
E pignerasse, quod lex nullo modo dicit, vel subiicit. Item fingit, procuratorem pretium prædij soluisse de suo, cum lex dicat, id soluisse, hoc est, *numerasse*: sæpissime, *soluere*, pro *numerare*, & contra, *numerare*, pro *soluere*: cum, inquam, lex dicat, pretium soluisse, id est, numerasse, secundum creditorem procuratori, vt id scilicet procurator solueret venditori, non quasi debitum procuratori, cui nihil debuit quique debitor ipse tantum fuit prædij ex causa mandati ante traditionem. Quod autem statuit Accurs. dominio prædij procuratori adquisito per traditionem, procuratorem habere retentionem quasi pignoris loco quoad sibi pretium soluatur, si id dedit de suo. Id equidem facile concederem exemplo *l. Iulianus, §. offerri, sup. de act.*

emp. Res mea mihi non poteſt eſſe pignori, fateor: ſed poteſt eſſe quaſi pignori, ſi mihi ius ſit rei meæ retinendæ, quam alij debeo, *d.* §. *offerri*. Sed dicerem male id Accurſium colligere ex *l. 1. tit ſeq.* quam adducit, quæ non loquitur de procuratore, qui rei dominium adquiſiuit, quem potius excludit ea lex, & ſecernit his verbis *citra emptionem*; ſed loquitur de procuratore voluntario, qui rem amici ſui ſuis nummis pignore liberauit, cui dat eius rei retentionem, non perſecutionem iure pignoris. Reſtat tertium & vltimum reſponſum, eſt que breuius.

Ad §. vltimum.

Poſt diuiſionem regionibus factam inter fratres, conuenit, vt ſi fratres agri portionem pro indiuiſo pignori datam à creditore ſuo non liberaſſet, ex diuiſione quæſitæ partis partem dimidiam alter diſtraheret. pignus intelligi contractum exiſtimaui, ſed priorem ſecundo non eſſe priorem, quoniam ſecundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam vltra partem ſuam frater, non conſentiente ſocio non potuit obligare.

FAcito, fundum eſſe communem inter fratres, primum & ſecundum, & omnia bona paterna pro indiuiſo. Primus partem ſuam dimidiam, quam in eo fundo habuit pro indiuiſo, creditori ſuo obligare poteſt, non etiam partem alteram, quam habet frater etiam pro indiuiſo ſine voluntate ſocij pignerare poteſt. Hoc eſt notiſſimum, *l. 1. C. ſi commu. res pign. data ſit.* Pone igitur primum obligaſſe partem ſuam pro indiuiſo, & poſtea accepto arbitro familiæ erciſcundæ, vel communi diuidundo, & diuiſione bonorum facta inter fratres conſortes, certis regionibus eum fundum fratres inter ſe partitos ex æquo: poſt hanc diuiſionem, ne dicas eam tantum partem eſſe obligatam creditori primi, quæ obtigit primo, diuiſio non mutat cauſam pignoris, ſicut nec vſucapio, nec venditio, nec alienatio vlla; Ab initio autem ante diuiſionem pars fundi eius dimidia pro indiuiſo creditori obligata fuit. Ergo & poſt diuiſionem eadem pars creditori pro indiuiſo obligata manet, quo fit, vt non tantum partis, quæ in eo fundo obtigit primo, ſed etiam partis quæ obtigit ſecundo, pars dimidia, dimidiæ dimidia pro indiuiſo creditori maneat obligata: Et ita eſt proditum in *l. 7.* §. *vlt. inf. quibus modis pign. vel. hypot. ſolu.* Et ratio hæc eſt, quia primus, non quam partem in fundo nunc habet, quæ certa eſt, & certis finibus ſiue regionibus circumſcripta pignori obligauit, ſed eam, quam tum habuit: habuit autem tum partem etiam in fratris conſortis parte, quæ nunc ei obtigit, partem pro indiuiſo ſcilicet, quæ pars incerta eſt, quia non poteſt ſenſibus percipi, aut digito demonſtrari: ſed percipitur intellectu tantum, & abſtrahitur: pars pro diuiſo oculis percipitur, & cerni & tangi poteſt, pars pro indiuiſo nec cerni, nec tangi poteſt, & occupat totam rem, *l. placet, ſup. quib. mod. vſuſf. amitt. l. 1.* §. *hoc interdictum vti poſſid.* Quamobrem proponitur in ſpecie huius §. in diuiſione fundi conueniſſe inter fratres, vt ſi primus non lueret fundi partem à creditore ſuo, cui eam obligauit pro indiuiſo; ſecundo vt liceret partis quę ex diuiſione obtigit primo partem dimidiam pro indiuiſo diſtrahere, permiſſa diſtractio eius partis, quod maxime notandum, eſt argumentum contracti pignoris, id eſt permiſſum ſecundo intelligitur, vt eam partem diſtraheret iure pignoris, ſi ceſſaret primus in luenda parte dimidia pro diuiſo partis certæ, quæ obtigit ſecundo, quam vtique debet primus ei præſtare immunem & liberam, quaſi obligatus de euictione: nam diuiſio vicem emptionis obtinet, *l. 1. C. comm. vtriuſq. iud.* Erit autem

A ſecundus in eo pignore potior creditore primi, quamuis creditor primi ſit prior, quia ſcilicet, vt etiam docet in l. 2. *huius tit.* ſecundus in eo pignore non tam eſt potior, quam ſolus, id eſt, in eo pignore creditor primi, ſecundo non concurrit. Denique ſecundus in eo eſt ſolus, quia ſcilicet non partem iam obligatam creditori ſuo primus ſecundo pigneraſſe intelligitur permiſſa diſtractione, in qua creditor eſt prior & potior, ſed partem, quam neque pignerauit, neque pignerare potuit creditori, inuito ſecundo fratre ſuo, id eſt, partem dimidiam pro indiuiſo, quæ ex diuiſione obtigit primo; ſic hæc pactio ſiue conuentio accipienda eſt, cuius argumentum præbet, quod premiſſa diſtractio eſt ſecundo: nam ſi diceres videri pigneratam ſecundo partem dimidiam pro

B diuiſo partis, quę obtigit primo, videretur id pignus directum ad eam partem, quæ obligata eſt creditori primi, nec in ea potior eſſet ſecundus. Et ita explicanda eſt hæc lex.

Ad l. 4. de diſtract. pign.

Cum ſoluendæ pecuniæ dies pacto profertur, conueniſſe videtur, ne prius vendendi pignoris poteſtas exerceatur.

IN hac lege oſtenditur, prolato die ſoluendę pecuniæ pacto conuento, *ne pecunia, quæ debetur petatur intra certum diem*, ſiue id ita conuenerit ab initio, ſiue

C aliquanto poſt creditam pecuniam, etiam tacite prolatum videri ius vendendi pignoris in eam cauſam obligati, nec poſſe diſtrahi pignus ante diem ſoluendæ pecuniæ, quod confirmat etiam *l. 6.* §. *1. quib. mod. pign. vel hypot.* Aliquid tamen intereſt, pactum ſit perpetuum, puta, ne omnino pecunia petatur, an temporale, puta, ne petatur intra certum diem; nam ſi pactum ſit perpetuum, id etiam pacto tacite ineſt, ne creditori ſit perſecutio pignoris, & tollitur actio hypothecaria per exceptionem pacti, *l. ſi tibi* §. *de pignore, ſup. de pact.* Actio hypothecaria naſcitur ex pacto ipſo iure, quaſi legitimo pacto, id eſt, iure prætorio: non tollitur autem actio hypothecaria pacto conuento ipſo iure, vt actio furti, vel iniuriarum ex duodecim tabulis *d. l. ſi tibi*, §. *1.* ſed oppoſita exceptione pacti, *d.* §. *de pignore.*

D At ſi pactum ſit temporale, quo dies ſoluendæ pecuniæ differatur vel proferatur, videtur tantum dilata vel prolata venditio pignoris, non etiam perſecutio, quia creditoris intereſt pignori incumbere, vt in tuto ſit creditum, *l. quæſitum, ſup. de pignor.* Plus eſt cautionis & ſecuritatis in pignore, quam in perſona, *l. 25. de reg. iur.* in re quam in perſona, *l. eos, C. de pignor,* §. *furti autem, Inſtitut. de obligation. quæ ex delict.* Quamobrem, non perſequendi, ſed vendendi pignoris tantum poteſtatem Papinianus ait hoc loco ante diem ſoluendæ pecuniæ exerceri non poſſe.

Ad leg. 1. quibus modis pign. vel hypothec. ſoluitur.

E

Debitoris abſentis amicus, negotia geſſit & pignorat citra emptionem, pecunia ſua liberauit, ius priſtinum domino reſtitutum videtur. Igitur qui negotium geſſit, vtilem ſibi Seruianam dari non recte deſiderabit, ſi tamen poſſideat, exceptione doli defenditur.

IN hac lege ſunt tria reſponſa; in primo oſtenditur, procuratorem voluntarium ſiue negotiorum geſtorem, qui amici ſui pignora creditoribus obligata ſuis nummis liberauit, ius priſtinum amico reſtituiſſe, id eſt, pignora ita liberaſſe, vt nec ei eo nomine teneantur obnoxia, nec eius propria efficiantur, ſed plena & libera

domino restituantur. Ideoque nec earum rerum, quas amici causa liberauit persecutionem ei dari, quasi taciti pignoris iure per actionem hypothecariam, si eas non possideat, vel si possessionem earum amiserit, sed dari retentionem tantum, si eas res possideat opposita exceptione doli mali, domino eas res vindicante, quoad dominus pecuniam absoluerit, qua res liberauit: habet etiam eius pecuniæ repetendæ actionem negotiorum gestorum, *l. res, C. de pignor.* Et recte ponit Papinianus, eas res negotiorum gestorum liberasse, retulisse, repignerasse *citra emptionem*: nam si eas emit à creditore iure suo distrahente pignora, si emit, vt extraneus quilibet, dominus rerum efficitur, & earum persecutionem habet amissa possessione, non iure pignoris, sed iure dominij directo. Et alia est causa fideiussoris, vel secundi creditoris, qui emit pignora à primo creditore, quoniam ij dominium pignorum non nanciscuntur, sed succedunt tantum in locum creditoris, à quo pignora redemerunt, quia non tam adquirendi dominij, quam in se transferendorum pignorum causa, ea pignora emisse videtur, vt *l. 2. & l. 5. §. vlt. & l. 6. sup. tit. prox. l. 3. sup. qua res pign. oblig. poss.* Et habent igitur actionem hypothecariam, non directam vindicationem.

A

B

Ad §. cum venditor.

Cum venditor numerata sibi parte pretij prædium, quod venierat, pignori accepisset, ac postea residuum pretium emptori litteris ad eum missis donasset, eoque defuncto donationem quibusdam modis inutilem esse constabat: iure pignoris fiscum frustra petere prædium, qui successerat in locum creditoris, apparuit, cuius pignoris solutum esse pactum prima voluntate donationis constabat, quoniam inutilem pecuniæ donationem lex facit: cui non est locus in pignore liberando.

C

SEcundi responsi species hæc est: prædij venditi à me & traditi pretium mihi emptor pro parte soluit, & reliqui pretij idem prædium pignori dedit. post emptori per epistolam donaui reliquum pretium, reliquam partem pretij, quo modo donationem recte fieri ostendi libro superiore ad *l. 48. de adquir. possess.* Et donatione residui pretij, cuius nomine prædium obligatum est, constat solui pignus, solui pactum pignoris, vt ait, & prædium liberari. At quid fiet, si post mortem meam constiterit, eam donationem quibusdam modis, rationibusve inutilem esse vel ex l. Cincia, quæ fuit de donationibus, vel ex constitutionibus. Facito, me donasse post contractum capitale crimen, quæ donatio sequuta condemnatione inutilis est ex constitutione Seueri & Antonini, *l. post contractum, D. de donat.* & me capitis fuisse damnatum, ac proinde fiscum mihi successisse, quod etiam hoc loco proponitur; Quæritur, an fiscus possit prędium persequi actione hypothecaria, quasi per donationem inutilem non soluto vel perempto pignore? Et Papinianus ita respondet, *iure pignoris fiscum frustra petere prædium apparuit*, id est, visum mihi est, vt in *l. 3. §. sup. qui pot. in pign.* Prioris causam potiorem esse apparuit. Cur vero fiscus frustra prædium petit iure pignoris? Cur frustra agit actione hypothecaria? quia vt declarat lex, siue constitutio Seueri & Antonini, lex pro constitutione, vt in *l. tutor, sup. de pign. act. & l. lex, C. de administ. tut.* quia, *lex*, inquit, *donationem tantum pecuniæ siue residui pretij inutilem & irritam facit*, non etiam liberationem pignoris, quę donationi inest, quia ea liberatio non nascitur ex donatione ipsa, quæ inutilis est, sed ex nuda voluntate & pactione, quæ vtilis est, licet donationi inutili insit: nam etsi residui pretij donatio non valet, vt donatio, valet tamen vt nuda voluntas, nudave pactio, *l. Modestinus, D. de donat.* sicut acceptilatio inutilis valet vt pactio, *l. an inutilis, de acceptilat. l. si vnus. §. pen. de pact. l. cum emptor, de rescind. vend.* Pacto autem certum est remitti pignus, nec eam solam remissionem pignoris, quæ fit pacto, videri esse donationem, *l. 18. quæ in fraud. credit.* qua ostenditur, recte virum vxori, vel contra, vxorem viro remittere pignora, quia ea remissio non intelligitur esse donatio, propterea quod integra manente principali obligatione, nihil ob eam rem ex patrimonio eius, qui pignus remittit, abscedit, nec de suo quicquam largitur. Huic autem responso Papiniani Accursius opponit *l. debitum, C. de remiss. pign.* qua se expedire nequit. lex ait, debito remisso per inutile pactum, & debiti, & pignoris remissionem nullam esse. nihil est facilius, per pactum inutile remissæ sortis non remittitur pignus, fateor; at per donationem inutilem, vt hoc loco, pignus remittitur, non donationis, quæ est inutilis, sed pacti potestate, quod non est inutile, quamuis inutili donationi insit. Et ita ad eam legem respondendum est, Glossa omni circumscripta Accursij.

Ad §. vltimum.

Defensor absentis cautionem iudicatum solui præstitit. in dominum iudicio postea translato, fideiussores ob rem iudicatam, quos defensor dedit, non tenebuntur, nec pignora quæ dederunt.

IN tertio responso & vltimo hoc proponitur: qui in iudicio offerebat se vltro defensioni debitoris absentis, ante litem contestatam, vt debuit, cauit actori, iudicatum solui, datis fideiussoribus, qui & in eam causam pignora obligauerunt. Notissima est regula iuris, neminem idoneum & locupletem videri defensorem esse litis alienæ sine satisdatione huiusmodi, quæ proponitur multis in locis, vt tit. *de proc. & de reg. iuris.* Finge, debitore reuerso pendente iudicio, iudicium, vt fit, omne in eum translatum esse: Papinianus definit translatione iudicij defensorem & fideiussores, & pignora liberari, nec posse, condemnato debitore in defensorem, vel in fideiussores committi stipulationem iudicatum solui, videlicet si actor translationem iudicij factam in dominum, non ignorarit, quam ei esse significandam probat *l. si ante, D. iudicat solui.* Et hoc iure vtimur. & hæc est sententia huius responsi vlt. Cui nihil obstat quam opponit Accursius, *l. in causæ §. sed ex parte, D. de procurat.* quia hoc loco loquitur Papinianus de defensore rei, qui satisdedit iudicatum solui, in quem stipulatio non committitur, si iudicium translatum sit in dominum. Illo autem loco agitur de procuratore actoris, qui satis accepit, non qui satisdedit iudicatum solui, quæ stipulatio cõmittitur postea iudicio translato in dominũ, & à procuratore ea stipulatio transit in dominum, hoc loco, *qui satisdedit, omne litis commodum & incommodum in dominũ transfert, & se, fideiussoresque suos exonerat.* Illo etiam loco, *qui satis accepit omne litis commodum & incõmodum in dominũ transfert, ergo & stipulationem iudicatũ solui, sibi à reo factã, in iudicio in rẽ.* Nulla igitur repugnantia est; nihil est apertius. Potest autem alia differentia constitui inter procuratorem siue defensorem rei, & procuratorem actoris, ex *d. l. si ante*, quæ est de procuratore rei, & ex *l. Iulianus, sup. qui satisd. cog.* quæ est de procuratore actoris. Et vexata est mirum in modũ hæc differentia ab Accursio, & interpretibus, quæ constitui debet & declarari perspicue ac breuiter omisso longo sermone hoc modo: defensor rei qui satisdedit iudicatum solui, si postea fiat procurator accepto mandato, vt defendat reum, in eum condemnato reo stipulatio non committitur, quia non est eadem causa, & conditio personæ promissoris, qui

D

E

satisdedit, quæ fuit interponendæ stipulationis tempore, quo tempore fuit defensor sine mandato, nunc est verus, & iustus procurator. hoc de defensore. Procurator autem ex parte actoris voluntarius, qui non habebat mandatum, qui à reo satis accepit iudicatum solui, si postea mandatum acceperit à domino, vt ageret, vel pergeret agere, & rem exequi condemnato reo stipulatio committitur, quia eadem mansit causa personæ promissoris, quæ fuit initio: quod satis est, licet non eadem sit causa actoris. Et ita ea differentia explicanda est.

Ad l. 68. de euict.

Cum ea conditione pignus distrahitur, ne quid euictione secuta creditor præstet: quamuis pretium emptor non soluerit, sed venditori cauerit, euictione secuta nullam emptor exceptionem habebit, quo minus pretium soluat.

IN hac l. proponuntur duo casus, quibus venditor emptori non tenetur de euictione. Vnus casus hic est, si creditor pignus vendiderit non iure communi promissa euictione, sed iure creditoris, iure pignoris non cauta vel promissa euictione, vt definitur præcipue in illo *tit. C. creditor. euict. pign. non deb. lib. 8.* Denique si creditor pignus vendiderit, vt id suo periculo emeret, qui emeret, nec mancipio ei daretur: nam is tantum tenetur de euictione, qui mancipio dedit, vel promisit, & se dominum emptorem facere palam professus est. Plautus in Persa. *Suo periculo is emat, qui eam mercabitur, Mancipio neque promittet, neque quisquam dabit.* Quamobrem in l. 4. h. t. Vlpianus videtur scripsisse hoc modo, *an is, qui mancipio vendidit, fideiussorem ob euictionem dare debeat, an repromittere tantum nuda cautione?* nam is, qui mancipio non vendidit, non tenetur de euictione, nisi nominatim cauerit duplam aut simplam euictionis nomine vt & Varro scribit 2. de re rustica *cap. 10.* Qui autem mancipio vendidit, facta solemni mancipatione rei venditæ solemniter per æs & libram, vt olim solebat, etiamsi nihil cauerit, tenetur de euictione: nam mancipio cauet vel promittit, vt Paulus loquitur, satisdato promittit, nisi aliud conuenerit, *vadem ne daret*, vt in lege mancipiorum addi solitum, etiam idem Varro scribit 2. de lingua Lat. *satisdato promittit*, id est, dato fideiussore, qui & auctor secundus dicitur, quæ satisdatio Ciceroni 5. ad Atticum epist. 1. est *satisdatio secundum mancipium.* Verum ad rem. Creditor iure suo vendendo pignus mancipio neque promittit: & ideo non tenetur emptori de euictione. Verum fac ita esse, creditorem scilicet pignus vendidisse iure suo, & emptorem pretium nondum soluisse, sed cauisse de soluendo pretio; an euictare, si ex cautione ab emptore venditor petat pretium, tueri se emptor potest exceptione rei euictæ & ablatæ à domino? id est, an emptor, & si non habeat actionem de euictione, qui emit à creditore lege pignoris, habeat tamen exceptionem doli re euicta, & retentionem pretij? Et respondet Papinianus, nec retentionem pretij eum habere, quia euictionem pignoris nullo modo, nulla via venditor præstare debet, quia id iure pignoris vendidit, non iure communi. Alter casus, qui proponitur in responso siue §. sequenti hic est.

Ad §. creditor.

Creditor, qui pecunia nomen debitoris per delegationem maluit, euictis pignoribus, quæ prior creditor accepit, nullam actionem cum eo, qui liberatus est, habebit.

SI debitor creditori nomen sui debitoris in solutum dederit, & delegauerit, quo casu creditorem etiam eius nominis pignora sequuntur, *l. empt. sup. de hered. vend. l. pen. sup. de distract. pign.* Euictis etiam pignoribus creditori, de euictione illi in debitorem nulla actio competit, quod proponitur in secundo responso huius legis. Et ratio hæc est, quia venditor nominis, cui similis est is, qui nomen dat in solutum, *l. eleganter, sup. de pigner. act. l. 4. C. de euict.* non præstat periculum euictionis, sed id periculum pertinet ad emptorem, *l. periculum, sup. de pign.* Et in hoc tenetur tantum venditor nominis, vt præstet nomen esse, actionem esse, debitorem esse: non vt præstet nomen esse idoneum, debitorem esse idoneum, non vt præstet pignora esse in bonis debitoris, quia tale ius cedit & vendit quale habuit, nec optimum id ius esse præstare debet, *l. si plus §. pen. hoc tit. l. si nomen, sup. de hered. vend.* Eadem vero est sententia huius loci, quæ responsi Pauli, quod est in *l. periculum, sup. de pignor.* quod Glossæ non animaduertunt. Recte tamen & vere notat eum, qui nomen debitoris sui in solutum dedit creditori suo, pignoribus creditori à domino euictis, ei debere cedere contrariam actionem pigneratitiam in debitorem suum, quod rem alienam pignerauerit. Idemque creditor, qui pignus iure suo vendidit, debet præstare emptori, *l. in creditore, hoc tit.*

Ad l. 9. de vsuris.

Pecuniæ fœnebris intra diem certum debito non soluto dupli stipulatum in altero tantum supra modum legitimæ vsuræ respondi non tenere. quare pro modo cuiuscumque temporis superfluo detracto, stipulatio vires habebit.

IN primo responso huius legis, proponitur pecunia credita conuenisse interposita stipulatione, vt ad diem pecunia non soluta pœnæ nomine duplum præstaretur. debitor mutua centum acceperat, si ea intra annum non solueret, promisit ducenta. hæc stipulatio partim vtilis est, partim inutilis, non tota inutilis; sed pro ea tantum parte, quæ in duplo, id est, in altero tanto, quod in stipulationem deductum est, vsuram legitimam, puta, centesimam excedit, nec pars inutilis vitiat eam partem, quæ est vtilis, quæ non excedit modum licitum, vt in *l. placuit, & l. pœnam, h. t. l. cum allegas, & l. eos §. si quis autem, C. eod. tit.* Itaque post annum, si non soluerit ad diem, si non soluerit intra annum, vt placuit, non statim debentur altera centum, ne fraus fiat legi Gabiniæ, & constitutionibus, quæ vsuris modum imposuerunt, sed ex die interpositæ stipulationis, vt in *l. lecta, in fi. sup. de reb. cred.* pro modo annorum quibus cessauerit debitor in soluenda sorte: ex stipulatione debentur vsuræ legitimæ tantum, vt puta, si triennio cessauerit, vsuræ siue pœnæ nomine debentur triginta & sex tantum, qui finis est legitimæ, id est, centesimæ vsuræ, quæ in centum quotannis reddit XII. ex singulis centenis nummis duodenos nummos quotannis efficit. Et hæc est sententia huius loci, quod & lib. 3. *resp.* idem Papin. se respondisse scripsit, vt Vlpianus refert in *l. Iulianus §. ibid. Papin. sup. de act. emp* Respondit autem, vt opinor hoc loco, & similiter, quod ibi Vlpianus refert, si conuenerit, vt ad diem pretio non soluto, venditori duplum præstaretur, nimirum hanc conuentionem in fraudem legum, quæ vsuris modum fecerunt, videri adiectam, quod legitimam vsuram excedit, & quod ad excessum illum attinet, inanem conuentionem esse, longeque aliam esse rationem: nam & hoc addidit Pap. esse rationem pactionis siue legis commissoriæ, puta vt ad diem pretio non soluto res fiat inempta, non vt duplum præstetur, quia hoc modo, fœnus illicitum non contrahitur, vt superiore, sed lex tantum iusta dicitur venditioni, vt si non soluat emptor venditori pretium ad condictum diem, res ad emptorem reuertatur, in qua conuentione nulla est species fœnoris. Porro ex hoc resposo intelligimus, quod inutiliter adiicitur in stipulatione vsurarum supra modum

legitimum non vitiare eam stipulationem vsurarum, quatenus vtilis esse potest, ad finem legitimæ vsuræ scilicet. Denique stipulationem partim esse inutilem, partim vtilem, nec vtile vitiari per inutile. Obstat lex *Græce §. item, D. de fideiussorib.* quam citauit hoc loco Accurs. quæ l. ostendit, fideiussorem, qui pro debitore obligato in decem promittit quindecim, nulla ex parte teneri, neque in decem, in quæ tantum, si promisisset, teneretur vtiliter, neque in 15. vel vt loquitur ea lex, omnino non obligari, vt in *l. 4. §. 1. rem pup. salu. fore*, Basilica καὶ ὅλως, nullo modo obligari, quæ verba tamen pessime Alciatus cauillatus est 5. parerg. statuens, fideiussorem non teneri in plusquam debeat debitor, puta, in quindecim, sed teneri in decem, in quæ tenetur reus, nec vtile vitiari per inutile, per excessum aut superfluum, quod omnino repugnat & verbis legis & rationi, quæ paulo post declarabitur, quoniam lex ait fideiussores omnino non obligari. ac similiter in Institutionibus dicitur præcise, fideiussorem non obligari si reo promittente quinque, ipse promittat decem. Quod quid aliud est, quam nullo modo obligari nullave ex parte obligari: Et inutilem adiectionem vitiare vtilem? Verum, vt omnis controuersia dirimatur, separare debemus eum, qui pro se ipso promittit, in qua stipulatione vtile per inutile non vitiatur, vt *l. 1. § sed si mihi, de verb. obl.* hunc, inquam, separare debemus ab eo, qui pro alio promittit. In qua stipulatione vel leui de causa ille non obligatur, & facile in eo vtile vitiatur per inutile: nam hoc est singulariter receptum in iis omnibus, qui pro aliis obligantur stulte, veluti fideiussoribus, mandatoribus, expromissoribus, reis constitutæ pecuniæ, nempe, vt si in duriorem causam adhibeantur, puta, in maiorem & ampliorem quantitatem, prorsus non obligentur vlla ex parte, si vel minimum vitium insit intercessioni, quod mirum videri non debet; nam & in aliis plerisque causis fortunæ eorum, quæ plerumque miserrima est, singulariter iura subueniunt, quod docet, obseruatio 20. c. 34. multis argumentis. Non omittam verum esse, quod Glossa notat hoc loco, Papinianum dixisse *dupli stipulatum*, pro, dupli stipulationem, vt in *l. vxori, § vlt. de leg. 3. l. 3. C. de inut. stip.* vt actionem ex stipulatu more veterum: actionem ex stipulatione, vt sponsum pro sponsione & actionem ex sponsu *l. sciendum § dictum, de adil. ed. l. 7. inf. de verb. sign.* Et forte etiam initio huius legis more veteri Papin. *pecuniam fœnebrem*, dixit, pecuniam mutuam simpliciter, quæ & ab initio fuit sine vsuris, & post etiam diem soluendæ pecuniæ palam vsurarum mentio facta non est, sed duplæ sortis tantum: & id ita Theologi accipiunt etiam quod est scriptum Deuteron. 15. *pauperi fœnus fœnerabis*, vbi D. Augustinus: δάνειον δανεῖς, *Certe*, inquit, *cum operam misericordiæ præcipiat, non vtique vsurarum crudelitas suscipienda est, quamuis fœnoris verbo vsus sit.*

Ad §. vsurarum.

Vsurarum stipulatio, quamuis debitor non conueniatur, committitur, nec inutilis] legitimæ vsuræ stipulatio videtur sub ea conditione concepta, si minores ad diem solutæ non fuerint, *non enim pœna, sed fœnus vberius iusta ratione sortis promittitur. Si tamen post mortem creditoris nemo fuit, cui pecunia solueretur, eius temporis inculpatam esse moram constitit, ideo si maiores vsuræ prioribus petantur; exceptio doli non inutiliter opponetur.*

IN §. sequenti initio proponitur vsurarum stipulationem committi sua die, etiam non interpellato debitore, quia dies satis debitorem interpellat, hoc est verissimum, *l. traiectitia, de oblig. & act. l. diem. de verb. obl. l. 4. § vlt. de lege commiss. l. 12. C. de contrah. stip. l. 2. C. de iure emphyt.* Et hoc posito initio huius §. subiicit Papin. & tepetit, quod etiam scripsit in *l. 1. § pen. sup. de pignor.* valere stipulationem legitimæ vsuræ factam sub conditione, si minor vsura, de qua initio conuenit, ad diem non soluatur, *quia*, inquit, *non pœna, sed fœnus vberius sortis, iusta ratione promittitur.* separat pœnam ab vsura, & tamen *l. Caius, & l. Seia, inf. h. tit.* pœnam vocat si ob non solutas sua die minores vsuras grauiores infligantur. Verum hic, vt arbitror pœnam accipit pro vsuris vsurarum, negans id agi hac conuentione, vt minores vsuræ currere non desinant, sed quo tardius soluantur, earum vsurarum vsuræ præstentur, quod est illicitum. vsurarum vsuræ nunquam fuerunt permissæ, quæ est ratio dubitandi in *l. cum quidam, D. hoc tit.* sed vt ait, hac conuentione id tantum agitur, vt vsuræ minores, si sua die, si statuta die non soluantur, in posterum currere desinant, & deinceps ex die cessationis, vt præscribit *l. cum*
B
quidam, vsuræ vberiores præstentur fini legitimæ vsuræ. hic ergo est sensus: non vsurarum minorum, si non soluerentur, vsuræ sunt promissæ, sed vsuræ sortis grauiores sunt promissæ, *iusta ratione*, id est, ratione moræ & conditionis impositæ stipulationi, & ita quoque Græc. hunc locum accipiunt: ὅτι γὰρ τόκους τόκων δοκεῖ ἐπερωτᾶσθαι, ἀλλ' ὑπὸ αἵρεσιν πλείονα, καὶ νόμιμον τόκον. *Non videtur*, inquiunt, *promisisse vsurarum vsuras, sed sub conditione tantum maiorem, & legitimam vsuram*; quod est rectissimum. At postremo subiicit, excusari promissorem à maioribus vsuris, si post mortem creditoris non fuerit, cui ad diem solueret minores vsuras, nondum adita hereditate eius, & cunctantibus heredibus, vt in
C
l. diem. D. de verb. obl. Et ideo postea, heredibus adeuntibus, & ex stipulatione petentibus maiores vsuras, obstare merito exceptionem doli mali, quod, medij temporis mora sit inculpata, vt ait: Neque huic postremæ sententiæ quicquam obstat *l. 18. § vlt. inf. h. tit.* quæ post traditionem rei venditæ mortuo venditore, cui incertus est successor, si emptor quod debet pretium non deposuerit & consignauerit, qui rem venditam accepit, non ideo minus currere vsuras prætij medij temporis: nec mirum, quoniam emptor cœpit esse in mora viuo venditore, cœpit esse in culpa viuo venditore rem accipiendo, nec soluendo pretium. Nihil etiam obstat *l. vlt. tit. seq.* pœnam committi traiectitiæ pecuniæ non solutæ, si mortuo debitore incertus sit successor, quia ibi
D
ponitur, (vt respondeam) non fuisse, qui solueret: hic autem ponitur fuisse, qui solueret, non etiam cui solueretur; quæ longe diuersa species est, diuersaque ratio.

Quod dixi nudiustertius ad finem *l. 9. de vsur.* ea quoniam dixi breuius & properantius, quam res postulabat, vt sæpe cogor præfestinare præterlabente hora, mihi videor debere interim me exponere, quod dixi me daturum duo responsa tantum.

Si post mortem creditoris ideo non sint ad diem solutæ minores vsuræ, quod incertus esse successor creditoris, medij temporis grauiores vsuræ, quæ in stipulationem deductæ erant, effectu non debentur, quia petentibus obstat exceptio doli mali. Hoc proponitur in extremo *d. l. 9.* quod pugnare videtur cum *l. 18. § vlt. eod. tit.* quæ ait, post traditionem rei venditæ & mortem
E
venditoris, cui incertus successor fuit, nihilominus à debitore deberi medij temporis vsuras pretij. Cur tam varie? Ratio differentiæ hæc est, quia in specie legis 9. mora non cœpit fieri creditori: nec igitur ex mora ei vsuræ deberi cœperunt, sed mora facta est post mortem creditoris, ad diem non oblatis minoribus vsuris, quæ mora extra omnem culpam est: *mora inculpata est*, vt ait cum nec cœperit à defuncto creditore, nec potuerit incipere ab alio, nullo dum extante cui minores vsuræ soluerentur, vt nec culpari merito debitor possit, cur eas vsuras non consignauerit interim, & deposuerit in æde sacra, vt fiebat apud sacerdotem & Aedituum. Ea tan-

tum mora, hoc est tarda solutio nocet, quæ dolo, vel culpæ coniuncta est. In specie autem l. 18. mora cœpit fieri viuo venditore, quæ mora culpæ coniuncta est, cum debuerit emptor, qui re empta fruebatur, qui fructus percipiebat, soluere pretium, aut eo non soluto, vsuras pretij venditori dependere: fructuum perceptorum ratio, & vicissim vsuras præstari desiderat, *l. Iulianus* §. *ex vendito, de act. emp. l. curabit*, C. *eod. tit. l. 5.* §. *vlt. de dot. collat.* Ex mora igitur vsuræ in ea specie viuo venditori deberi cœperunt. Quamobrem & post mortem venditoris iure hereditario debentur venditoris heredibus, etiam eius temporis, quo incertus venditori successor fuit, *l. cum pater, eod. tit.* quia interim hereditas iacens defuncti locum obtinuit, *l. non minus, in fi. sup. de hered. instit.* Et consequenter merito culpari potest emptor, qui iam contraxit culpam viuo venditore, qui pretium interim non consignat & deponit in æde sacra vel tabulario ciuitatis. Sola depositio eum excusaret à dependendis vsuris pretij, si non est, cui offerat pretium, puta, iacente hereditate. Si est cui offerat, etiam ei debet offerre omnino, nec sola depositio sine oblatione sufficit, *l. 2. C. de vsur.* Illud etiam cum fine *d. l. 9.* pugnare videtur, quod dicitur in *l. vlt. de naut. fœn.* pœnam non solutæ pecuniæ sua die committi, etiamsi ea dies illuxerit post mortem debitoris nullo adhuc ei existente certo successore, & deliberantibus heredibus. Sed, vt respondeam, longe diuersa ea species est, quia in ea ponitur non fuisse debitorem, aut heredem debitoris, & fuisse cui solueretur: quo casu ipso iure pœna committitur sine interpellatione, quæ fiat in personam, ex eo solo, quod die soluendæ pecuniæ, cum existat cui soluatur, nullus existat, qui soluat. Contra in specie *l. 9.* eo die, qui primus fuit soluendarum minorum vsurarum, est qui soluat, non est cui soluatur, & merito culpari non potest, qui nulli soluit, cum nullus existit cui soluat. Et ita hæc explicanda sunt.

Ad leg. 79. de leg. 2.

Quæ fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem prædiorum suis quoque libertis fructum reliquit. Iuris ignoratione lapsi, qui petere prædia ex mariti testamento debuerunt, secundum fideicommissum inter cæteros longo tempore perceperunt. Non ideo peremptam videri petitionem prioris fideicommissi constitit.

Legis species hæc est: Vxor heres instituta à marito rogata est, vt quum moreretur libertis mariti prædia quædam restitueret, & moriens vxor, tam suis quam mariti libertis vsumfructum eorum prædiorum per fideicommissum reliquit; poterant & debebant mariti liberti ab herede vxoris prædia petere iure primi fideicommissi relicti testamento patroni: sed iuris ignoratione lapsi, vt ait, vna cum libertis vxoris petierunt eorum prædiorum vsumfructum ex testamento vxoris, & longo tempore vsumfructum perceperunt. Ignoratio iuris, quod Glossa non videt, in eo fuit, quod liberti mariti existimarint primum fideicommissum pendere ex mera voluntate mulieris, & non necessitate iuris contineri, sed pudore tantum & conscientia mulieris, vt olim obtinuisse scriptum est in Institutionib. *tit. de fideic. hered.* vtque Seneca scripsit: *Religiosum hominem sanctumque solere fideicommissa tueri*: quæ nondum scilicet vllo iuris vinculo continebantur, vel ex quibus nondum dabatur actio siue persecutio. Quæritur autem in hac lege an perceptione secundi fideicommissi ex testamento mulieris, perempta sit persecutio primi fideicommissi ex testamento viri? Et respondet non esse peremptam. Recte, quia iuris ignorantia suum petentibus non nocet, *l. 7. & 8. de iur. & facti ignor.* Suum autem est & quodcunque debetur, *l. 15.* §. *quod autem, ad l. Falc.* Et

A quamuis longo tempore secundum fideicommissum perceperint ex testamento vxoris, nec quicquam exegerint ex testamento viri, primi fideicommissi petitio non perimitur præscriptione longi temporis, *l. neque, C. quib. non obijc. long. temp. præsc.* Hæc est ratio huius responsi. Verum huic responso Accursius opponit *l. 3. in pr. D. si quid in fraudem pat. & l. Claudius, sup. de adq. heredit.* Quod ad l. 3. attinet; primum in ea agitur, de facti, non de iuris ignorantia: quoniam in ea non est legendum, *an ius ignoranti*, vt vulgo, sed vt in Florentinis, *an ignorantia eius.* Deinde in ea, species proponitur huiusmodi: libertus, qui viuus multa bona alienauerat in fraudem patroni, vt eo minor portio ad patronum perueniret; moriens patronum heredem instituit ex semisse,

B ex debita portione debuit patronus omissa institutione petere bonorum poss. contra tab. quasi institutus ex modica parte, ob deminutiones à liberto factas in fraudem eius: sed cum eas esse factas nesciret, quæ ignorantia facti est, non iuris, liberti hereditatem adiuit; aditione ius bonorum possessionis contra tab. amisit, & consumpsit, quia agnouit voluntatem defuncti: an etiam amisit actionem Fabianam, de quo in illo titulo agitur, qua patroni reuocare solent quidquid gestum est in eorum fraudem? Et ait lex, eum amisisse etiam actionem Fabianam, quia acquieuerit voluntati liberti, & non simpliciter: quia factum ignorauit: nec enim facti ignorantia nocet, vel in damnis, vel in compendiis siue lucris, sed quia vitio & culpa sua factum ignorauit, dum temere adiuit hereditatem, re omni & totius hereditatis causa non bene perpensa, quod & ea lex significat his

C verbis; *Patronum sibi imputare debere*, hoc est, de se queri debere, stultitiæ suæ hoc acceptum ferre debere. Curiositas, prudentia & diligentia desideratur in eo, qui hereditatem aditurus est, qua in re etiam legib. ei dantur certa tempora ad deliberandum. At si non vtitur diligentia, sibi imputet, si quid damni senserit inconsulto adita hereditate. Idemque putarem dicendum, si patronus iuris ignorantia lapsus, liberti adierit hereditatem, quia in compendiis iuris error nocet, non in damnis rei suæ, *d. l. 8. de iur. & fac. ign.* Et hereditas liberti compendium est, quoniam patronus non est creditor, etiamsi sit instituendus ex legitima parte non ideo est creditor, *l. 6. in fi. D. ad l. Corn. de falsis.* Vis hoc tibi perspicue monstrari? Si esset creditor, si deberetur ei legitima quasi creditori, alienata in fraudem suam reuocaret actione Pauliana,

D quæ creditoribus competit, nec indigeret propria actione, id est, Fabiana, vel Caluisiana. Et eodem modo respondendum est ad *l. Claudius.* qui per errorem facti adiuit hereditatem ex testamento secundo, quod erat inutile, cum debuit adire ex primo, quod erat vtile, in quo ab eodem heres scriptus erat, non potest redire ad primum testamentum, & rem amittit, quia temere & inconsulto adiuit & seipsum ipsemet decepit. Idque Imperator Seuerus decreuit, vt ait *d. l. Claudius.* Eadem est ratio *l. filium emancipatum, eod. tit.* filius emancipatus in testamento heres institutus à patre per errorem facti, existimans in testamento faciendo patrem desipuisse mente, & ideo inutile testamentum esse, vana simplici-

E tate deceptus, quæ semper obest, *l. 3. sup. ad Senat. Maced.* ab intestato bonorum possessionem vnde liberi accepit, quæ non competebat existente testamento iusto; ius omne suum amisit, & substituto dato in testamento, locum fecit suo vitio, quia consultare etiam atque etiam deliberare debuit, antequam ab intestato bona patris adiret.

Ad l. pen. de dot. collat.

Pater nubenti filiæ quasdam res præter dotem dedit, eamque in familia retinuit, ac fratribus suis conditione, si dotem

& cætera, quæ nubenti tradidit contulisset, coheredem adscripsit. Cum filia se bonis abstinuisset, fratribus res non in dotem datas vindicantibus exceptionem doli placuit obstare, quoniam pater filiam alterutrum habere voluit.

HOc responsum elegantissimum est. facti species huiusmodi est: Pater filiæ nubenti, quam habebat & retinebat in potestate, præter dotem bona quædam donauit: dotis datio valet, donatio ipso iure non valet inter patrem, & filiamfam. Deinde pater testamento filios suos heredes scripsit, eadem filia coherede adiecta, non pure, sed sub hac conditione, si dotem & donationem, hoc est cætera præter dotem, quæ nubenti donauit fratribus suis in commune conferret. Post mortem patris filia se abstinuit paterna hereditate: certum est, non B posse fratres filiæ dotem auferre, quæ iure consistit, & quam nec pater ipse ei posset auferre aut minuere, *l. filiæ C. sol. matrim.* quia cœpit esse proprium patrimonium filiæ, *l. vlt. h. t.* At quæritur, an fratres filiæ auferre & vindicare possint cætera bona, quæ præter dotem pater filiæ donauit, quæ donatio ipso iure non consistit, vt initio proposui. Et ait, ea bona vindicantibus fratribus, obstare exceptionem doli mali, quod ea petant contra voluntatem defuncti, vt *l. apud Celsum §. præterea D. de doli except. l. anniculo, de mort. caus. donat.* quia pater defunctus filiam alterutrũ habere voluit, aut donationem & dotem, aut portionem hereditatis, qua cum se abstineat filia, restat, vt dotem & donationem retineat ex voluntate patris. Donatio autem à patre in filium vel filiamfamilias collata, licet non valeat ipso iure, & destinatio animi sit potius quam perfecta donatio, vt eleganter ait lex 11. *C. de donat.* conualescit tamen officio iudicis familiæ ercíscundæ cognoscentis, si in extremum mortis diem pater in eadem voluntate perseuerauit, *l. filiæ cuius, C. fam. ercisc. l. 2. C. Greg. eod. tit. Paulus 5. Sent. tit. de donat. Pater*, inquit, *si filiofam. aliquid donauerit, & in ea voluntate perseuerans decesserit, morte patris donatio conualescit.* Etiam illud notandum est, eam dotem vel donationem à filia herede instituta, nec abstinente se, non conferri fratribus, sed præcipuam retineri, *d. l. filiæ, cuius, l. 1. & 7. C. de collat. l. 3. in pr. sup. h. t. l. si filius qui mansit, sup. si quis omiss. cau. test. l. Pomponius, sup. famil. erc.* Nec huic sententiæ obstat *l. si donatione, C. de collat.* quoniam ea lex pertinet ad liberos patri intestato succedentes, non ad liberos patri succedentes ex testamento. In successione testati, nec dos, nec donatio confertur, quod probant supra dictæ ll. Quamobrem institutioni filiæ recte ponitur hoc loco adscriptam fuisse conditionem, si fratribus conferret dotem & donationem, quoniam in successione testati, non est locus collationi dotis vel donationis, nisi hoc iusserit patet. In successione autem intestati simul dos & donatio confertur fratribus simul ab intestato succedentibus. *l. 4. 12. 13. & 16. C. de collat.* nisi filia abstineat se bonis paternis, *l. vlt. h. t.* Cur vero ex testamento non fuerit collationi locus, vt obtinuit semper ante Iustinianum: ab intestato autem fuerit collationi locus, fuerit conferenda dos & donatio, ratio hæc est, quia liberi ex testamento veniunt ad hereditatem patris, non vt liberi, sed vt extranei, quia eodem iure posset venire quilibet extraneus, si scriptus esset. Denique liberi in testamento veniunt non iure liberorum, non vt liberi, sed iure communi vt extranei, *l. 1. §. Pomponius, D. de Carb. edic. l. 10. C. de collat.* & inter extraneos coheredes nulla est ratio constituendæ æqualitatis remedio collationis & vice mutua collatis bonis. Ab intestato autem liberi sane veniunt vt liberi, iure proprio, non communi, id est, iure fraternitatis: inter fratres consortes summa ratio hæc est constituendæ æqualitatis, collatis commixtisque bonis propriis cum bonis paternis. Nomen ipsum fraternitatis per se nihil aliud est, quam æqualitas & communio, *l. verum in pr. sup. pro socio, l. 2. C. de off. diu. iud.* Et in Panegyr. Flauiensium, quod est incerti auctoris: *Fratrum*, inquit, *nomine & communitas apparet & æqualitas.* Quæ ratio differentiæ maxime notanda est.

Ad l. 19. quæ in fraud. cred.

Patrem, qui non expectata morte sua fideicommissum hereditatis maternæ filio soluto potestate restituit omissa ratione Falcidiæ plenam fidem ac debitam pietatem secutus exhibitionis, respondi non creditores fraudasse.

QVantum attinet ad hanc legem, illud est extra omnem controuersiam actione Pauliana ex edicto in hoc titulo proposito, atque etiam interdicto quod fraudatorium appellatur, rescindi & reuocari quæcunque in fraudem creditorum alienata sunt. Hoc cognito, finge. Pater heres institutus ab vxore, & rogatus post mortem suam, cum morte sua filij communes sui iuris effecti essent, illis hereditatem maternam restituere, non expectata morte sua filios per emancipationem sui iuris fecit, & mox eis restituit totam hereditatem matris vxoris suæ, non deducta Falcidia, omisso commodo SC. Pegasiani. Quæritur, an hæc plena restitutio hereditatis patris, à creditoribus paternis rescindi & reuocari possit actione Pauliana? Et respondet, non posse, quia non videtur fraudasse creditores, qui plenam fidem & plenum obsequium testatori præstat, qui plenum officium & debitam pietatem sequutus, vt ait, filiis fideicommissum C restituit. Quod ostenditur etiam in *l. prox. inf. & l. 5. §. pen. de donat. inter vir. & vx. l. qui totam, sup. ad Treb. l. fideicommissum, sup. de cond. indeb. l. 1. C. ad l. Falc.* Plinius 5. Epist. *Illius testatoris*, inquit, *hoc munus, illius liberalitas, nostrum tamen obsequium vocetur.* Quod de se scribit vltro præstante ex voluntate testatoris, quod iure non debuit. Plenam autem fidem præstitit pater testatori, quia sine deductione Falcidiæ totam hereditatem filiis restituit ex voluntate testatoris. lex Falcidia est contra voluntaté testatoris, *l. Titia, sup. ad l. Falci. d.* Et præstitit quoque debitam pietatem exhibitionis, vt ait, id est, restitutionis fideicommissi: nam & exhibere & exhibitio significationem restituendi habent, *l. Iulianus §. quantum, ad exhiben. l. pacto, C. de pact. l. vlt. C. de æd. act.* Cur vero debitam pietatem? Quia etsi non esset pater nisi D post mortem suam rogatus restituere hereditatem, tamen & filiis emancipatione sui iuris effectis, eam debuit restituere, quia mater, quæ iussit restituere hereditatem post mortem patris, non tam spectauit modum, quo filij fierent sui iuris, quam finem. Et quocunque igitur modo filij fiant sui iuris, siue morte patris, siue emancipatione, ex mente testatoris fideicommissum eis restitui debet, *l. si ita esset, sup. quando dies leg. cedit, l. 11. §. si cui, de leg. 3. l. mulier, in pr. ad SC. Treb.* Pietas est obtemperare voluntati defuncti: vt contra impietas non obtẽperare, *l. penult. §. illo, C. de neces. ser. her. inst.* & debita pietas in hac specie, non gratuita, quia & filiis, si emanciparentur, fideicommissum hereditatis relictum videtur. Denique hæc restitutio fideicommissi siue exhibitio, vt loquitur, est præsentis debiti solutio, non donatio, E non repræsentatio debiti collati in diem, vel in conditionem: alioquin locus esset actioni Paulianæ, si vel donatio esset, vel repræsentatio, *l. ait Prætor §. si cum in diem, & l. omnes §. vlt. h. t.* Glossa non intellexit hanc legem, quæ tamen est facillima.

Ad l. 29. de except. rei iudic.

Iudicatæ quidem rei præscriptio coheredi, qui non litigauit, obstare non potest, nec inseruitutem videtur peti post-

rem pro libertate iudicatam nondum ex cauſa fideicommiſſi manumiſſus, ſed prætoris oportet in ea re ſententiam ſeruari, quam pro parte victi præſtare non poteſt: nam, & cum alterum ex coheredibus inofficioſi quæſtio tenuit, aut etiam duobus ſeparatim agentibus alter obtinuit, libertates competere placuit: ita tamen, vt officio iudicis indemnitati victoris futurique manumiſſoris conſulatur.

IN hac lege duo proponuntur caſus, quibus contra regulam iuris res inter alios iudicata aliis nocet. Primus caſus vertitur circa ſpeciem huiuſmodi. Duo ſunt heredes, primus & ſecundus, qui iure hereditario ſeruum communem habent : cum primo ſolo ſeruus agit de fideicommiſſaria libertate præſtanda, quam ſibi relictam dicit teſtamento defuncti, & agit apud Prætorem fideicommiſſarium, qui de fideicommiſſis cognoſcit; habet etiam ſeruus ex hac cauſa per ſe aditum ad Prætorem, & hoc nomine cauſam orare poteſt, *l. de libertate, D. de fideicom. lib. l. mulier §. non eſt, ad Senatuſconſ. Trebell. l. Titius, de action. emp. l. vix certis, de iudic.* Et Prætor quidem fideicommiſſarius, quem ſeruus adiit, fideicommiſſariam libertatem ſeruo præſtari iuſſit, verum antequam præſtaretur, alter heres, puta, ſecundus, aduerſus quem ſeruus non conſtiterat, vel quem in ius non vocauerat; eum ſeruum ſuum eſſe vindicat iure hereditario, an poteſt repelli exceptione rei iudicatæ pro libertate? Et prima facie videtur rei iudicatæ inter alios exceptio non obſtare ei, qui non litigauit, quia non poteſt Prætor inter alios iudicando aliis nocere, *l. is qui fundum, de vſufr. l. Claudius, in fine ſup. qui pot. in pigno. hab.* Poſui ſeruum à primo, qui litigauit cum ſeruo ex cauſa fideicommiſſi, & iuſſu prætoris nondum fuiſſe manumiſſum : nam ſi manumiſſus fuiſſet, ſecundus videretur liberum hominem factum iuſſu prætoris petere in ſeruitutem, nec admitteretur, nec audiretur. At quia nondum eſt manumiſſus, quia res eſt integra, non videtur eum ſecundus ex libertate in ſeruitutem petere : denique recte eum vindicare videtur. Verum aliud ſtatuit Papinianus, oſtendens melius eſſe & æquius fauore libertatis ſententiam Prætoris tueri, & exequi etiam aduerſus coheredem, qui non litigauit, id eſt, ſecundum, vt & ſentẽtia inter alios dicta ei præiudicet, & ſeruo libertas præſtetur, quæ cum non poſſit præſtari pro parte primi tantum, quem ſeruus vicit, conſequens eſt, ne intercidat libertas, & pro parte ſecundi eam debere præſtari, vtroque ſeruum manumittente: denique ſolidam plenamque libertatem, quæ nec ſcindi poteſt ſeruo eſſe præſtandam, alioquin ſententia Prætoris recideret in irritum, quod & comprobat Papinianus exemplo ſimili; Si teſtamentum, in quo relicta eſt libertas pro parte tantum, reſciſſum ſit per querelam inofficioſi teſtamenti, agente filio exheredato, pro parte conſtiterit: nam querela poteſt facere inteſtatum pro parte tantum, hoc etiam caſu certum eſt, libertatem directam ſeruis competere, vel vno tantum herede ex teſtamento exſiſtente, & pro parte tantum non ex aſſe teſtatore facto partim inteſtato, partim teſtato. Quod etſi fieri non poſſit ab initio, poteſt tamen fieri ex euentu, & fideicommiſſariam quoque libertatem eſſe præſtandam. Idque proditum eſt in *l. 6. ſup. de dot. coll. & l. cum filius, in pr. de leg. 2. l. cum duobus, C. de inoffic. teſtam.* Et receptum etiam hoc eſt fauore libertatis: nam legata vel fideicommiſſa pecuniaria in eo teſtamento relicta pro parte, qua reſciſſum eſt teſtamentum querela inofficioſi, irrita conſtituuntur : libertates autem omnino conſeruantur, *d. l. cum filius*, libertates ſunt indiuiduæ, legata diuidua; Et ſimili modo, quod eſt aliud exemplum, ſi duo ſeparatis iudiciis hominem in ſeruitutem petant, ſinguli pro parte dimidia, & vno iudicio homo liber, altero ſeruus pronuntietur, ſuperior erit libertatis ratio. Ridiculum enim eſt arbitrari vtramque ſententiam valere, & ad emolumentum perduci debere

Reſponſ. Papin.

pro parte dimidia ducto ſeruo ab eo, qui vicit; pro altera parte defenſa libertate, quia libertas ſcindi non poteſt. Sabiniani quidem exiſtimabant in hac ſpecie, eum hominem trahi debere in ſeruitutem potius, quam in libertatem, conſeruata ſententia, quæ dixit contra libertatem, & reiecta ſententia, quæ dixit pro libertate: & Iulianus, qui ex Sabinianis fuit, ſe etiam huius opinionis eſſe nominatim ſcribit in *l. duobus, ſup. de lib. cauſ.* Verũ, contra quam ſe ſenſiſſe Iulianus ſcribit, additur in ea lege, *non ex Iuliano igitur, ſed ex alio,* ex quo vero, niſi ex Marcello, qui notas ſcripſit in Iulianum? Additur ergo ex Marcello, commodius eſſe contra opinionem Sabinianorum, fauore libertatis ſeruum ad libertatem perduci ab vtroque domino, parte pretij præſtita victori, viri boni arbitratu. Nam & idem inuenio Marcellum adnotaſſe ad Iulianum in quæſtione de ſeruo communi, ab vno ex dominis manumiſſo teſtamento aut vindicta; nam manumiſſionem quaſi inutilem non admittebant Iulianus & alij nonnulli, quod non poſſit pro parte libertas competere; adnotaſſe, inquam, Marcellum, commodius eſſe & hoc caſu, ſeruum liberum fieri ab vno tantum ex dominis manumiſſum, præſtita tamen alteri domino parte pretij & coacto altero domino vendere partem ſuam, & manumiſſionem comprobare *l. 1. C. de comm. ſer. manum. l. domino, ſup. ad Senatuſconſ. Sylan. l. ſi ſeruus communis, de vulg. ſubſtit.* in qua l. hæc verba: *quod ſi neque à patre, neque à pupillo fuerit redemptus,* quæ ſubiiciuntur verbis Iuliani, proculdubio ſunt ex Marcello, qui in Iulianum notas ſcripſit, ſicut in *d. l. duobus,* hæc verba: *commodius autem eſt fauore libertatis,* proculdubio ſunt ex Marcello. Et ſententiam Marcelli hoc loco Papinianus comprobat euidenter, qui & ſimiliter ſuperioribus caſibus cenſet officio iudicis indemnitati eius heredis, qui non litigauit de libertate cum alio coherede, ſeruo contendente & vincente; item indemnitati eius heredis, qui vicit in querela inofficioſi teſtamenti, victo coherede pro ſua parte eſſe conſulendum, oblata parte pretij; ac tum demum ſeruum ab vtroque communi conſenſu debere manumitti, quæ ſententia eſt huius reſponſi. Et notandum in eo maxime genus loquendi, quo Papinianus vtitur illo loco: *cum alterum ex coheredibus inofficioſi quæſtio tenuit.* Quæ verba ſunt ἐνεργητικῶς accipienda hoc modo, quum inofficioſi teſtamenti quæſtio ab altero ex coheredibus obtenta ſit, & deuicta aduerſus filium exheredatum. Tenere eſt obtinere, vt in *l. vlt. h. tit.* ſicut Florentiæ legitur in *l. cum falſis, de manumiſſ. teſtam.* M. Tull. pro Cælio; *Scæuolam dixiſſe cauſam apud centumuiros, non tenuiſſe.* Et Horatius;

Quo reſponſore & quo cauſa teſte tenentur.

Et ſæpiſſime in libris noſtris. Et hæc de primo caſu. alter caſus, quo res inter alios iudicata aliis præiudicat, notatur in *§. ſeq. in fine huius legis.*

Ad §. ſi debitor.

Si debitor de dominio rei, quam pignori dedit, non admonito creditore cauſam egerit, & contrariam ſententiam acceperit, creditor in locum victi ſucceſſiſſe non videbitur: cum pignoris conuentio ſententiam præceſſerit.

DEbitor creditori fundum pignori dedit, poſt de proprietate huius fundi cum alio litigauit iudicio in rem, quæ lis dominij dicitur in iure, & contra debitorem pronuntiatum eſt, fundi eum non eſſe dominum; Quæritur, an res iudicata inter debitorem & extraneum de dominio fundi pro extraneo contra debitorem, noceat creditori? Et diſtinguẽdum eſt; Aut ſciuit creditor, admonitus forte à debitore ipſo, debitorem experiri de proprietate fundi, & hoc caſu creditori agenti hypothecaria aduerſus eum, qui debitorem vicit, & fundum euicit, obſtat exceptio rei iudicatæ, quamuis inter alios

iudicatæ, *l.pen.de re iud.* Ratio hæc est, quia creditore A sciente & consentiente, scientia & taciturnitas consensum imitantur. Quia, inquam, creditore sciente & consentiente, de iure, quod ex persona debitoris habuit, iudicatum est, hac ratione etiam creditori obstat exceptio rei, quamuis inter alios iudicatæ. Excipiuntur tantum duo casus in *l.5.C.de pign.* si debitor victus sit, quod lusorie causam egerit & perfunctorie, quod colluserit cũ aduersario suo, & se vinci passus sit: nam collusio debitoris creditori nocere non debet. Et alter casus, qui excipiendus est, hic est; si debitor victus non sit causa cognita, sed ex præscriptione & edicto peremptorio, quod iudicio defuerit, quod contumax fuerit. Extra hos duos casus, exceptio rei iudicatæ inter debitorem & extraneum de proprietate pignoris, scienti creditori nocet. B Aut, quæ est altera pars distinctionis, si creditor ignorauit debitorem experiri de pignoris proprietate; & hoc casu res iudicata aduersus debitorem, nullum præiudicium creditori facit, & omnimodo salua est creditori actio hypothecaria aduersus victorem, probanti creditori fundum eo tempore, quo pignus contrahebatur, in bonis debitoris fuisse, *l.3.C.de pign.l.4.§.pen.de appellat.* Sententia non perimit ignoranti causam pignoris antiquioris, sicut nec vsucapio vel alienatio; nec enim creditor, qui ignorauit debitorem pati controuersiam de proprietate, successisse intelligitur in locum victi debitoris, qui ante sententiam à debitore fundum pignori acceperat. Ponendum igitur est, pignoris conuentionem esse antiquiorem sententia, & ita sententiam ignoranti nihil nocere nec perimere pignoris causam; nam si post sententiam sequatur pignoris conuentio, in locum C victi debitoris successisse creditor intelligitur, & nocet ei exceptio rei iudicatæ, vt in *l.si mater, §.vlt.hoc tit.* Denique hoc casu inutile est pignus, quasi re aliena pignerata, quamuis ante pronuntiatum sit alienam esse, antequam pignori daretur.

Ad l.121.de verb.oblig.

Ex ea parte cautionis, dolumque malum huic rei promissionique abesse, abfuturumque esse, stipulatus est ille; *incerti agetur, stipulationis vtiliter interponendæ gratia.*

Continet hæc l. quatuor responsa admodum bre- D uia. Et vt statim atque paucis quod initio proponitur, expediamus: solet omnium stipulationum siue cautionum extrema parte subiici hæc clausula, *dolum malum abesse abfuturumque esse, l.22.53.119. & 135.hoc tit.l. si cum fundus, de contrah.empt.l.3.C.de recept.arb.* quæ stipulationum nouissima clausula dicitur, *l.nouissima, D. iudicat.solui.* & honestatis formula D.Ambrosio *5.offic.* Et hæc clausula tam honesta, non potest non esse vtilis, sed quæ præcedunt clausulæ siue partes, vel ex partibus, quæ præcedunt, quædam potest quandoque esse inutilis, quæ tantum abest, vt vitiet hanc partem, id est, clausulam doli, quæ vtilissima est & honestissima, vt ab ea potius vel confirmetur, vt *l.1.§.1. C.de rei vxor.act.* vel corrigatur ex ea clausula doli, data in promissorem E actione incerti, quæ proprie dicitur actio ex stipulatu, vt partem stipulationis conceptam inutiliter emendet, & concipiat denuo, seque obliget vtiliter. Omnes obligationes actione incerti condicuntur, quia iura sunt λόγῳ θεωρητά, quæ cogitatione sola percipiuntur: non sunt corpora certa, vt certi actione condici possint, *l.5. §.1.de vsufr.ear.rer.quæ vsu consum.l.3.§.vlt.si cui plusq. per leg. Falcid.* Et hoc vult tantum Papinianus in primo responso huius legis, quod Glossa non intellexit.

Ad §.mulier.

Mulier ab eo in cuius matrimonium conueniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinæ tempore matrimonij consuetudinem repetiisset. nihil causæ esse respondi, cur ex stipulatu quæ ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta condicione, pecuniam adsequi non posset.

Hic §. est de stipulatione pœnali à muliere, quum nubebat interposita sub hac conditione viro promittente: *si tempore matrimonij tuæ concubinæ consuetudinem repetieris, ducenta mihi dari spondes? spondeo.* Honesta stipulatio est, quæ coercet legitimæ vxori contra bonos mores concubinam superducentem, vel quam habuit ante nuptias, reducentem: ac proinde ex hac stipulatione, si quid secius vir fecerit, mulieri pœnæ pecuniariæ, quam in stipulationem deduxit, petitio est: nam etsi nulla pœna, quòd sciam legibus constituta sit in eum, qui præter vxorem sibi adsciscit concubinam, tamen probrosum hoc & illicitum est, nec minus turpe, quam duas vxores eodem tempore habere. Nam & concubina vxorem imitatur, vt eleganter Iulianus ait in *Nou.18.* nullæ sunt hodie concubinæ; honestum erat concubinæ nomen, non scorti nomen, aut vulgaris mulieris, quæ se prostitueret in vulgarem Venerem: nec tamen licebat & vxorem & concubinam habere: & vxorem & quasi vxorem. Paulus *3.Sent.* *Eo tempore*, inquit, *quo quis vxorem habet, concubinam habere non potest.* Hæc etiam sunt verba Pauli, *concubina igitur*, inquit, *ab vxore solo delectu separatur*, id est, vt habenti vxorem non licet habere aliam vxorem, sic nec aliam concubinam, quia concubina quasi vxor est & ab vxore sola delectione & destinatione animi separatur, vt in *l.pen.sup.de concub.* Et vt arbitror ex edicto Prætoris, vt infamia notatur, qui duas vxores habet eodem tempore, vel duas sponsas, *l.1.de iis, qui notant.infam.* Ita, qui eodem tempore habet vxorem & concubinam, ex sententia edicti, non ex verbis, infamiam incurrit: sicut ex sententia edicti notatur etiam, qui eodem tempore habet sponsam & vxorem, *l.quid ergo, §.si alteri, de iis qui not.inf.* Eadem vero ratione si vxor à viro, vel vir ab vxore stipuletur pœnam sub conditione, *si culpa eius diuortium factum erit*, honesta stipulatio est, & congruens bonis moribus, & valet intra modum pœnæ legitimæ, *l.19.hoc tit.* Nam diuortij culpa punitur pecuniariter legibus Iulia & Papia, & vt ait *d.l. 19.pœnis legum contenti esse debemus.* quod etiam ostendit *l.vn.C.de sentent.quæ pro eo quod interest profer.* Non debemus esse asperiores legibus ipsis: pœnæ legitimæ sunt iuris publici, & iuri publico priuatorum conuentione derogari non potest. Itaque in casum diuortij facti coniugis culpa pœnæ stipulatio non valet supra legitimum modum. In priori casu vxori superductæ concubinæ pœnæ pecuniariæ stipulatio non habet modum certum, quia cõcubinatui siue pellicatui nulla pœna pecuniaria legibus constituta est, sed pœna infamiæ tantum ex sententia edicti Prætoris, vt dixi paulo ante. Reiicienda autem opinio est Bartoli & aliorum qui male ducto arg. ex hoc §. existimant, valere stipulationem, si de aliquo stipuler pœnam sub conditione, *si alea vnquam luserit*; nam etsi honesta sit stipulatio, tamen nihil interest mea, quod ad rem meam familiarem attinet, ludat ille alea, necne; Et ideo, si nec subsit causa interponendæ huius stipulationis, ex ea stipulatione actio nulla competit. Et in specie huius §. stipulatio valet, non tam quia honesta est, quam etiam quia coniuncta est vtilitati stipulantis, ne res domestica laboret, vel ne occidat, vt plerunque contingit, amicarum & pellicum iniuria. Recte enim sapiens:

Cum coniux tibi sit, ne res & fama laboret,
Vitandum ducas inimicum nomen amicæ.

Sic eſt legendum; Quæ res etiam maxime honeſtas mulieres exaſperat, ἀγριαίνειν ποιεῖ, vt eſt in *Nou. 22.* Et multo magis reiicienda eſt opinio eorum, qui generaliter ſtatuunt, valere ſtipulationem certæ pœnæ, etiamſi nihil ſtipulantis interſit, nec ſtipulandi vlla cauſa ſubſit. Apage iſtam opinionem: Nam etſi ex ſtipulatione pœnali detur actio, tametſi nihil actoris interſit, *l. inter, §. alteri, hoc tit. l. cum pœna, de recept. arbit.* aliter quam ex ſtipulatione, vel ex alio contractu, qui ſit de re pecuniaria, de re familiari, ex quo non datur actio, niſi ei cuius intereſt, *l. qui fundum, ſup. loc. l. ſi procuratorem §. mandati, ſup. mand.* quo ſenſu M. Tullius ait, *actiones exprimi ex damno & iniuria cuiuſque;* actiones rei perſecutorias ſcilicet, non pœnales: nam pœnam perſequitur & is, cuius nihil intereſt, ſiue cui nihil abeſt de ſuo; non tamen ex pœnali ſtipulatione datur actio, ſi nulla cauſa præceſſerit negotij ita contrahendi, ſi nulla cauſa intercedente ex abrupto, vt ſtulti ſolent, ita ſtipuler, *ſi quis hodie* (non demonſtrans certam perſonam) *in Capitolium aſcenderit, 10. dare ſpondes?* nam hoc exemplum quod ita proponitur in *l. à Titio. ſup. hoc tit.* ſi ſani ſumus, ita accipiendum, ſi qua mihi cauſa fuerit ita ſtipulandi & cauendi, veluti cauſa damni, quod facturus ſum ex alia conuentione, *ſi quis hodie Capitolium aſcenderit,* ſicut in aliis duob. exẽplis, quæ proponuntur in *d. l. à Titio: ſi qua mihi nupſerit dotis nomine tot dabis?* cauſa ſtipulationis eſt dos, ſine qua nolo ducere vxorem, & ferre onera matrimonij; & in alia ſtipulatione, *ſi quis à me decem petierit, decem dabis?* cauſa ſtipulandi eſt debitum, & metus creditoris, cui debeo 10. Denique harum trium ſtipulationum, quæ proponuntur in *d. l. à Titio,* cauſa eſt indemnitas, quam ſtipulator captat. alioquin ſtipulatio ſine cauſa interpoſita, non valet, *l. 2. §. circa, de dol. excep. l. ſi ſtipulatus eſſes, de fideiuſſ.* Et quod dicitur in *l. ſi quis Sempronium, de hered. inſtit. ſi Titius vel ſi quis,* nihil refert, *Capitolium non aſcenderit,* ſane ideo valet inſtitutio, quia hanc conditionem teſtator non adſcribit, vt ſuum teſtamentum conferat in arbitrium alterius, quod nec poſſet vtiliter, ſed ex cauſa aliqua, quæ pendet ex illa aſcenſione Capitolij. Sani homines naturam imitantur: & vt natura nihil facit fruſtra, ita nec homo ſanus & ſiccus. Ac propterea huiuſmodi conditio, *ſi Capitolium aſcenderit,* quod notandum, quæ frequens legitur in iure noſtro, non eſt conditio, quam vllus forte vnquam negotiis ſuis inſeruerit, ſed conditio hypothetica, quæ paſſim ab auctoribus vſurpatur; eadem ratione, qua Titij, Mæuij, Caij nomina hypothetica. Non omittam quod ad ſermonem Papiniani attinet, qui affectauit vnus ex omnibus quodammodo more priſco ſcribere, ſcripſiſſe eum tam hoc loco quam in *l. 15. de ritu nupt. Mulier ab eo in cuius manu conueniebat,* idque mutaſſe Tribonianum, pro *manu,* repoſito *matrimonio, in matrimonium conueniebat.* Quod ſua ætate in deſuetudinem abiiſſent conuentiones in manum, per quas iuſtæ vxores & matresfam. fiebant, vt Vlpianus oſtendit in *lib. reg.* & vt in *l. 9. in pr. de vſur.* Sic hoc loco Papin. dixiſſe, *ſtipulatum* pro *ſtipulationem,* dum ait, vt in Florentinis ſcriptum eſt rectiſſime, nec debuit notari aſteriſco vt mendum: *nihil cauſæ eſſe reſpondi,* inquit, *cur ex ſtipulatu, quæ ex bonis moribus concepta fuerat.* priſce & eleganter, non ad ſtipulatum quod præcedit, ſed ad ſtipulationem, quam intelligebat, relatis iis verbis, *quæ ex bonis moribus concepta fuerat.* quæ figura dicendi vocatur ἀναφορά. Pergamus ad *§. pen.* cuius ſententia hæc eſt.

Ad §. in Inſulam.

In inſulam deportato reo promittendi, ſtipulatio ita concepta, cum morieris dari? *non niſi moriente eo committitur.*

Reſponſ. Papin.

Stipulatus ſum à te, *quum morieris mihi decem dari?* his verbis ſignificatur mors naturalis, non mors ciuilis, quæ contingit deportatione in inſulam. Et ideo nec committitur ſtipulatio, ſi bonis ademptis deportatus in inſulam, & ad peregrinitatem redactus fueris: ſed committitur te moriente, & claudente fati diem extremum. At dicere quis poſſit, nec te moriente ſtipulationem committi, quia deportatione tota obligatio perimitur, & naturalis & ciuilis, vt ait *l. ſi debitori, de fideiuſſ. l. 2. l. tutelas §. vlt. de cap. minut.* Imo, vt reſpondeam, non perimitur obligatio ſimpliciter, quia tranſit in fiſcum, ad quem deportati bona tranſeunt, ſed perimitur contra deportatum duntaxat, quia fiſcus ei in iura & bona vniuerſa ſuccedit, *l. 3. ad leg. Iuliam pecul. l. vlt. §. vlt. C. de ſentent. paſſ.* Qua ratione deportatus in pleriſque cauſis pro mortuo habetur, quia alius in eius quaſi mortui locum ſuccedit, quod docet *l. actione §. publicatione, ſup. pro ſoc.* non quia ciuium numero eſſe deſiit ſimpliciter, alioquin omnes peregrini pro mortuis haberentur, quod ſtultum eſt dicere; pro mortuo habetur is tantum, qui exuitur omnibus bonis, qui nudus exulat, non qui veſtitus exulat, vt ita dixerim. Verum in hac ſtipulatione, de qua agitur hoc loco, hæc verba, *quum morieris,* proprie accipimus de morte naturali, non de ciuili, non ex mente contrahentium tantum, quod notandum, ſed quia deportatus ſibi videtur mori, non alij, non ſtipulatori. Quid ergo ſi non ſit deportatus, quæ eſt media capitis deminutio, ſed damnatus in metallum, quæ eſt maxima capitis deminutio: illa peregrinum facit, non ſeruum, hæc plane ſeruum facit, & ſeruum pœnæ, non hominis vllius? Et hic ſane, qui damnatur in metallum videtur mori ſibi & aliis omnibus, vt in *l. intercedit, ſup. de cond. & demonſt.* Et ſtipulatio hæc, de qua hic agitur, committitur in eum, ad quem bona peruenerunt, *l. tutelas, §. pen. de ca. minu.* Maxima capitis deminutio ſemper morti adſimilatur. Deportatio non ſemper. Nec abs re eſt, quod Papin. de deportato tantum loquitur, ſicut nec abs re eſt, quod loquitur tantum de ſtipulatione ita concepta, *quum morieris, dabis,* quę vtilis eſt, quia ex ea obligatio incipit à promiſſore in ipſo moriendi articulo. Concepta autem ſtipulatio poſt mortem promiſſoris ante Iuſtinianum erat inutilis, quia non incipit à defuncto vel moriente, ac proinde non debet in heredem tranſmitti.

Ad §. vltimum.

Ex facto rei promittendi doli ſtipulatio heredem eius tenet, ſicut ex cæteris aliis contractibus: veluti mandati, depoſiti.

In hoc §. oſtenditur, ex clauſula doli, de qua dictum eſt initio, ſubiecta ſtipulationi, non tantum promiſſorem teneri, ſi quid fecerit dolo malo, ſed etiam heredem eius in ſolidum, etiamſi nihil ad eum ex delicto, ſiue dolo defuncti peruenerit, id eſt, etiamſi ob dolum defuncti locupletior ad eum hereditas non peruenerit, commiſſam ſtipulationem in defunctum tranſmitti in heredem. Et idem hoc, vt ſubiicit, ſeruari in ſtrictis ſtipulationibus, & in cæteris omnibus contractibus bonæ fidei: nam & ſtipulationem nominat inter contractus bonæ fidei. Nã & ex cauſa depoſiti, & mandati & commodati, & tutelæ, & negotiorum geſtorum, ob dolum defuncti heres tenetur in ſolidum, ſi ſolus heres ſit, vel ſi plures ſint heredes, ſinguli tenentur proportionibus hereditariis, *l. ex depoſiti, & l. ex contractibus, ſup. tit. prox. l. ad ea §. vlt. de R. I.* doli clauſula ſtipulationem, contractum bonæ fidei facit, *arg. l. pen. de mort. cau. donat. & l. 3. C. de except.* Verũ in *Inſtit. tit. de perp. & temp. except* dicitur, aliquando ex contractibus contra heredem non competere actionem, quum teſtator doloſe verſatus eſt, & ad heredem eius

nihil ex eo dolo peruenit, regulariter competere in heredem, aliquādo non competere, vt ait: Quod tum proprie euenire tandem cognoui, quum ob dolum defuncti nihil actori abest ex suis bonis, *l.1.C.de hered.tut.* Si quid abest, si quid damni senserit actor, proculdubio heres defuncti ex dolo eius ab eo actore in solidum conueniri potest, si vnus fuerit heres ex asse, vel si plures pro hereditariis portionibus. Sed si nihil actori absit, nihil est causæ, cur heredes cōueniat, quia nihil eius interest. Nā & quæso, quod erit extremum, & perbreue, cur heredes eius, quem viuum nemo eo nomine interpellauit, placet non teneri pœnali actione, veluti furti, aut iniuriarum, nec mixta actione, quatenus pœnam persequitur, veluti damni iniuria ex l. Aquilia, & vi bonorum raptorū: non pœnali, inquam, etiamsi quid ad heredes peruenerit: nō mixta autem, nisi quatenus ad heredes peruenerit ex dolo defuncti, nec excepta quidem actione vi bonorū raptorum, quæ etsi edicti verbis non detur de eo, quod peruenit ad heredes, *l.2.§.vlt.vi bon.rapt.* dari tamen potest non inutiliter. Hoc vero qua ratione ita placet, ne heredes teneantur pœnali, vel mixta actione ex dolo defuncti? nisi quia pœnali actione actor non persequitur rem, quæ sibi absit, sed pœnam tantum, quæ est extra rem familiarem, in quam æquum non est heredem innocentem succedere, *l.si hominem §.1.depos.l.pen.de nou.op.nunt.* In precario & in societate serua, quod iam pridem memini me adnotasse in hunc locum.

Ad l.11.de duob.reis stip.

Reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi conuenit. Reus itaque stipulandi actionem suam diuidere si velit, neque enim diuidere cogendus est, poterit eundem, vt principalem reum, item qui fideiussor, pro altero extitit, in partes conuenire, non secus ac si duos promittendi reos, diuisis actionibus conueniret.

DVo rei promittendi sunt, qui eandem pecuniam stipulanti promittunt, aut promisisse intelliguntur, singuli in partem virilem simul atque in solidum, *chacun pour soy, & vn seul pour le tout.* Quorum ius & conditio hæc est, vt quem ex eis elegerit stipulator, conuenire & exigere possit in solidum. Duos dicimus etiam pro pluribus, quasi istò primo numero duorum procudente cæteros, quod fit, vt Anatolius ait, ἀριθμῶν χύσις ᾗ ἀρχῇ, quasi fundus; & ita duos reos, qui dicit, intelligit etiam plures. Et in primo responso huius legis ostenditur, reos promittendi vice mutua, id est, alterum pro altero vicissim apud creditorem fideiubere posse. Videamus, quæ sint effecta huius mutuæ fideiussionis. Primum hac ratione fit, si duo rei promittendi apud stipulatorem vice mutua fideiusserint, vt idem sit reus principalis & fideiussor eiusdem pecuniæ, & vt possit stipulator si velit vnum ex eis cōuenire tanquam reum principalem pro virili parte sua, & tāquam fideiussorem pro parte conrei, diuisis, & dispartitis actionibus in partes duas, vel etiam, vt possit vnum ex eis conuenire in solidum tanquam reum principalem, vel tanquam fideiussorem: & si quidem tanquam fideiussor vel solidum vel partem pro conreo soluerit, in conreum habet actionē mandati, quod semper solet præcedere fideiussionem: nec enim quisquam fideiubet sine mandato eius, pro quo fideiubet. Vnde inter debitorem & fideiussorem eius semper contrahitur obligatio mandati; inter fideiussorem autem & creditorem obligatio ex stipulatu, quoniam fideiussio non fit nisi per stipulationem: Item hac ratione fit, quod conrei scilicet vice mutua fideiusserint, vt vnus ex eis conuentus tanquam fideiussor (hic est alius effectus mutuæ fideiussionis) non tantum compensare possit quod sibi stipulator debet, sed etiam quod idem stipulator debet conreo, quia conuenitur vt fideiussor nomine conrei, fideiussor compensat vtrumque, quod sibi vel quod conreo debetur, *l.4.& 5. sup.de comp.* ij sunt duo effectus mutuæ fideiussionis, qui non existunt si omissa sit fideiussio mutua. Quod sic demonstro: si conrei vice mutua non fideiusserint, nec socij sint, soluenti suo nomine, nulla actio est in conreū, nec mandati, quia inter eos non est contractum mandatum, nec negotiorum gestorum, vt Ioannes scripsit male, quia conreus soluendo suum negotium gessit, non alienum, vt se liberaret obligatione, qua tenebatur obstrictus, *l.si pro parte, in fine sup. de in rem verso.* ei, qui suum negotium gessit, absurdum esset dare negotiorum gestorum in alium. Si conrei, qui vice mutua non fideiusserunt, sint socij, puta, ex contractu societatis, soluenti competit in socium actio pro socio, vt agnoscat partem pecuniæ solutæ, & imputet sibi, *l.1.C.de duob.reis.* Item si conrei vice mutua non fideiusserint, nec socij sint, is quem elegerit & conuenerit stipulator non potest compensare, quod stipulator debet conreo, *l.prox.inf.h.t.* Si socij sint, potest compensare quod stipulator socio debet ex causa societatis, quasi & sibi debitum, non quod debet ex alia causa, si forte non erant socij omnium bonorum. Et ex iis quidem effectis intelligimus satis, quare dicat; *non inutiliter reos promittendi vice mutua fideiubere,* & non esse inutilem mutuam fideiussionem; nimirum, quia parit hæc duo effecta. Item quod iis effectis tantum sit locus in conreis, qui socij non sunt, intelligimus ex eo, socios frustra vice mutua fideiubere, quia ius societatis in iis tantum præstat, quantum in aliis, qui non sunt socij, mutua fideiussio. Ex iis etiam intelligimus, conreos non videri vice mutua fideiubere, nisi hoc ita actum sit. Quod indistincte verum est, siue socij sint, siue non: nam & in sociis, vt dixi, inutilis mutua fideiussio est, cum sufficiat ius societatis quod mutuæ fideiussioni consimile est, & non socij non possunt videri inuicem fideiussisse, nisi nominatim interposita stipulatione, & restipulatione, *fideiubes? fideiubeo*: nec enim alio modo fideiussio contrahitur: & à Græcis duo rei promittendi dicuntur ἀλληλέγγυοι, non quod vice mutua fideiussores sint, etiamsi id cautum non sit, sed quod, ac si essent vice mutua fideiussores singuli non in suam partem tenentur tantum, sed & in partem conrei. verum principali proprioque nomine propter suam obligationem, non fideiussorio nomine, si inuicem non fideiusserint. Nec obstat huic sententiæ, quod interuenientibus duobus reis promittendi, videatur alter pro altero intercedere, *l.vir vxori, in fine, ad Senatusc. Vell.* & ideo, si mulier & Titius constituantur duo rei promittendi, mulieri succurritur, quasi intercesserit pro alio, Senatusconsulto Velleiano, quod infirmat intercessiones mulierum. Dico hoc nihil obstare, quod cum duo se constituunt reos promittendi, alter pro altero intercedere videatur, quoniam aliud est intercedere, aliud fideiubere. Intercedere est genus: fideiubere species. Fideiubemus vno duntaxat modo, si stipulanti adpromittamus pro debitore mandatu eius: Intercedimus, si vel fideiubemus, quod est proprie adpromittamus, vel si expromittamus, quod est aliud, puta, per nouationem in nos translata principali obligatione, & liberato priori debitore, vel si res nostras pignori obligemus pro alio, vel si constituamus nos soluturos pro alio, vel si mandemus alij pecuniam credi, vel si eiusdem pecuniæ ex eodem contractu nos cum alio reos faciamus, & debitores principales in partem virilem & in solidum, vt *l. inter eos, inf. de fideiuss.* & aliis plerisque modis intercedimus, qui comprehenduntur Senatusconsulto Velleiano de intercessionibus mulierum. Male autem Ioannes, conreos socios tacite videri vice mutua fideiubere: nam quod statuit in non sociis, vt non videantur vice mutua fideiubere, nisi ita expressum sit solemni stipulatione, vt debet, ita de-

buit Ioannes idem ſtatuere etiam in ſociis, quanquam A in eis inutilis ſit mutua fideiuſſio, vt dixi ſupra. Denique detracta ea diſtinctione inter ſocios, & non ſocios, vera eſt ſententia Ioannis, cuius argumenta collegit Accurſius in *dicta l. vir vxori.* Et examinaui omnia illa argumenta ad Africanum in eandem legem *vir vxori.* Illinc aſſumes, quæ ad eam pertinebunt. quanquam res non egeat multis argumentis, cum & hæc lex aperte demonſtret, reos non videri vice mutua fideiubere, niſi ita accepti ſint nominatim: & ratio quoque euidens eſt, quod fideiuſſio contrahatur per ſtipulationem expreſſam. Peſſime autem Martinus indiſtincte dixit, correos vel non ſocios ſemper videri vice mutua fideiubere. Ex iis etiam intelligimus, veriſſimum eſſe, præmiſſa propoſitione eiuſmodi, reos promittendi inuicem fideiubere poſſe. Inde colligit Papinianus, quod initio B attigi, ſi inuicem fideiuſſerint, ſtipulatorem, ſi velit, diuidere actiones poſſe, conuento vno ex conreis pro parte, actione creditæ pecuniæ, vt reo principali, & pro parte altera actione ex ſtipulatu, vt fideiuſſore conrei: *Si velit,* inquit, *nec enim cogendus eſt diuidere actiones*, quod fruſtra Papinianus adiicere videtur. Nam in arbitrio & electione fuit creditoris ante Iuſtinianum in *Nouella* 4. quem priorem conueniret reum principalem, an fideiuſſorem; nec potuit cogi prius conuenire reum quam fideiuſſorem. Ergo manifeſtum eſt, nec cogi potuiſſe diuiſis actionibus partem exigere à reo, partem à fideiuſſore, ſed totum ab hoc vel ab illo exigere potuiſſe. Cur ergo monet nos, non eſſe cogendum diuidere actiones & partem exigere veluti à reo, partem C à fideiuſſore, quod erat euidentiſſimum? Hoc mihi nullus expediet, niſi qui animaduertet illam, quam ante Iuſtinianum principum conſtitutiones creditori dabant electionem, vt ſi vellet, ſtatim excuteret & exigeret fideiuſſorem, nec cogeretur prius excutere reum principalem, prius experiri cum reo principali, vel ſaltem diuidere actionem, hanc, inquam, electionem Papin. non admodum probaſſe, vel ipſo Iuſtiniano teſte, qui magni Papiniani auctoritate vtitur in eadem Nouella, ſcil. ſi præſens eſſet reus principalis, & locuples: nam & hoc caſu, cur excuties potius fideiuſſorem, qui habet præſentem reum & idoneum? Quod & Mar. Tullius vltima ad Attic. ait habere quandam *δυσωπίαν, vne honte*, ſi quis fideiuſſorem prius appellet quam debito- D rem, qui præſens eſt & ſoluendo. At fideiuſſorem eundemque correum eiuſdem pecuniæ, vt in ſpecie propoſita, Papinianus facile concedebat ſine diſtinctione ſtatim conueniri poſſe in totum, vt reum, vel vt fideiuſſorem: vel diuiſis actionibus in partem, vt reum, in partem, vt fideiuſſorem, ſicut illo loco: *non ſecus ac ſi duos promittendi reos diuiſis actionibus conueniret*, ſignificat & vnum ex reis, quod addi poteſt ex l. quam mox adferam: vnum, inquam ex reis, vel fideiuſſorem eius pro parte conueniri poſſe, & alterum reum vel fideiuſſorem eius pro altera parte diuiſis actionib. *l. 3. §. 1. h. t. l. inter, §. duo, D. de fideiuſſ.* Difficilius autem Papi. permittebat partem debiti peti à debitore principali, par- E tem à fideiuſſore eius, qui conreus non eſſet, ſi reus principalis erat præſens & idoneus, exiſtimans, honeſtius eſſe totum prius à debitore idoneo & præſente peti, quam à fideiuſſore, quod tamen alij auctores permiſerunt, *l. grege §. etiam, de pignorib. l. 1. C. de fid. tut. l. reos, C. de fideiuſ.* Papinianus vt ſermonis, ita iuris antiqui fuit ſtudioſiſſimus, & iure antiquiſſimo, vt teſtatur Iuſtinianus in eadem Nouella, hæc libera electio creditori non fuit experiundi cum quo vellet in ſolidum, vel diuiſis actionibus, quæ poſtea data eſt Conſtitutionibus innumeris, & nouiſſime adempta Nouella Iuſtinia. reſtituto iure antiquo, & approbata Papin. ſententia, quæ omnia maxime notanda ſunt. Alterum reſponſum non eſt tanti laboris tantique momenti.

Ad §. 1.

Cum tabulis eſſet comprehenſum, illum & illum centum aureos ſtipulatos: neque adiectum ita, vt duo rei ſtipulandi eſſent: virilem partem ſinguli ſtipulari videbantur. & è contrario cum ita cautum inueniretur; tot aureos recte dari ſtipulatus eſt Iulius Carpus, ſpopondimus ego Antoninus Achilleus & Cornelius Dius, *partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum ſingulos in ſolidum ſpopondiſſe, ita vt duo rei promittendi fierent.*

IN altero reſponſo oſtenditur, reos ſtipulandi non eſſe eos, de quibus ita inſtrumento ſcriptum eſt: Primus & Secundus centum ſtipulati ſunt; ſpopondit L. Titius. rei ſtipulandi ſunt, quibus eadem pecunia debetur ſingulis in ſolidum, cuiuſmodi non ſunt ij, de quib. cautum eſt hoc modo; *ille & ille ſtipulati ſunt, ſpopondit ille*, niſi ſit adiectum: *ita vt duo rei ſtipulandi eſſent,* quia ambigua ea oratio eſt, *ille & ille ſtipulati ſunt.* Quid enim ſtipulati ſunt, an ſinguli viriles, an ſinguli ſolidum? ambiguus eſt ſermo, qui duo ſenſa habet, vel recipere poteſt: & in ambiguis id accipimus, quod ſtipulatoribus nocet, *l. ſtipulatio iſta §. in ſtipulationib. ſup. tit. prox.* Itaque hoc caſu non ſinguli in ſolidum ſtipulati videntur, ſed in partem virilem tantum. Et è contrario, ſi ita ſcriptum ſit, *ille centum aureos dari ſtipulatus eſt, ſpopondimus ego L. Titius, & C. Seius,* nec ſit adiectum, *ita vt duo rei promittendi eſſent*, non ſunt duo rei promittendi L. Titius & C. Seius, id eſt, ſinguli viriles partes debent, non ſolidum. Et obſeruanda maxime hic eſt vna differentia inter duos vel plures fideiuſſores, & plures, qui ſe principaliter obligant. (fideiuſſores, ſunt acceſſiones) Nam acceptis pluribus fideiuſſoribus id agitur plerunque, vt ſinguli in ſolidum teneantur, *§. ſi plures, Inſtitut. de fideiuſ.* Sed ſi ita agatur, vt dixi, habent beneficium diuiſionis ex epiſtola D. Adriani, cum ſint omnes ſoluendo litis conteſtatæ tempore, *d. §. ſi plures.* Poteſt agi nominatim, vt ſinguli fideiuſſores in partem tantum teneantur, *l. 10. inf. de fideiuſ.* Sed ſi hoc dictum non ſit, plerunque actum intelligitur, vt ſinguli in ſolidum teneantur. At quum plures ſe principaliter obligant in ſummam certam, vt apparet ex hoc reſponſo, in dubio plerunque id actum intelligitur, vt viriles tantum partes debeant ſinguli, non ſolidum. Et ratio differentiæ inter plures fideiuſſores & plures reos, debitores principales hæc eſt, quia ſinguli fideiuſſores accedunt obligationi in ſolidum, quam reus principalis contraxit, cuius locum ſinguli obtinent, *l. 4. D. de fideiuſſ.* At plures rei principales non accedunt alij obligationi, quæ ſit contracta in ſolidum. Et ideo niſi aliud cautum ſit, plerumque id actum intelligitur, vt viriles tantum partes debeant. Ratio eſt euidentiſſima. Poſtremo ex hoc reſponſo apparet, duos reos ſtipulandi vel promitttendi eſſe, de quibus ſpecialiter actum eſt: vt duo rei ſtipulandi vel promittendi eſſent, licet ſolemniter ſinguli non ſint ſtipulati, vel ſolidum non promiſerint. Id vero ſpecialiter agi neceſſe eſt in ſpecie huius §. ambiguitatis tollendæ cauſa; alioquin non videntur eſſe duo rei, ſi nulla ſit ambiguitas, id eſt, ſi conſtet de mente contrahentium, forte ex tractatu ante habito inter eos. Duo rei ſtipulandi ſunt, qui rogant, *ſpondes?* Duo rei promittendi, qui reſpondent, *ſpondemus*, vel *ſpondeo, l. 4. hoc tit.* Duos reos facit animus contrahentium, *l. his verbis, hoc tit. l. cum appareat, loc.* At hodie ex *Nouella 99.* generaliter dicimus, non fieri duos reos tacito intellectu, ſed nominatim tantum & ſpecialiter hoc expreſſo, vt ſinguli in ſolidum teneantur. Sed licet ipſo iure in ſolidum teneantur, tamen ſi omnes ſint præſentes & idonei, habent beneficium diuiſionis, vt pro parte tantum condemnentur, ſicut fideiuſſores plures

& mandatores, & rei constitutæ pecuniæ. In principio obseruandum est proponi hanc propositionem, reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi. Cur dicat non inutiliter, ostendi satis aperte, prolatis effectis mutuæ fideiussionis, & ostendi cur dicat, *accipi*, nimirum, quia non accepi nominatim vice mutua: fideiussores duo rei promittendi inuicem fideiubere non videntur, quæ fuit sententia Ioannis rectissima, si non addidisset hanc exceptionem: *nisi socij sint*. Nam & rei promittendi, qui socij sunt, non intelliguntur vice mutua fideiubere, nisi id cautum sit nominatim, id est, nisi accepti sint vice mutua fideiussores, & vero frustra etiam inuicem fideiusserint. Ex hac propositione, quam posuit Papinianus initio huius legis infert: si duo ei vice mutua fideiussores accepti sint, posse creditorem si velit, vnum ex duobus pro parte conuenire, vt reum principalem, pro parte, vt fideiussorem correi, diuisis actionibus. *Si velit*, inquit quod confirmat etiam *l. 3. §. 1. eod tit. & l. grege §. etiam, de pignorib. l. reos, C. de fideiuss. & mandat. l. 1. C. de fideiuss. tut. si velit*, inquit, & subinfert: cur dixerit, *si velit, neque enim*, inquit, *actionem diuidere cogendus est*, in parte scilicet, vt partem exigat, tanquam à reo, partem tanquam à fideiussore. Cur vero non est cogendus, cedo perspicue? Quia scilicet beneficium diuisionis ex epistola D. Adriani datur pluribus fideiussoribus, vel mandatoribus credendæ pecuniæ, ex epistola, inquam, Diui Adriani, cuius est frequentissima mentio in iure nostro, quam nec ignorant tabelliones, datur pluribus fideiussoribus, vel mandatoribus creditæ pecuniæ, vt in partes singuli conueniantur, non in solidum, licet in solidum teneantur si modo omnes sint præsentes, & locupletes litis contestatæ tempore, *§. si plures, Instit. de fideiussorib.* Idem beneficium non datur reo & fideiussori. Quod probat aperte *l. si plures §. vlt. de fideiussor.* quā omiseram, hoc est, nō cogitur creditor inuitus partem crediti petere à reo, partem à fideiussore diuisa actione, quia inter reum & fideiussorē non est locus epistolæ D. Adriani, siue beneficio diuisionis, sed totum potest petere, prout elegerit, secundū ius quod obtinuit ante Iustinianum, vel à reo, vel à fideiussore. Et inde subiicit Papinianus hoc loco: *non secus ac si duos promittendi reos, diuisis actionibus conueniret*: subijcit, inquam, idem esse in duobus reis promittendi: nam creditor si velit, potest partem petere ab vno, partem ab altero diuisis actionibus, vt in *l. 3. §. 1. eod tit. l. inter eos §. duo, de fideiussor. si velit*, inquam, quia creditor non cogitur inter duos reos promittendi diuidere actionem pro partibus, quia beneficium epistolę Diui Adriani non pertinet ad duos reos promittendi: & vt ad duos reos promittendi pertineret, primus fecit Iustinianus in *Nouella 99.* ante Iustinianum, hoc est iure Digestorum vt loquuntur, beneficium epistolæ D. Adriani non pertinebat ad duos reos promittendi, id est non poterat compelli creditor, vt pro partib. ageret si mallet agere in solidum in vnum ex duobus reis: & eam ob rem, ante Iustinianum vno ex duobus reis soluente partem, nullo modo liberabatur neque ipso iure, neque per exceptionem obligatione residuæ partis, etiam si alter conreus soluendo esset, *l. si ex toto §. 1. de legat. 1.* Sed fideiussor, quia inter fideiussores locum habebat beneficium diuisionis, qui soluerat partem, liberabatur per exceptionem obligatione reliquæ partis, *l. inter eos §. 1. de fideiuss.* Et hæc est sincera sententia huius responsi, quæ nemini, vt puto non videtur esse facillima.

Ad l. 52. de fideiuss.

Amissi ruina pignoris, damnatum tam fideiussoris, quam rei promittendi periculum spectat. nec ad rem pertinebit, A *fideiussor ita sit acceptus: quanto minus ex pretio pignoris distracti seruari potuerit: istis enim verbis etiam totum contineri conuenit.*

HÆc lex continet 4. responsa. In primo responso ostenditur: si res pignori data creditori ruina vel incendio perierit, periisse eam rem debitori & fideiussori eius. Debitori, vt domino: Pignoris causa non mutat dominium, æquum est domino cuique suam rem perire: debitori ergo perit, vt domino, *l. pignus, C. de pign. act.* fideiussori autem eius perit, vt domini locum obtinenti, *l. 4. h. tit.* Ex quo sequitur, amisso ruina pignore, creditorem non amittere crediti actionem. Ruina est casus fortuitus, casus fortuiti non imputantur B creditori, *l. quæ fortuitis, & l. pignor. C. de pigner. act.* Dolus & culpa creditori imputantur, & amissio pignoris, quæ contingit dolo aut culpa creditoris, debitorem & fideiussorem eius liberat, *l. sicut, C. de pign.* non quæ contingit casu fortuito. Addit Papinianus neque fideiussorem debitoris liberari pignore ruina perempto, vel alia vi maiore siue casu fortuito, licet fideiussor ita acceptus sit. *Quanto minus ex pignore creditor seruare potuerit*; quasi nihil superfit, quod minus seruauerit: nam, vt ait, & minus seruasse intelligitur, qui nihil seruauit, *l. illud §. minus, de trib. act l. 32. & 150. de verb. sign.* Igitur & ita acceptus fideiussor tenetur, licet nihil superfit ex pignore, quod casus maior absumpsit.

C

Ad §. inter.

Inter fideiussores actione diuisa, condemnatus si desierit esse soluendo, fraus vel segnitia tutoribus, qui iudicatum persequi potuerunt damnum dabit. quod si diuisam actionem inter eos, qui non erant soluendo, constabit, pupilli nomine restitutionis auxilium implorabitur.

SI plures sint fideiussores debitoris certissimum est, singulos ipso iure teneri in solidum, vt paulo ante ostendi, sed si omnes præsentes sint & idonei litis contestatæ tempore, habent beneficium diuisionis ex epistola D. Adriani, vt in singulos diuidatur actio pro virilibus portionibus, quo beneficio vtuntur confideiussores etiam aduersus pupillum creditorem, vt hic locus D ostendit, qui in hanc rem est singularis. Fac igitur, pupillo agente aduersus fideiussorem diuisam fuisse actionem inter fideiussores in portiones viriles, qui presentes & locupletes erant & post condemnationem vnum forte ex fideiussoribus, dum tutores creditoris cunctantur & procrastinant agere iudicati, desiisse esse soluendo facultatibus euersum, quod plerumque in atomo contingit miseris mortalibus. Huius inopia & infortunium nihil onerat confideiussorem, quia erat soluendo litis contestatæ, imo & rei iudicatæ tempore, sed inopia huius quę contigit post damnationem, onerat tutores, quorum vitio factum est, vt ille, dum erat in facultatibus, non exigeretur in tempore: fraus, inquit, & segnitia, id est, dolus & culpa tutorum eis damnum E dabit, quod notissimum est. Debent enim tutores præstare dolum & culpam, *l. contractus, de regul. iuris l. qui solidum §. etiam, de leg. 2.* Quæro quid sit dicendum, si medio tempore post litem contestatam, ante rem iudicatam ille desierit esse soluendo? Et vt respondet, hoc casu sane periculum pertinet ad pupillum ipsum, non ad confideiussores, non ad tutores, quia nihil imputari tutoribus potest, cum ante rem iudicatam agere non potuerint, & exigere pecuniam, *l. tutores, in princ. & §. tutores, de adm. tut.* Imo nec restitui in integrum eo nomine pupillus potest, *l. 7. de fideiuss. tut. l. prox. §. pen. sup. hoc tit. Quia*, inquit, *non videtur esse deceptus pupillus, qui iure communi vsus est*, id est, qui diuisit actionem inter fideiussores, qui soluendo erant litis con-

testatæ tempore, licet postea desierint esse. At si diuisa per imprudentiam fuerit actio inter fideiussores, qui omnes soluendo non erant litis contestatæ tempore, certum est hoc casu pupilli vel adolescentis nomine implorari posse auxilium restitutionis in integrum aduersus diuisionem actionis inconsulto factam, quæ fieri non debuit, quia hoc casu minor deerrauit à iure communi, qui inter quos non debuit, diuisit actionem: Beneficio restitutionis in integrum minori restituitur actio plenior in eos fideiussores, qui soluendo erant litis contestatæ tempore, in locum eorum, qui eo tempore soluendo non erant. Ac præter beneficium restitutionis integra est pupillo vel adolescenti actio in tutores, vel in curatores, si qua eorum culpa arguatur, *l. 3. C. si tutor vel curat. interu.*

Ad §. fideiussores.

Fideiussores à colonis datos etiam ob pecuniam dotis prædiorum teneri conuenit, cum ea quoque species locationis vinculum ad se trahat: nec mutat confestim, an interiecto tempore fidem suam adstrinxerunt.

IN hoc §. ostenditur, fideiussores datos simpliciter in causam locationis à colonis siue conductorib. prędiorum, non tantum videri datos ob pensiones, vt *l. si à colono, inf. h. tit.* sed etiam, vt ait, *ob pecuniam dotis prædiorum*, id est, ob æstimationem instrumenti prædiorum, quod coloni à locatore æstimatum acceperant, vt in *l. 3. sup. loc. cit.* ea lege, vt finita locatione eius instrumenti pretium reddant locatori. Debet locator agri colono etiam præstare instrumenta, & vasa agri siue coloniæ necessaria, veluti dolia & alia, quæ enumerantur in *l. sed addes §. illud, sup. loc.* Fac igitur, locatorem prædiorum dedisse instrumenta prediorum colono æstimata: fideiussores dati à colono non tenentur tantum ob mercedes, sed etiam ob æstimationem instrumentorum datorum colonis, quæ instrumenta vocantur dotes prædiorum. Et idem Papin. in *l. 2. de inst. vel inst. leg.* dicit, ea instrumenta, easue dotes prædiorum Græco vocabulo appellari ἐνθήκας. Recte igitur in Basilic. hic est expressa huius §. sententia breuiter: ὁ ἐγγυητὴς τοῦ μισθωτοῦ καὶ ἐπὶ ταῖς ἐνθήκαις τοῦ ἀγροῦ ἐνέχεται, *fideiussor coloni etiam nomine enthecarum agri tenetur.* Ideo autem ait, *fideiussores, quos dedit colonus, teneri etiam ob pecuniam dotis prædiorum*, qui dotis prædiorum causa ex locatione nascitur, & locationis vinculum, id est, obligatio, causa locationis hanc quoque speciem ad se trahit siue comprehendit, id est, huic contractui inest, non ager tantum, sed & agri omne instrumentum, omnis dos; veluti, vt locator prædiorum colonis prestet non tantum prædia, sed etiam instrumenta & dotes prędiorum, & coloni reddant finito tempore conductionis, *d. §. illud.* & adijcit Pap. nihil interesse confestim fideiussor interuenerit initio locationis in causam locationis, confestim, siue ex continenti, an interiecto tempore, siue ex interuallo. Et ita accipiendum est, quod vulgo dicitur, *fideiussorem vel præcedere vel sequi obligationem principalem*, vt nihil intersit, quo tempore præcedat vel sequatur: sicut nihil interest, quo tempore pecuniæ creditæ stipulatio interponatur, confestim, an ex interuallo, *l. 3. §. vlt. & l. 5. ad Macedon. l. 6. §. vlt. & l. 7. tit. prox. inf.*

Ad §. vltimum.

Plures eiusdem pecuniæ credendæ mandatores, si vnus iudicio eligatur, absolutione quoque secuta, non liberantur: sed omnes liberantur pecunia soluta.

EX §. vltimo intelligimus rem admodũ singularem, differentiam veterem, quæ fuit inter plures fide-

A iussores, vel plures reos debendi, & plures mandatores, quam sustulit Iustinianus in *l. vlt. C. eod. tit.* sed eius differentiæ vestigium certissimum residet in hoc §. *vlt.* Differentia hæc est: Si sint plures mandatores credendæ pecuniæ, liberum est creditori vnum eligere, & conuenire in solidum, sicut & vnum fideiussorem è multis; nondum est differentia. verum electione vnius mandatoris, & litis contestatione, omnes non liberantur, id est, electo vno mandatore, & iudicio dictato in eum, neque reus liberatur hoc solo, neque cæteri mandatores, *l. reos, C. eod. tit.* quæ etiam de mandatoribus tantum loquitur, vt hic §. Res ergo ita se habet, electione vnius mandatoris sola, & litis contestatione omnes non liberari, id est, nullum liberari, nec reum principalem, nec cæteros mandatores, etiam si ille qui electus est, iudicio absolutus sit. Sed solutione demum omnes liberantur, cum satisfactum est creditori. De mandatorib. loquitur Papinianus hoc loco, vt *l. reos.* quoniam aliud erat, quam in mandatoribus, in duob. reis debendi, vt patet ex *d. l. vlt.* quoniam electione vnius fideiussoris vel vnius rei debendi, vt in *l. 2. sup. de duob. reis*, etiam non exspectata solutione, protinus cæteri omnes liberabantur. Quæro, quæ fuit differentia? Ratio differentię, quam nondum me tradidisse memini, hæc est, quia mandatores tenentur iudicio bonæ fidei, id est, mandati, quo iudicio æquum est, ne ante solutionem liberentur, qui absoluti non sint, ne creditor in damno versetur. At fideiussores & duo rei tenentur stricto iudicio, id est, ex stipulatu: diuersitas iudiciorum constituit differentiam inter mandatores & fideiussores, vel reos debendi: fideiussores & rei debendi tenentur stricto iudicio, quo creditor, qui agit in vnum omissis cæteris, quia cogit se in angustum strictumque iudicium, non potest ea res ei præiudicare. Hæc est ratio differentiæ summe notanda.

Ad l. 96. de solut.

Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris soluit. Liberatio contigit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur. Sed & interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si eum consilium fraudis participasse constabit.

SCiendum est, debitorem pupilli recte soluere id quod ei debet, tutori eius, *l. quod si forte §. 1. & l. solutam, hoc tit.* & soluentem tutori liberari ipso iure, *l. tutores §. tutelæ, & §. vlt. de administ. tut.* liberari ipso iure, etiamsi tutori soluerit sine iudice. Nam constitutio Iustiniani sententiam iudicis exigit, non quum tutori, sed quum pupillo soluitur tutore auctore, vt aduersus solutionem ita factam, nunquam possit impetrari restitutio in integrum, & debitori, qui soluit, plenissima contingat liberatio & securitas. Et quod dicitur in ea constitutione Iustini. *l. sancimus, C. de adm. tut. & §. at ex contrario, Instit. quib. alien. licet*, licere tutori vel curatori debitorem pupillarem soluere, sic est accipiendum, debitorẽ pupilli solutionem facere tutori vel curatori accipienti pupilli vice, cui debitor pręsenti pecuniã offert, & soluere in animo habet, atque adeo cui soluit tutore auctore potius, quã tutori: quæ solutio, vt in totum debitorẽ absoluat, & securũ faciat, nec per in integrum restitutionem irrita constituatur, Iustinian. exigit, vt etiam ea solutio pupillo fiat, vel numeretur pecunia tutori vice pupilli, etiam iudice auctore. solutio ita facta non reuocabitur, nec beneficio restitutionis in integrum, siquidem facta sit pupillo, vt dixi, & tutore, & iudice auctore, videlicet si qua pecunia soluatur pupillo, quæ semel inferenda sit, vt puta, legatum, si pupillo soluatur ex testamento, vel si fors soluatur ex chirographo, vel ex obligatione nominum, ne

aduersus solutionem hanc detur quandoque minori restitutio in integrum, exigitur à Iustin. tum tutoris, tum iudicis sententia, atque auctoritas pronuntiantis solui pecuniam pupillo, si qua pecunia debeatur, quæ semel inferenda sit. Nam ex eadem constitut. reditus, & vsuræ, & mercedes locationum, quarum solutio diuidi solet pensionibus, puta, vt soluantur vel quotannis vel quot mensibus, vel trino quoque mense, vt fit, hæc ita rectè pupillo soluuntur tutore auctore etiam sine iudice, & sine periculo, & metu restitutionis in integrum aduersus solutionem pensionum huiusmodi. Et ratio hæc est: quia graue esset his de causis toties iudicem adire. Et ita explicanda est hæc constitutio Iustiniani. Hoc cognito, finge: debitor pupilli, cum vellet soluere tutori eius à tutore delegatus est creditori suo, puta, vt oblatam pecuniam solueret creditori tutoris, & soluit: Quæritur, an liberetur? Et respondet Papin. liberatum videri debitorem pupilli, qui delegante tutore, & mandante soluit creditori tutoris, nimirum, quia tutori soluitur rectè, & tutori solutum videtur, cum ei solutum est, cui tutor solui iussit *l. cum iussu, & l. solutam, h. t. l. 167. §. qui iussit, de reg. iu.* Verum huic responso addit Papin. hanc exceptionem: si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur, *si cum tutore fraudem non participauerit*, vt in Basil. si in ea re non interuenerit dolus malus vtriusque, debitoris scil. & tutoris. Nam si dolus vtriusque interuenerit, non tantum eo nomine in tutorem est actio tutelæ finita tutela, qua dolus malus vindicatur, cum sit actio bonæ fidei, sed, vt Accurs. sentit rectè, ex generali edicto, quod est de minorib. 25. annis, restituitur pupillo pristina actio in debitorem. Et hoc igitur casu, id est, si debitoris dolus, si collusio interuenerit, si in fraudem pupilli id ex compacto egerint inter se debitor & tutor, vt pecunia perueniret ad creditorem tutoris, debitor liberatur quidem ipso iure, qui creditori tutoris soluit mandatu tutoris, sed pupillo restituto in integrum, ex hac causa actione vtili debitor conueniri potest, id est, restitutoria actione: non est in plenum liberatus, in quem vtilis siue restitutoria actio decerni potest, *l. 5. sup. de restit. in integr.* At quid fiet si dolus (nam superiora sunt apertissima) tutoris interuenerit, non etiam dolus debitoris pupilli qui mandatu tutoris soluit creditori tutoris, si quantum in debitore est, res gesta fuerit bona fide, nullo colludio habito cum tutore, quo casu debitor omnimodo liberatur, nec aduersus eum minor restitui potest in integrum: si denique non cum debitore, sed cum creditore suo, cui debitor pupilli bona fide soluit, tutor fraudandi pupilli consilium inierit ei delegato debitore pupilli, quid fiet? Et tunc subiicit Papin. superesse pupillo in creditorem tutoris, qui pecuniam accepit à tutore pupilli, interdictum fraudatorium, si fraudem participauerit, vt posui, cum tutore. potest addi, vel actionem Paulianam. Nam vtroque remedio reuocatur & rescinditur, quod tutor gessit in fraudem tutelæ, siue pupilli, cui ex tutelæ administratione obligatus erat, sicut quod quilibet alius debitor gessit in fraudem creditorum, reuocatur actione Pauliana, quæ proponitur in *l. 1. sup. quæ in fraud. credit.* vel reuocatur interdicto fraudatorio, quod proponitur in *l. 10. in pr. eod. tit.* de quo etiam fit mentio in *l. si postulante, sup. ad Treb. & l. 1. C. Theodos. de restit. in integrum.* Et inter hæc duo remedia, hæc est differentia. Pauliana reuocat dominium rei, vel pecuniæ alienatæ in fraudem creditoris, *l. 14. eod. tit. quæ in fraud. cr.* creditor scilicet vindicat, & petit rem alienatam in fraudem suam, esse debitoris, etiam si ea res ei pignerata non sit: Actio Pauliana vindicatio est rei, non qua petat creditor rem suam esse, sed qua petat rem esse debitoris, quam alienauit in fraudem, *§. item si quis in fraudem, Instit. de actionib.* Interdictum autem fraudatorium

A reuocat possessionem: interdicta omnia sunt de possessione, non de proprietate: ergo interdictum fraudatorium est de possessione, *l. vlt. §. pen. eod. tit.* in illo loco: *possessionem restitui oportere*: Nam quod notandum, tota ea lex *vlt.* sicut & l. *ex iis, & l. Cassius, eod. tit.* quæ omnes sunt ex libro 6. interdictorum Venuleij, æque omnes sunt de interdicto fraudatorio, & licet actionem nominent, tamen intelligunt interdictum fraudatorium, vel actionem in factum ex causa interdicti fraudatorij. Sequitur alia & grauissima differentia, quæ tollit magnas cōtrouersias. In Pauliana actione veniunt fructus medij temporis, id est, à die alienationis, in diem iudicij accepti, quo dictata est actio Pauliana & contestata. Perceptos post acceptum iudicium certo certius est venire in cōdemnationem. Sed de quo B dubitari poterat, etiam percepti ante acceptum iudicium medio tempore post alienationem veniunt in actionem Paulianam, *l. 10. §. per hanc actionem, & §. præterea, eod. tit.* Et ratio redditur in *l. videamus §. in Fabiana, de vsur.* quia prætor id agit data actione Pauliana, vt perinde omnia sint, atque si nihil alienatum esset: ac propterea verbum, *restituas*, quod in ea re vsurpat, plenam significationem habet, vt fructus quoque restituantur medij temporis. At in fraudatorium interdictum fructus medij temporis non veniunt, sed ij tantum, qui percepti sunt post iudicium acceptum, post litem contestatam, *d. l. vlt. §. non solum*, quæ tota est, vt dixi, de hoc interdicto, quia nulla alia ratione possum explicare, & in concordiam adducere cum *l. 10. §. per* C *hanc actionem*, quæ dicit, fructus medij temporis in restitutionem venire, quam si dicam, non vtroque loco de eadem actione agi, sed in illo de Pauliana actione, in hoc de interdicto fraudatorio, in quo fructuum exinde tantum ratio habetur, ex quo iudicium acceptum est: non retrorsum, sed prorsum secundum regulam propositam in *l. 3. de interdict.* in interdictis restitutoriis ex eo die rationem fructuum haberi, quo edita sunt, non retro, à qua regula tantum excipitur interdictum vnde vi, *l. 1. §. ex die, sup. vnde vi*, qui §. est coniungendus cum *d. l. 3.* Excipitur etiam ab ea regula interdictum vnde vi, *d. l. videamus §. in Fabiana.* Totam autem eam *l. vlt.* esse accipiendam de interdicto fraudatorio, non tantum inscriptio demonstrat, sed etiam verba §. *non solum*, quæ respiciunt ad verba interdicti fraudatorij proposita in *d. l. 10.* Verba sunt huiusmodi: *Quæ L. Ti-* D *tius fraudandi causa in bonis quibus de ea re agitur fecit;* legendum, *in bonis quib. de agitur*, vt in §. *si fraudator d. l. 10.* non, *in bonis quib. de ea re agitur*, vt Florentinæ. §. inquam, *non solum*, respicit ad ea interdicti verba, dum ait, fructus, qui tempore alienationis solo cohærebant, quia pars sunt rei alienatæ, venire in restitutionem, *quia*, inquit, *in bonis fraudatoris fuerunt*, respiciens ad verba interdicti: medio autem tempore perceptos fructus non venire, *quia* inquit, *in bonis non fuerunt.* Ex hac distinctione inter actionem Paulianam & interdictum fraudatorium patet & lucet discrimen, quod est inter *l. 10. §. per hanc, & §. præterea, & l. vlt. §. non solum*, quod dirimere nostri nulla ratione possunt, nec expedire possit aliter quisquam, quam separata actione ab E interdicto fraudatorio. Verum ad rem, in specie proposita hoc loco, qui debitor erat pupilli ex causa tutelę, in fraudem pupilli creditori suo iussit solui pecuniam pupillo debitam, & sciens creditor tutoris eam pecuniam accepit; Si sciens tutor scienti creditori suo, suam vel sibi debitam pecuniam soluisset in fraudem pupilli, & cæterorum creditorum, proculdubio locus esset actioni Paulianæ, & interdicto fraudatorio, *l. 2. & 3. eod. tit.* Et multo magis, si pupilli pecuniam propriam, vel pupillo debitam soluerit sciens, aut solui iusserit scienti creditori suo in fraudem pupilli, locus erit iisdem actionibus rei restituendæ gratia. Ac præterea ex

rea ex hoc facto etiam in tutorem tanquam in fraudato- A rem competit actio ex eodem edicto. Nam edicto non tantum datur actio in eum, qui à fraudatore accepit, vt rem alienatam reſtituat, vel poſſeſſionem, ſed etiam in fraudatorem ipſum, *l. 1. & l. vlt. §. 1. eod. tit.* Ergo ex hoc facto in tutorem pupillo competit actio ex eodem edicto, & in creditorem quoque tutoris, qui fraudem participauit, qui turpiter facit, vt ait *l. ſi poſtulante, ad Trebellian.* turpiter fecit, qui fraudem participauit, id eſt, qui fraudis conſcius eſt, qui cum fraudatore negotiatur, fraudem vero non ipſe facit, ſed debitor. Ideoque nec de dolo actio vnquam fuit in eum qui quid à fraudatore accepiſſet ſciens, quia dolum ipſe non facit, licet turpiter accipiat ab eo, quem non ignorabat eſſe fraudatorem, aut fraudandorum creditorum animum habere. Et M. Tullius 1. ad Atticum, de actione Paulia- B na ſentit, cum ait, *Creditores Publij Varij egiſſe cum fratre Caninio de his rebus, quas à Vario fratre eius dolo malo traditas mancipio acceperat.* Et ideo in *l. 1. quæ in fraud. credit.* dicitur prætorem neceſſario propoſuiſſe actionem Paulianam: quaſi ſcilicet deficiente alia actione, quia in fraudatorem, & in participem fraudis nulla ex hac cauſa ciuilis fuit, aut ſane fuit inanis actio in participem, non fuit actio ciuilis, vel prætoria, quia dolum non fecit: non fuit etiam in fraudatorem, quia bonis fraudator exutus eſt, & ſpoliatus. Quandoquidem de actione Pauliana danda, vel interdicto fraudatorio nunquam tractatur, niſi quum creditores miſſi ſunt in poſſeſſionem bonorum debitoris, eaque diſtraxerunt, aut mox diſtracturi ſunt; cum in eo res eſt, tum reuocant C alienata in fraudem actione, vel interdicto, non alia vlla actione. deficiebat omnis alia actio etiam in fraudatorem, qui bonis ſpoliatus eſt, bonis poſſeſſis & diſtractis: ſicut bonis ceſſis, facta ceſſione bonorum, aut bonis publicatis debitor liberatur: ſed ex eo edicto etiam in fraudatorem datur actio, vel pœnæ cauſa, vt ait *d. l. vlt. §. vlt.* vt ſcilicet carcere & vinculis contineatur, quod res non reſtituat, quas nec reſtituere poteſt, qui exutus eſt omnibus bonis; in fraudatorem eſt quaſi pœnaria actio: electio autẽ eſt pupilli vel adoleſcentis cum quo agat cum tutore vel cum creditore tutoris, quoniam ij duo inter ſe colluſerunt in necem pupilli, delegato debitore pupilli. Hoc quod poſtremo dixit, probat *l. 3. & vlt. C. ſi tutor. vel cur. pup. interu.* Non eſt il- D lud omittendum, quod Papinianus in hoc reſponſo loquitur de creditore tutoris, qui conſilium fraudis participauit, vt in eum pupillo ſit actio Pauliana, vel interdictum fraudatorium: nam in creditorem tutoris ignorantem, quid ageret vel moliretur tutor, non actio Pauliana, vel interdictum fraudatoriũ, quia creditor ſuum recepit: non ergo id, quod recepit, habet ex cauſa lucratiua *l. vlt. §. in maritum, eod. tit. l. ex promiſſione, de oblig. & act.* In eo qui quid accepit ex cauſa non lucratiua ſeparamus ſcientem ab ignorante, & ignorantem non teneri dicimus, ſed ſcientem tantum. In eo autem, qui quid accepit ex cauſa lucratiua, non ſeparamus ſciẽtẽ ab ignorante: vterque tenetur Pauliana actione, vel E fraudatorio interdicto, *l. 6. §. ſimili modo, quæ in fraud. cred. l. pen. C. de reuoc. iis, quæ in fraud. credit.* Et hæc ſunt, quę pertinebant ad primum reſponſum h. l.

Ad §. ſi cum pupilla.

Si cum pupilla magiſtratui, qui per fraudem pupillo tutorem dedit heres extitiſſet, tutores eius cum adoleſcente tranſegerunt: eam tranſactionem pupilli ratam habere noluit. nihilominus erit tutorum pecunia liberata, nec tutores contra adoleſcentem actionem, nec vtilem habebunt, qui ſuũ reciperauit. Plane ſi adoleſcens pecuniam reſtituere maluerit, reſciſſo quod geſtum eſt, actionem vtilem in pupillam heredem magiſtratus accipiet.

Reſponſ. Papin.

AD 2. reſponſum illud ſciendum eſt in primis, quod ſi magiſtratus municipalis, ſiue duumuir pupillo per fraudem tutorem dederit minus idoneum, vel ſi à tutore dato non exegerit cautionem rem pupilli ſaluã fore, & pupillo aliquid abſit ex adminiſtratione tutelæ ſuæ, quod ſeruari non poſſit à tutore vel à fideiuſſore tutoris, vel ab eo, cui quid tutor alienauit in fraudem tutelæ, tum in ſubſidium, magiſtratus municipalis pupillo tenetur in id, quod intereſt actione in factũ, quæ eam ob rem dicitur ſubſidiaria, ex oratione Traiani, *l. pen. C. de magiſtr. conuen.* quæ actio datur etiam in heredem ex dolo vel lata culpa defuncti magiſtratus, nõ ex leui culpa, vt vulgo exiſtimant, *l. 2. C. eod. tit. l. 4. & 6. ſup. eod. tit.* Quod tamen in leui culpa dubitatione non caret, vt alibi oſtendi. Cæterum, quia ea actio in factum, quaſi pœnalis actio eſt, vt ait *l. vlt. ſup. eod. tit.* Ideo æquum eſt, vt nõn temere, ſed cauſa cognita, id eſt, ex cauſa tantum detur in heredem magiſtratus, qui tutorem dedit, & omiſit cautionem rem pupilli ſaluam fore, nec bene pupillo proſpexit. ſicut temere etiam nõ datur actio in heredem magiſtratus, qui non curauit poſtulanti vicino caueri damni infecti ædium vicinarum, quæ vitium faciunt; Ad quam ſpeciem pertinere *d. l. 6. de magiſt. conueniendis,* demonſtrat inſcriptio legis coniunctã *l. 4. §. in eum, & §. vlt. ſup. de dam. infec.* cuius eadem inſcriptio eſt. Et vtraque igitur lex eſt, non de magiſtratu, qui omiſit cautionem rem pupilli ſaluam fore, ſed de magiſtratu, qui omiſit cautionem damni infecti, quãquam in vtroque idem ius ſit, & poſſit quod de vno dicitur licenter transferri in alterum. Hoc cognito, finge: magiſtratus per fraudem tutorem dedit pupillo cuidam: magiſtratui filia puella heres exſtitit; iure hereditario pupilla heres magiſtratus tenetur pupillo iam facto adoleſcenti actione in factum ſubſidiaria, qua tenebatur defunctus magiſtratus. Ideoque ex ea cauſa tutores pupillæ cum adoleſcente tranſegerunt, data ex arca ſua adoleſcenti pecunia certa pupillæ nomine heredis magiſtratus, pupillam ſuis nummis liberauerunt tutores; an etiam liberauerunt inuitam? Fac eam tranſactionem non habere ratam; an nihilominus tranſactione liberata eſſe intelligitur? Et reſpondet liberatam videri etiam inuitam & detrectantem probare, quod fecerunt tutores eius nomine, quia ſcilicet, non poſſumus quidem inuiti deteriorem conditionem facere, cæterum etiam inuiti meliorem conditionem facere poſſumus, veluti ſoluta pecunia eo inuito & vetante, *l. ſolutione, & l. ſoluere, h. tit. l. ſoluendo, de neg. geſt.* vel ſuppoſito expromiſſore, qui nouandi cauſa in ſe transferat obligationem debitoris, atque ita liberato debitore inuito, eodemque mox ſuppoſito expromiſſore liberto per acceptilationem *l. ſi debitor tuus, h. tit.* vel inuito ſeruo data libertate, *l. vlt. C. de teſt. tut.* vel inuito domino per ſeruum adquiſito lucro quodam *l. etiam, de adquir. rer. dom l. quemad. de iure dot. l. ſeruus vetante, de verb. obl.* Vtilitatis ratio hoc ſuadet, vt & beneficia detur etiam inuitis & nolentibus, & vt in iis non ſequamur, quod in ſimilib. cauſis obtinet, puta, vt donatio vel legatum non adquiratur inuito, vt inuito non acquiratur bonorum poſſeſſio, vt inuito non adſignetur libertus. *Propter vtilitatem,* inquit Varro libris de lingua Latina, *diſſimilitudines potius, quam ſimilitudines ſequimur; quæcumque vſus cauſa ad vitam ſunt adſumpta, in iis vtilitatem quærimus, non ſimilitudinem.* in donatione & legato, & bonorum poſſeſſione & adſignatione liberti eſt cauſa, qua cauſa inuito beneficium non quæratur, quia donatio, vel legatũ, vel adſignatio liberti non intelligitur eſſe ſine facto eius, cui donatur, legatur, adſignatur ſine acceptione eius vel admiſſione. Hæc non fiunt μονομερῶς, ſine acceptione, vel agnitione. Illa ſuperiora fiunt μονομερῶς, quia in liberatione non exigitur factum eius, qui liberatur ſeruitute, vel ære alieno:

sed neque in adquisitionibus seruorum factum domini, A quia sufficit factũ seruorũ. Et placet valde, quod in hanc rem dixit Leo in *Nouella* 102. *duplex beneficium accipere eum, qui cogitur beneficium accipere.* In specie igitur proposita res ita est, pupillam tutores sua pecunia etiam inuitam liberasse, ac proinde eam pecuniam ei reputare posse contrario iudicio tutelæ, *l. 1. §. præterea & l. vlt. de con. tut. act.* vel opposita exceptione doli mali, si pupilla agat directa tutelæ, non habita ratione pecuniæ pro ea solutæ, *l. si opera, sup. de doli except.* nisi forte si quid pupillæ probetur interfuisse eam pecuniam non solui, *l. cum pec. de neg. gest.* Ex eo, quod ita statuit Papinia in §. 1. etiam efficitur, non habere tutores in adolescentem, cui soluerunt pecuniam, condictionem B indebiti, neque directam, neque vtilem; *quia adolescens*, inquit, *suum recuperauit.* Et repetitio scilicet siue condictio nulla est ab eo, qui suum recepit, *l. repetitio, de cond. indeb.* tametsi, vt addit eadem lex, ab alio, quam à vero debitore, nomine tamen veri debitoris solutum sit. Et ad summam res ita se habet: si debitor liberatur, qui soluit pro se, vel pro alio, vel si is liberatur, pro quo soluit, non est condictio indebiti: si debitor non liberatur, vt si non mutata omnino specie tutor, vel quis alius soluerit suo nomine per errorem, non pupillæ nomine, locus est condictioni indebiti, *l. si nomine §. 1. l. si non sortem, §. filio famil. & §. si decẽ, l. cum is §. 1. de cond. indeb. l. 5. C. eod. tit. l. qui hominem §. vlt. h. t. de solut.* Nunc quæro, quid sit dicendum, si adolescens, cui tutores soluerunt ex causa C transactionis malit pecuniam restituere tutoribus, & ex causa aliqua, vel etiam sine causa, restituatur in integrum, quod prætoribus nonnunquam accidit, vt etiã sine causa minores restituantur in integrum, aut superuacua; si igitur adolescens ex causa vel sine causa restituatur in integrum aduersus transactionem oblata pecunia, quam acceperat? Et non est dubium, hoc casu adolescenti dari actionem in pupillam heredem magistratus, quod est in fine huius §. Et vtilem actionem, id est, restitutoriam. Omnis actio restitutoria est vtilis, rescissa transactione, per quam ipso iure ea actio fuerat extincta, interposita, vt fit, stipulatione Aquiliana, & acceptilatione subsecuta: hoc modo transactio ipso iure perimit omnem obligationem.

D

Ad §. soror.

Soror, cui legatum ab herede fratre debebatur post motam legati quæstionem transegit, vt nomine debitoris contenta legatum non peteret. Placuit quamuis nulla delegatio facta, neque liberatio secuta esset, tamen nominis periculum ad eam pertinere. Itaque si legatum contra placitum peteret, exceptionem pacti non inutiliter opponi.

IN hoc §. proponitur species huiusmodi: Pater filiæ forte exheredatæ legatum dedit à filio herede instituto, filia egit de legato actione ex testamento aduersus fratrem, & nondum finita lite transegit ea de re ita cum fratre nuda pactione, vt frater ei cederet nomen cuius- E dam debitoris hereditarij, quod cum erat bonum nomen, & ipsa à lite discederet, & legatum omitteret. nuda pactio est, quia nulla ex parte sumpsit effectum, quia neque frater sorori nomen debitoris delegauit, aut cessit, neque ipsa interposita Aquiliana stipulatione & acceptilatione subsequuta fratrem liberauit obligatione contracta ex legati causa. Re ita gesta & transacta inter fratres: quæritur, an nominis illius de quo conuenit, periculum pertineat ad sororem, forte postea debitore facto non soluendo, euerso facultatibus? Et respondet Papinian. periculum nominis pertinere ad sororem, & si pergat legatum petere, aut si repetat legati petitionem, summoueri eam exceptione pacti. Ex quo apparet, quod est summe notandum, pactionem nudam habitam inter heredem & legatarium, etsi non liberet heredem ipso iure, quia ex pacto nudo neque nascitur obligatio, neque liberatio, transferre tamen periculum eius rei, de qua pactum conuentũ est, in legatariũ. quod ne nouum quidem & iniquũ videatur, confirmabo exẽplo consimili. oblatio nuda rei, pecuniæue debitæ sine depositione & obsignatione, non liberat debitorem ipso iure, attamen periculum rei pecuniæue oblatæ transfert in creditores, *l. stipulatus sum, de verb. oblig.* Et ita hoc tertium responsum explicandum est, in quo posui initio fuisse bonum nomen debitoris tẽpore habitæ cõuentionis, alioquin quodãmodo huic responso obstaret lex, quã adducit Accurs. *si cũ dotem, §. si mulier, sol. mat.*

Ad §. cum eodem.

Cum eodem tempore pignora duobus contractibus obligantur, pretium eorum pro modo pecuniæ cuiusque contractus creditor accepto facere debet, nec in arbitrio eius electio erit, cum debitor pretium pignoris consortioni subiecerit. Quod si temporibus discretis superfluum pignorum obligari placuit: prius debitũ pretio pignorum iure soluetur, secundum superfluo compensabitur.

QVi debebat mihi 20. ex duobus contractibus, ex duabus causis, ex stipulatione 10. ex testamento 10. dedit mihi pignus in vtramque causam, quod ego pignus iure meo vendidi sexdecim. Quæritur, an sit in arbitrio meo, in quam causam voluerim pignoris pretium, id est, 16. accepto referre? hæc est quæstio huius §. Et Papin. ita distinguit: aut eodem tempore in vtramque causam debitor pignus obligauit, aut discretis temporibus: si discretis temporibus, vt puta, si in causam legati primum obligauit pignus, deinde interiecto tempore eiusdem pignoris superfluum, quod nos vocamus ὑπεροχὴν, la plus valuë, in causam stipulationis obligauit. hoc casu pignore distracto sexdecim, vt posui, decem imputantur in primum seu antiquius debitum, & sex in secundum debitum, residuorum quatuor petitione creditori salua, *l. creditor 2. sup. de reb. cred.* si eodem tempore pignus obligauit debitor in vtramque causam, pretium quod redegit creditor ex venditione pignoris, acceptum referre debet, vt ait, *pro modo, pro rata pecuniæ cuiusque contractus*, id est, ἀναλόγως, vt scilicet imputet in primum debitum octo, & in secundum totidem, quoniam vtriusque causæ par summa est: neque enim est in arbitrio creditoris in vnam tãtum causam imputare pretium pignoris, *quod*, inquit, *debitor consortioni subiecit*, id est, quod simul & communiter obligauit in vtrãque causam. ratio est elegantissima, & distinctio quoque. Verũ valde obstat huic distinctioni, siue responso *l. Imperator §. in iis, sup. hoc t.* Sententia huius §. hæc est: Creditor cui debentur vsuræ ex stipulatione, & aliæ vsuræ ex pacto, ex stipulatione ciuiliter, ex pacto naturaliter: ex diuersis contractibus, ex causa diuersorum cõtractuum etiamsi vsurarum quantitates sint dispares, pretiũ pignoris, vt illo loco ostẽditur, imputat æqualiter in vtramque causam, nõ pro rata, vt exempli gratia: si XXIV. debentur ex pacto, XII. ex stipulatione, & pretium pignoris fuit decẽ & octo, nouem pacto imputabuntur, & stipulationi totidem, non pro rata XII. pacto, & VI. stipulationi. Valde videtur obstare §. *in iis, h. t.* Sed res mihi ita explicãda esse videtur, vt dicamus in *d. §. in iis* agi de vsuris, quæ diuersis temporibus pactæ vel conuentæ sunt, quod est certũ, & in quas pignus æqualiter obligatũ est, nõ in has vsuras pignus totũ, in illas ὑπεροχὴ, siue superfluũ; & placet omnibus vsuris imputari æqualiter pretiũ pignoris, quod etiã æqualiter constitutũ siue contractũ est. Hoc autẽ loco, nec in prima parte propositæ stipulationis, discretis tẽporibus pignus contractũ est æqualiter, sed in vnã causam ad finem sortis integræ; in alteram ad finẽ ὑπεροχῆς, ergo inæqualiter. Inæqualis causa pignoris & inæqualẽ imputationem exigit. nec item in secunda parte distin-

ctionis pignus contractum eſt diſcretis temporibus, ſed vno eodemque tempore. Et vbi contractuum & temporum diuerſorum par cauſa eſt, omnib. ſummis pretium pro portione imputatur, id eſt ἀναλόγως, vt ait *l. 8. h. t.* Hinc apparet ratio.

Ad §. cum inſtitutus.

Cum inſtitutus deliberaret, ſubſtituto pecunia per errorem ſoluta eſt. ad eũ hereditate poſtea deuoluta, cauſa conditionis euaneſcit, quæ ratio facit, vt obligatio debito ſoluatur.

DEliberante herede inſtituto, debitor hereditarius ſoluit per errorem ſubſtituto, antequam ſubſtitutioni locus eſſet: Indebitum ſoluit; Quæro, an id quod ſoluit condicere poſſit, quamuis poſt longam deliberationem & conſultationem heres inſtitutus repudiarit hereditatem, & ſubſtituto locum fecerit? Et ait, ceſſare condictionem indebiti, quia ex euentu apparuit ſubſtituto indebitum non fuiſſe ſolutum. Denique cauſa condictionis euaneſcit, & debitor omnimodo liberatur: nam hæc ſunt conſequentia: ſi non eſt condictio indebiti, ergo debitor liberatur. cui ſimile eſt exemplum, quod ponitur in *l. ſub conditione, ſup. de cond. indeb. & l. cum is, §. qui hominem, ſup. hoc tit.* Debeo tibi aliquid ſub conditione, idque tibi per errorem ſoluo pendente conditione. Indebitum ſoluo; verum ſi poſt ſolutionem conditio extiterit, non dabitur mihi condictio indebiti, quod ab initio videbatur eſſe indebitum, quia ex euentu apparuit non fuiſſe indebitum. Et hic eſt finis huius legis. Sequitur *l. 2. rem ratam haberi*, cuius verba hæc ſunt.

Ad l. 2. rem rat. hab.

In ſtipulatione de rato habendo non eſt cogitandum rei promittendi vel ſtipulandi compendium, ſed quid interfuerit eius qui ſtipulatus eſt, ratum haberi quod geſtum eſt.

LEx eſt valde difficilis. Gloſſa, & qui ab ea profecti ſunt cæteri omnes, in eam adferunt ſex interpretationes, nec in qua potius conſiſtant, habet. In omnibus nihil niſi culpę manifeſtę, & intolerabiles, planeque repugnantes verbis auctoris. danda nobis eſt opera, vt ſenſus eius omnibus in facili, & in aperto eſſe videatur. Sciendum eſt, rem ratam dominum habiturum, & neminem amplius petiturum, plerumque ſtipulari eum, qui conuenitur à procuratore vero, vel falſo nomine creditoris, vel domini, ſiue conueniatur in iudicio, ſiue extra iudicium, vt in *l. interdum, l. amplius, l. ſi commiſſa, in fine, l. ſi ſine iudice, h. t.* Et interdum etiam is, qui agit, à defenſore abſentis, eandem ſtipulationem ſtipulatur, id eſt, de rato habendo, atque interponit, vt in *l. 6. & l. 8. §. vlt.* illo loco: *vel aduerſus procuratorem, h. t. l. non ſolum §. ſi ſtatus, & ſeq. vſque ad finem legis, & l. ſeq. §. ſed & is, de procur.* Et in iudicio quidem hæc ſtipulatio interponitur ex edicto Prætoris, prætoria ſtipulatio eſt, *d. l. interdum, hoc tit.* Et cauſa interponendæ eius hæc eſt, ne quis impune ſæpius eadem de re conueniatur, *l. 8. §. vlt. hoc tit.* ne rurſus dominus vel creditor retractet, quod actum eſt, *l. non ſolum §. eſt & caſus, de procur.* ne bis idem pręſtet debitor vel poſſeſſor, *l. ſi ſine §. Iulianus, hoc tit.* denique, vt tutiore loco ſit, qui contrahit cum procuratore abſentis, *l. 12. h. t.* Concluditur autem hæc ſtipulatio his fere verbis, quod compendij facio: *ſi creditor vel dominus ratum non habuerit, cuius tu nomine agis aut contrahis, quanti ea res eſt, tantam pecuniam dabis*; *l. 3. l. 8. §. vlt. h. tit.* Et in multis aliis locis, vbi ſtatim ambigitur, quemadmodum ea verba, *quanti ea res eſt*, accipienda ſint. Sunt enim ἀμφίβολα, & incertam quantitatem continent, vt ait *l. 2. §. incertum, de præt. ſtip.* Sunt verba πολύσημα. Alias enim referuntur ad veritatem, id eſt, ad quantitatem veram eius, quod ſtipulatoris intereſt, quod interdum pluris eſt, quam rei pretium verum & iuſtum, qua de agitur principaliter, *l. 1. de action. emp.* modo inquam, pluris eſt quod intereſt, quam verum rei pretium, vt *d. l. 1.* modo minoris, *l. 9. §. vlt. ad exhib.* Et ita quidem hæc verba accipiuntur in actione, quæ ex ſtipulatione iudicio ſiſti tanti competit, quanti ea res eſt, *l. 2. §. vlt. qui ſatiſd. cog.* & in ſtipulatione damni infecti & iudicatum ſolui, quæ quanti ea res eſt concluduntur & concipiuntur, *d. l. 2. §. incertam.* & in actione in factum, quæ datur, quanti ea res eſt in magiſtratum municipalem, qui non curauit poſtulanti caueri damni infecti, *l. 4. §. in eum, de dam. inf.* & in actione in factum, quæ datur quanti ea res eſt in falſum tutorem, ei, qui illo auctore fruſtra cum pupillo contraxit, *l. 7. §. 1. quod falſ. tut. auct.* His actionibus continetur vtilitas actoris, & veritas, id eſt, vera vtilitas, ſiue quod in veritate actoris intereſt (vtilitas, & id quod intereſt idem eſt ſemper) ſiue quantitas vera eius quod ob eam rem actori abeſt de ſuo, vel quod lucratus non eſt: non etiam continetur quantitas quantacunque ab actore æſtimata & petita, non pœna. Quantitas quæ egreditur veritatem pœna eſt. Alias vero hæc verba non referuntur ad id quod intereſt, ſed ad verum rei pretium, vt in actione furti, *l. in furti actione, ff. de furt.* & in actione vi bonorum raptorum, *l. prætor §. hac autem, vi bon. rapt.* In quibus actionibus duplatur vel quadruplatur, non id quod intereſt, ſed verum rei pretium, quamuis ita concludantur, quanti ea res eſt. Itemque in actione ex ſtipulatione duplæ interpoſita euictionis nomine, ad quam pertinet *l. 179. de verb. ſignificat.* & in actione in duplum, ex edicto de publicanis, ad quam pertinet *l. 192. eod. tit.* Alias ea verba referuntur non tantum ad id quod intereſt, quod proprie conſiſtit circa rem tantum, de qua principaliter agitur: ſed etiam ad omne quodcunque compendium, & omne damnum etiam, quod extrinſecus actori contingit, vt in *l. 2. §. vlt. de eo quod certo loco*, de qua dicemus inferius. Alias ea verba referuntur, non ad rei pretium, non ad id quod intereſt, vel circa rem, vel extra rem, ſed ad quantitatem infinitam, quantumcunque actor æſtimarit iureiurando in litem; & ad pœnam etiam, etiamſi nihil reapſe actoris interſit, vt ſi per calumniam egerit, ſi calumnioſam actionem inſtituerit. Et ita ea verba accipiuntur in actione in factum, quæ datur quanti ea res eſt: ea ſunt verba edicti: *in eum, qui in ius vocatum vi exemit, l. pen. §. 1. ne quis in ius voc.* & in actione in factum, quę datur in eum, qui ius dicenti non obtemperauerit, etiam ſi nihil interſit aduerſarij, *l. 1. §. vlt. ſi quis ius dicenti non obtemper.* Hæ actiones meram pœnam, vt ait d. lex 1. non vtilitatem, id eſt, non quanti res ea eſt, non quanti reuera actoris intereſt, continent, ſed etſi nihil actoris interſit, continent quantitatem, quam actor iuratus æſtimauerit. Varie igitur ea verba in iure accipiuntur. Et inde quæritur, quemadmodum in ſtipulatione, rem ratam haberi, accipienda ſint? Et Papinianus ait hoc loco, in ſtipulatione de rato, ea verba referri ad id, quod intereſt ſtipulatoris ratũ haberi, quod actum eſt, non ad cõpendium, inquit, ſtipulatoris vel promiſſoris, quod minime ſpectandum eſſe ait, manifeſte compendiũ ſeparat ab eo quod intereſt, vt *& l. Titium §. altero, & l. qui negotiationẽ, de adminiſt. tut.* & Theophilus noſter, qui ſeparat in *§. plus, de action.* τὸ διαφέρον, id eſt *id, quod intereſt*, ab eo, quod τὸ κέρδος vocat, id eſt, *compendium*. Et differentia ſiue ſeparatio hæc eſt, quia id quod intereſt verſatur circa rem, qua de agitur: compendiũ venit extra rẽ prorſus. Vel aliter: id quod intereſt, eſt vtilitas, quę circa rem conſiſtit: compendium eſt vtilitas, quæ conſiſtit extra rem. Exempli gratia, alioquin non poſſet

res intelligi: si à procuratore conuentus stipuler, dominum rem ratam habiturum, domino rem ratam non habente, & denuo agente mecum de eadem re vel pecunia, mea interest ob sumptus quos facio in litem, quam mihi dominus intendit, eosque repeto à procuratore, vel fideiussore eius, qui cauit de rato: nam hæc cautio satisdatio est; eos, inquam, sumptus repeto actione ex stipulatu de rato, siue me dominus vicerit, siue non, *l. si sine § Marcellus, hoc tit.* Sumptibus litis possunt addi sumptus itinerarij, id est, viatica, quæ impendo in ius peregre proficisci coactus vocante domino, qui quod gestum est, ratum non habet, *l. eum, qui temere, de iudic.* Et hi omnes sumptus significantur in *l. 18. hoc tit.* his verbis: *prout intersit agentis quod litigat, quod consumit, quod aduocat,* consultores scilicet & patronos. Vel hos sumptus solos repeto actione ex stipulatu de rato, vel præter hos sumptus etiam repeto, quod domino ratum non habenti damnatus solui, quod addit *d. l. 18.* aut quod procuratori solui. Qua in re seruandæ sunt distinctiones huiusmodi, vt res omnis perspicue intelligatur, ex *d. l. si sine*: Aut falso procuratori solui, cui nihil mandatum erat. Aut vero. & aut sine iudice solui, aut interueniente iudice, nimirum ex sententia iudicis. Si sine iudice falso procuratori solui debitum, vel indebitum, nihil refert, & dominus vel creditor ratam solutionem non habuerit, id est, si dominus de eadem re vel pecunia rursus mecum egerit, siue vicerit, siue non vicerit, præter sumptus litis actæ cum domino: repeto etiam actione ex stipulatu de rato id, quod procuratori falso solui, vel quia indebitum solui, vel quia, si debitum solui, ea solutio me debito non liberauit, *l. si quis offerenti, de solut.* sed neque sententia, qua domino agente & superato absolutus sum, me liberauit ab obligatione naturali, *l. 8. §. 1. hoc tit.* Sequitur altera pars distinctionis: si ex sententia iudicis debitum vel indebitum falso procuratori solui, ab eo quidem procuratore non repeto, quod ei per iudicem solui, quia soluti ex causa iudicati repetitio non est, etiã si maneat obligatio naturalis, *l. cum putarem, famil. ercisc. l. si fideiussor §. in omnib. mand.* Non repeto, inquam, quod falso procuratori solui ex sententia iudicis, tametsi damnatus tantundem soluerim domino ratum non habenti, quod actum est inter me & falsum procuratorem. Id autem, quod domino damnatus solui, etiam à domino non repeto, qui ratum non habuit, propter eandem rationem, quia soluti ex causa iudicati repetitio non est. Id, inquam, à domino non repeto, cui solui, sed id repeto à falso procuratore ex stipulatione de rato, *d. leg. 18.* illo loco; *quod damnatus soluit, & l. 3. §. vlt. hoc tit.* Hæc de falso procuratore. Si vero procuratori solui, nihil interest iudicio coactus ei soluerim, an sine iudicio, sine iudice: nullo enim casu repeto quod ei solui, tametsi dominus solutionem ratam non fecerit, & lite redintegrata forte me vicerit, quia iure non potuit me vincere. qui vero eius procuratori solueram, nec me potuit domino condemnare iudex, nisi per imprudentiã, vel iniuriam, quam æquum non est mihi præstare procuratorem aut fideiussorem eius, ideoque nec ab eo repeto, quod domino solui damnatus per iniuriam iudicis, *d. l. si sine §. cum autem.* Iniuriam quæ mihi facta est, penes me manere, quam ad verum procuratorem, & eundem promissorem de rato transferri, æquius est, *l. exceptione, de fideiuss. l. si per imprudentiam, de euiction.* Denique à vero procuratore ex cautione de rato, quod ei solui vel domino, non repeto, quia domino solui per iniuriam iudicis, & quod ei solui, iure solui, sed repeto litis sumptus tantum, quos feci in litem mihi motam à domino. Idemque erit si dominus, qui solutione rata non habita, quam vero procuratori feci, iudicio mecum expertus est, & litem amiserit, quoniam & hoc casu quod solui vero procuratori, non repeto, sed sumptus litis tantum, quos à domino forte seruare non possum,

A *d. l. si sine §. Marcellus.* His distinctionibus postremo addamus hanc regulam; Quotiens à falso procuratore repeto quod ei solui, simul & id repeto quod ex re, pecuniaue ei soluta, aut circa eam rem medio tempore lucri facere non potui, nec feci, veluti fructus fundi, aut vsuras pecuniæ. Nam in æstimatione eius quod interest, non tantum damni dati habetur ratio, sed etiam lucri intercepti, vt generaliter definitur in *l. vnica, C. de senten. quæ pro eo quod interest profer.* Et specialiter in causa stipulationis de rato proditum est in *l. si commissa, hoc tit.* dum ait, Commissam stipulationem de rato in tantum competere, in quantum stipulatoris interest, quod ita interpretatur, id est, quantum actori abest, quantumque lucrari potuit, si dominus ratum habuisset. Non ha- B betur ratio compendij, quod facere potuit extra rem, qua de agitur, sed vt dixi, lucri, quod circa rem ipsam versatur, quodve fit ex re ipsa, veluti vsura, aut fructus, aut id quo pluris hodie res ipsa est, quam fuit eo tempore, quo eam falso procuratori soluit. Compendium hoc loco pro extrario compendio accipitur, cuius rationem non haberi in æstimatione eius quod interest, certum est. Exempli gratia, si dicam me ex re procuratori soluta medio tempore potuisse negotiari, & ingentem quæstũ facere, in stipulatione de rato non habebitur ratio incrementi negotiationis, compendij negotiationis, quod extrinsecus contingere potuit, *l. vlt. de peric. & comm. rei vend. l. si sterilis §. quum per venditorem, de act. emp.* sed in stipulatione de rato id tantum cogitandum erit & spe- C ctandum, quod stipulatoris circa rem ipsam interest, qua de agitur. Et eleganter in *d. §. cum per venditorem.* qui est arx huius quæstionis, separat vtilitatem, quæ extra rem est, ab ea, quæ circa rem consistit, vt & Seneca id distinguit *1. de benefic. Omnia ista,* inquit, *extra rem sunt, vt nec circa rem sint,* vt quemadmodum in æstimatione vtilitatis, id est, eius quod interest, non habetur ratio damni dati, nisi quatenus quid actori abest ex re sua, aut sibi debita, vt si mihi absit triticum, quod emi per moram venditoris, quod hodie forte pluris est, quam fuit venditionis tempore, eius damni ratio habetur in actione ex empto, quæ datur in id quod interest, non etiam ratio habetur huius damni extrarij, si quod mihi triticum non traderetur, serui mei fame interierint, aut iu- D menta, quod damnum consistit extra rem ipsam quæ væniit, *d. §. quum per venditorem.* Ita vero vt damni, ita in æstimatione eius quod interest, habetur ratio lucri intercepti huius tantum, quod mihi res ipsa, quæ in contentionem venit, sua vi attulisset, non eius lucri quod compendium dicitur, quod extrinsecus facere potui mercaturis faciundis, excepto vno tantum casu, qui est in *l. 2. §. vlt. de eo quod certo loco.* si agatur de nautica, siue traiectitia pecunia, in quo iudicio legitimus modus vsurarum, vel modus legitimus eius quod interest, non obseruatur, sed venit omne quodcumque compendium facere creditor potuit, & omne damnum quod fecit, etiam quod consistit extra rem: sicut veniunt etiam vsuræ immensæ & immodicæ, & supra duplum. In traiectitia pecunia alia est ratio, quæ nullum seruat modum; E propter pensationem periculi grauissimi, quod creditor in se suscepit. De hoc autem compendio extrinseco est accipiendum, quod ait Papinianus hoc loco: *in stipulatione de rato non esse cogitandum compendium rei promittendi vel stipulandi,* id est, compendium eius, cum quo agitur ex stipulatione de rato, qui promisit, de rato, vel compendium actoris siue stipulatoris: vno verbo, non esse spectandum compendium rei vel actoris, vt in Basil. *τὸ κέρδος τοῦ ἐναγομένου ἢ τοῦ ἐνάγοντος, lucrum rei vel actoris.* Coniunxit vtrumque, reum, vel actorem, id est, promissorem vel stipulatorem, vt ostenderet ex stipulatione de rato, stipulatorem neque compendium consequi posse, quod facturus erat extra rem, si dominus ratum habuisset, veluti ex incremento negotiationis, neque etiam

conſequi poſſe compendium, quod promiſſor, id eſt, falſus procurator fecit extra rem ipſam, quam ab ſtipulatore exegit, vt puta, ſi promiſſor ex negotiatione eius rei, quam exegit, magnum aliquod emolumentum conſequutus fuerit, vel ſi ſe ea re, vel pecunia liberauerit imminente ſibi pœna quadam graui ex contractu quodam, vt in *l. Imperator* §. *ſi centum, de legat.* 2. Huius compendij quod procurator fecit extra rem, quam ei ſtipulator ſoluit vel præſtitit in reuocanda ea re per actionem de rato, ratio non habetur, nec venit in reſtitutionem, quia ſatis eſt ſtipulatori procuratorem reſtituere rem ipſam, & quod ex re ipſa ferre & lucrari ſtipulator potuit. Et ita hæc lex eſt accipienda.

Ad l. 20. de iure fiſci.

Sed reuocata pecunia in fideiuſſorem liberatum vtilis actio dabitur.

SCiendum eſt, priuilegium fiſci hoc eſſe, vt in exigenda pecunia ſibi debita, quemadmodum Paulus ait 5. *Senten. tit. de iure fiſci*, primum locum obtineat ante omnes creditores, chirographarios ſcilicet, ſiue perſonales, vt in actione in perſonam potiora iura habeat, & in actione in rem multo magis, id eſt, Seruiana, vt *l. eos, C. qui pot. in pign.* quia ſcilicet perſequitur tacitam hypothecam, quam habet ex ſuis contractibus omnibus, *l. 2. C. in quibus cauſ. pign. vel hypoth. tac. contr.* & ex cauſa tributorum, *l. 1. C. eod. tit.* non ex omnibus cauſis, *l. reſcriptum, ſup. de pact.* Nam quod dicitur in *l. aufertur* §. *fiſcus, inf. hoc tit.* fiſcum ſemper habere ius pignoris, ſic eſt accipiendum ſemper, ex ſuo contractu, non ex omni cauſa, ſed ex cauſa tributorum tantum, vel ex cauſa æris ſui, ſiue contractus & obligationis ſuæ, quod ius fiſcale dicitur in *l. 10. ſup. de manum.* Sic igitur ſtatuamus, fiſcum potiora iura habere in actione in perſonam, & in actione in rem, ſiue hypothecaria, & præferri omnibus aliis creditoribus chirographariis in vtraque actione, & multo magis in hypothecaria, quam ipſe habet, non creditores, quibuſcum contendit: & præferri, inquam, omnibus aliis creditoribus chirographariis etiam antiquioribus, etiam priuilegium habentibus aduerſus alios poſt fiſcum, non aduerſus fiſcum, *l. quod quis, ſup. de reb. auct. iud. poſſ. ſiue priuileg. cred.* hypothecariis creditoribus antiquioribus fiſcus non præfertur: in hypothecis fiſcus non habet niſi priuilegium, quod ei tempus dedit, quodque dat omnibus, *l. ſi pignus, ſup. qui potior. in pign. hab.* In hypothecis fiſcus habet ius commune, non proprium, aut præcipuum aliquod: At chirographariis creditoribus etiam antiquioribus præfertur, *d. l. quod quis*, ſicut & Reſpublica quælibet, *l. pen. C. de priuil. credit.* Commune igitur hoc eſt priuilegium fiſci & Reipublicæ. Itaque debitor, qui debet pecuniam fiſco, & aliis pleriſque creditoribus chirographariis, debet prius pecuniam ſoluere fiſco, quam alij creditori chirographario, etſi forte fiſcum præuenerit alius creditor priuatus eiuſdem debitoris, cui debitor prius ſoluat quam fiſco, eius pecuniæ, quam ſoluit quantitatem fiſcus pro modo ſui debiti, ſi eius interſit, vt puta, ſi aliunde ſuum ſeruare non poſſit, ei, cui præmature debitor ſoluit, auferre poteſt vtili actione in factum iure ſui priuilegij, *l. 5. C. de priuil. fiſci.* Idque verum eſt omnimodo reiecta diſtinctione Papiniani, inter ſcientem & ignorantem. Nam Papinianus ignoranti priuato creditori, id eſt, qui ignorauit eum, à quo pecuniam ſibi debitam accipiebat, & fiſci debitorem fuiſſe, nolebat Papinianus ignoranti pecuniam auferri à fiſco, ſed ſcienti tantum. Quam diſtinctionem hoc ipſo lib. 11. fecerat & libro quoque 6. ſibi conſtans, *l. 18. §. vlt. ſup.* ſed recepta ea diſtinctio non eſt. Igitur ſiue ſcienti, ſiue ignoranti ſoluerit debitor ei, cui ſoluta eſt pecunia, antequam fiſco ſatisfactum eſſet, eadem pecuniæ quantitas, non ſpecies eadem à fiſco auferri poteſt actione vtili in factum, quaſi in rem. Verum poſt ſublatam priuato creditori pecuniam à fiſco, ſolutionemque reſciſſam, creditori reſtituitur actio vetus, actio vtilis ſcil. in debitorem principalem ex Conſtitutionibus: ſicut reſciſſa expromiſſione mulieris, quæ interceſſit pro alio, conſtat ex Senatuſc. Vell. actionem reſtitui in veterem debitorem. Et ita hoc caſu reuocata pecunia à fiſco, quæ ſoluta prius fuerat priuato creditori, creditori reſtituitur actio vtilis in veterem debitorem, in principalem debitorem: atque etiam, vt oſtenditur in hac *l. 20.* in fideiuſſorem eius liberatum ipſo iure ſcilicet, ſed non omnino liberatum, quia reſtituitur in eum hoc caſu vtilis actio: vtraque eſt actio vtilis, id eſt, reſtitutoria, quia directam ſolutio conſumpſit ipſo iure. Proinde vtraque eſt vtilis non directa, quæ reſtituitur, vel in debitorem principalem, vel in fideiuſſorem eius, à fiſco ſolutione reſciſſa; & tamen illa, quæ reſtituitur in debitorem principalem dicitur actio directa in *l. 18. §. vlt.* Sed videndum eſt, quo reſpectu. Dicitur directa per comparationem eius actionis, quæ in fideiuſſorem reſtituitur, quæ non eſt principalis actio, ſed acceſſoria: illa autem directa, id eſt, principalis, quia datur in reum principalem. Proinde illo loco, directa actio non opponitur vtili, ſed acceſſoriæ actioni, ſiue fideiuſſoriæ. Ceterum vtraque eſt vtilis, & reſtitutoria: directa & principalis, idem eſt, ſicut directo & principaliter idem, *l. vlt. de leg 3. §. vlt. Inſt. quod cum eo. qui in al. poteſt.* Sequuntur duo loci nondum explicati, in quibus ab aliis auctoribus ex eodem libro Papinianus in teſtimonium vocatur. Vnus eſt in *l. 11. §. vſusfructus, de pignor.*

Ad §. vſusfructus l. 11. de pignoribus.

Vſusfructus an poſſit pignori hypothecæve dari, quæſitum eſt, ſiue dominus proprietatis conuenerit, ſiue ille, qui ſolum vſumfructum habet. Et ſcribit Papinianus libro 11. Reſponſorum, tuendum creditorem, & ſi velit cum creditore proprietarius agere, non eſſe ei ius vtifrui inuito ſe, *tali exceptione eum prætor tuebitur:* ſi non inter creditorem, & eum ad quem vſusfructus pertinet, conuenerit, vt vſusfructus pignori ſit. *Nam & cum emptorem vſusfructus prætor tuetur, cur non & creditorem tuebitur? Eadem ratione & debitori obiicietur exceptio.*

HÆc eſt ſententia Papin. vſumfructum poſſe obligari pignori, tam à domino proprietatis quam ab vſufructuario, à domino plenæ proprietatis ſcilicet, puta, vt fundi ſui vſusfructus pignori ſit, non proprietas, vt in *l. 15. in prin. hoc tit.* Dico à domino plenæ proprietatis. Nam dominus nudæ proprietatis, non poteſt pignerare proprietatem, quæ alterius eſt, *l. 6. C. de vſufr.* In domino proprietatis plenæ dubitabatur, an poſſet vſumfructum pignori vel hypothecæ dare: hac ratione, quia vſumfructum pignerando, pignorare videtur, quod non habet, quodve ſuum non eſt, *l. quod noſtrum, ſup. de vſufr.* quia, qui habet proprietatem etiam ſolidam & integram, ius ſeparatum vſusfructus non habet, quia nemini ſuus fundus ſeruit, *l. 5. ſi vſusfruct. pet. l. in re communi, de ſeruit. vrb. præd.* Sed vt hæc dubitatio ſubmoueatur, etiam dominus proprietatis, qui vſumfructum pignori dat, non pignerat ſeruitutem vſusfr. quam nec habet in re ſua (vſusfructus eſt ius alienis rebus vtendi, non ſuis) ſed pignerat perceptionem & commodum fructuum, factum, non ius. Sicut & fructuarius, qui vſumfr. pignerat, an pignerat ius ſeruitutis vſusfructus? Minime vero, quia perſonæ eius cohæret, vt nec ab ea auelli poſſit, ſed pignerat tantum perceptionem & emolumentum fructuum, *l. vſusfr. de iure dot. l. ſi poſtulauerit §. iubet, ad leg. Iul. de adulter.* In fructuario autem dubitabatur, an poſſit vſumfructum pignori

dare? hac ratione, quia fructuarius non est dominus fundi, sed tamen & fructuario idem permittitur, quia & vsumfruct. vendere potest, & emptorem prætor tuetur aduersus fructuarium, & proprietariũ ipsum. Quod autem ex bonis nostris venditionem recipit, & pignerationem recipit, *l. 9. §. 1. hoc tit. l. vlt. C. eod. tit. l. vn. C. res al. geren. non interd. rer. suar. alien.* Vsusfructus venditionem recipit, vendente fructuario scilicet, ergo & pignerationem. Quæ ratio, quia cessat in eo, qui nudum vsum habet, recte sequitur, vsuarium, vt vendere, ita pignerare vsum non posse, *l. 11. de vsu & habitat.* Quia in vsu nihil est corporis, quod capi possit: in vsufructu est commodum fructuum, qui corporales sunt. Itaque nulla ratione vsus nudus locari aut vendi, aut pignerari potest: si non vendi, ergo nec pignerari potest, vt contra vsusfructus; si vendi, & pignerari igitur. Nec obstat, quod fructuarius non est dominus fundi, quia nec fundum pignerat, aut pignerare potest, *l. 6. C. de vsufr.* Nomine fundi significatur proprietas, & nomine rei cuiusque, nomine iumenti, nomine vasis, vel alterius rei: sed fructuarius pignerat vsumfruct. tantum, & non ius seruitutis, sed perceptionem fructuum, quam iure seruitutis in fundo habet, in qua habetur pro domino, *l. 8. in pr. de reb. auctor. iud. possid. Fructuarius*, inquit, *etiam dominus esse intelligitur*, quæ verba respiciunt ad edictum prætoris de bonis possidendis & distrahendis. In quo dominus nominatur, vt vel Quintiana oratio docet, in qua ex edicto illo hæc referuntur: *dominum inuitum detrudere non placet.* qui vocat dominum non proprietarium tantum, sed etiam fructuarium. Vnus est dominus proprietatis, alter dominus vsusfructus, & in eadem re quandoque sunt tres, aut quatuor domini, vnus dominus proprietatis, alter vsusfructus, alius dominus possessionis, alius dominus ἐμφυτεύσεως, vel superficiei; domini nomen latissime manat. Vt igitur emptorem vsusfructus, qui emit à fructuario, ita creditorem, cui fructuarius in debiti causam vsumfructum pignori dedit, prætor tuetur aduersus proprietarium, si agat ius illi non esse inuito se vtendi fruendi, data exceptione huiusmodi, vt hoc loco proponitur: *si non inter creditorem & fructuarium conuenerit, vt vsusfructus pignori esset.* Quæ exceptio datur etiam in fructuarium, si à creditore vindicet vsumfr. actione negatoria, cui vsumfructum ante pignori dedit. Neque huic sententiæ Papiniani quicquam obstat, *l. 6. C. de vsufr.* quæ non negat, vsumfructum à fructuario pignerari posse, sed proprietatem. Et res exigit, vt tota ea l. exponatur. Quæstio hæc est, an maritus fundum in dotem datum possit pignori obligare? Et l. distinguit: Aut mulier dedit in dotem vsumfruct. fundi tantum, & tunc maritus non potest fundum obligare, id est, proprietatem, quo nomine proprio etiam lex vtitur: At si fundum siue proprietatem fundi mulier dederit in dotem, pacto interposito, vt morte mariti soluto matrimonio æstimatio fundi mulieri restitueretur (non est legendum in ea lege, *eadem possessio*, sed, *vt æstimatio restitueretur*) Denique si proprietas fundi æstimata data sit in dotem, maritus constante matrimonio potest eam pignerare, quia fuit æstimata. si fuisset inæstimata, nec alienare potuisset, nec pignerare ex *l. Iulia, de fund. dot.* Quod manifesto demonstrat, illo loco legendum, *æstimatio*, non per scribiliginem, *eadem possessio.* Alter locus est parui momenti, qui est in *l. cætera §. sed & si quis, de leg. 1.*

Ad §. sed & si quis, l. 41. de leg. 1.

Sed & si quis ad opus Reipubl. faciendum legauit, puto valere legatum. Nam & Papin. lib. 11. Responsorum refert, Imperatorem nostrum, & Diuum Seuerum constituisse, eos, qui Reipublicæ ad opus promiserint, posse detrahere ex

A *ædibus suis vrbanis atque rusticis, & id ad opus vti quia hi quoque non promercij causa id haberent.*

Certum est ex edicto Vespasiani, vt in *l. 2. C. de ædif. priuat.* Et ex Senatusconf. quod factum est Adriani temporibus, Ofilio Auiola, & Cornelio Pansa Coss. vt est in *pr. d. l. cætera de leg. 1.* cautum esse, ne deformetur ruinis vrbium aspectus, ne possint legari ea, quæ iuncta sunt ædibus, veluti tigna iuncta ædibus, marmora, ostia, columnæ, statuæ, tegulæ. Nam si valeret legatum, vtique detrahendæ hæ res essent, & præstandæ legatario, quod esset deforme ciuitati. Huic Senatusc. Constitutiones addiderunt, vt etiam iuncta ædibus non possint detrahi *promercij causa*, id est, negotiationis causa. Addiderunt eædem Constitutiones, vt tamen is, qui promisit se
B opus facturum Reipub. possit detrahere suis ædificiis, quod iungat operi publico, quod ipse facit: quia id non facit promercij causa, sed ornandi publici ædificij causa, quod ex hoc Papiniani libro refertur in *d. §. sed si quis.* eoque argumento dicitur etiam ad opus Reipub. faciendum posse legari Reipub. vel ei, cui iniungitur onus operis publici perficiundi, ea, quæ iuncta sunt ædibus testatoris. Et hic est finis huius libri.

IACOBI CVIACII
C
IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XII. Responsorum Æmilij Papiniani.

Ad l. 35. famil. ercisc.

Pomponius Philadelphus dotis causa prædia filiæ, quam habebat in potestate tradidit, & reditus eorum genero solui mandauit: an ea præcipua filia retinere possit, cum omnes filios heredes instituisset quærebatur. Iustam causam retinendæ possessionis habere filiam, quoniam pater prædia, de
D *quibus quærebatur, dotis esse voluit, & matrimonium post mortem quoque patris steterat, respondi: Filiam etiam, quæ naturaliter agros tenuit, specie dotis, cuius capax fuisset, defendi.*


IN hac l. hæc proponitur species: Pater filiæfam. certa prædia donauit dotis causa: donatio valet, quæ facta est filiæfam. dotis causa, sicut dotis datio: alioquin donatio aperte collata in filium, filiamve famil. non valet: nemo sibi ipsi donat. Et idem esse censetur homo, pater & filiafamil. aut filiusfam. Atque adeo propter vinculum illud patriæ potestatis, quod vnam ex patre & filia vel filio personam facit, regulariter non consistit donatio inter
E patrem & filium, filiamve famil. *l. 11. C. de donation.* In donando autem pater filiæ mandauit, vt prædiorum donatorum reditus marito solueret genero suo, quo plane demonstrauit, se ea prædia donare dotis causa, non vt ipsa prædia marito in dotem essent, sed fructus eorum prædiorum. Deinde pater testamento omnes filios, & illam quoque filiam heredes instituit, & vita decessit constante matrimonio filiæ. Quæritur filia cum fratribus veniente ad hereditatem patris ex testamento, an iudicio famil. erciscundæ in diuidenda hereditate paterna, prædia sibi donata dotis causa retinere possit præcipua, nec teneatur ea conferre in commune? Et videtur filia non posse ea prædia retinere præcipua extra portionem hereditatis, quia filiæ donata sunt, non in

dotem data: dotem præcipuam retineret vtique non dubie, quia dotis datio valet à patre quæ fit filiæ, quam habet in poteſtate. Donationem autem videtur filiam non poſſe retinere præcipuam, quia nulla donatio eſt, quæ nec morte patris ſola confirmatur, ſecundum ius, quod obtinuit ante Iuſtinianum, id eſt, ante *l. donationes, C. de donat. inter vir. & vxor.* Et ante eam legem, donationem à patre collatam in filium vel filiam famil. nec morte patris, vel ſilentio ſolo confirmari patet ex *l. 1. §. 1. ff. pro don. & l. 2. §. vlt. inf. pro her.* Et omnino ita ſe res habet: eſt vna tantum exceptio, niſi appareat patrem in extremum vitæ diem in eadem voluntate perſeueraſſe, *l. pen. inf. de collat. dot. l. ſi filia cuius, C. famil. erciſc. l. 2. C. Gregor. eod. tit.* Quo caſu etiam confirmatur tota donatio officio iudicis fam. erciſ. cognoſcentis: qui tuetur extremam voluntatem patris, non ipſo iure, *d. l. filia.* Aut interdum minuitur donatio etiam officio eiuſdem iudicis, vt puta, ſi inofficioſa fuerit, quæ lædat alios liberos, *l. 2. C. de inoffic. donat.* Videbatur ergo hac ratione, filiam prædia ſibi donata non poſſe retinere præcipua, quia non apparebat in eadem voluntate patrem perſeueraſſe. At contra Papinianus exiſtimat, eam donationem, licet nulla perſeuerantia patris appareat, filiam retinere titulo præcipui vel excipui, quia ſcilicet non eſt ſimplex donatio, ſed donatio dotis cauſa. Alio iure eſt donatio ſimplex, alio donatio dotis cauſa. Donatio ſimplex non eodem iure eſt, quo dos. Donationis cauſa dotis, & dotis idem ius eſt: & ita legimus aliud eſſe donationem ſimplicem, aliud donationem diuiſionis cauſa, *l. ſi filia §. ſi pater, hoc tit.* aliud eſſe venditionem ſimplicem, aliud venditionem dotis cauſa, *l. quotiens, D. de iure dot.* vel pignoris cauſa, *l. 2. de diſtract. pignor.* vel diuiſionis cauſa, *l. prox. ſup. hoc tit.* In ſpecie igitur propoſita, vt Papinianus ait, filia iuſtam habet cauſam retinendæ poſſeſſionis prædiorum, nempe cauſam dotis, ſpeciem dotis, vt ait, cuius filia eſt capax, quæ non eſſet capax donationis ſimplicis propter vinculum patriæ poteſtatis. Et ſpeciem dotis dicit, vt ſpeciem legati, *l. ſi filia §. Papinianus, hoc tit. & l. Mænius, de leg. 2.* & ſpeciem fideicommiſſi, in conſtitutione Diui Marci, *de eo, cui libert. cauſ. bona addic.* quæ eſt in Inſtitut. Dos fratribus confertur, & communicatur ab inteſtato, non ex teſtamento, *l. 3. in pr. de collat. dot. l. ſi filius, qui manſit, ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. 1. l. 7. C. de collat.* Cur conferatur ab inteſtato, non conferatur ex teſtamento, rationem differentiæ perſpicuam memini me reddere ſuperiori libro *ad leg. pen. de collat. dot.* Dos ergo non confertur ex teſtamento, id eſt, quum patri ſuccedunt fratres ex teſtamẽto. Ergo nec donatio dotis cauſa, quæ pro dote habetur. Et in hac ſpecie filia cum fratribus patri ſucceſſit ex teſtamento, vt poſui initio, non ab inteſtato, & ideo dotem non confert fratribus, vel donationem dotis cauſa quæ pro dote eſt, ſed eam filia titulo dotis, ſpecie dotis, præcipuam retinet & poſſidet naturaliter, vt ait, naturaliter, inquam, quaſi res dotales. Vxor domina eſt rerum dotalium naturaliter, maritus ciuiliter: domina eſt ſeu poſſeſtrix rerum dotalium naturaliter, maritus ciuiliter, *l. in rebus, C. de iur. dot. l. ſciendum §. ſi fundus, qui ſatiſd. cog.* Non eſt omittendum, huic legi ſiue reſponſo Papiniani, quod iam ſatis explicatum eſt, derogare Nouellam Iuſtin. 18. *de triente & ſemiſſe*, quæ etiam ex teſtamento introducit dotis & aliorum bonorum collationem inter fratres, qua de cauſa & in Baſilicis hæc lex omiſſa eſt. Pergamus ad legem, *cum ſex menſes, de ædil. edic.*

Ad l. 55. de ædil. edic.

Cum ſex menſes vtiles, quibus experiundi poteſtas fuit, redhibitoriæ actioni præſtantur, non videbitur poteſtatem experiundi habuiſſe, qui vitium fugitiui latens ignorauit: non idcirco tamen diſſolutam ignorantiam emptoris excuſari oportebit.

A

LEx eſt de actione redhibitoria, quæ actio ex edicto Ædilium Curulium datur emptori ob vitium, morbumue rei venditæ, quod latebat venditionis tempore, venditor nouerat & reticuerat, emptor ignorauerat. In hoc datur ſcilicet, vt venditione reſciſſa, omnia in integrum reſtituantur, venditor recipiat rem, quam vendidit & tradidit, emptor pretium, quod ei numerauit: aut liberetur obligatione ex vendito, ſi nondum numerauit, & inde redhibitoriæ actioni nomen. *Redhibere*, verbum eſt commune recipientis venditoris, & reddentis emptoris: & contra Plautus in Mercatore dixit: *ſe redhibere, ſi non placet*, id eſt, venditor dixit ſe recepturum rem venditam, ſi non placeret emptori, quæ conuentio iure recepta eſt, *l. 6. ff. de reſcind. vend.* Et ſic dictum eſt, *reddere, & redhibere*, vt *præbere, & perhibere*. Hæc autem actio redhibitoria non eſt perpetua, ſed finitur ſex menſibus vtilibus, id eſt, quibus emptori experiundi poteſtas fuerat, intra quod tempus ſi non egerit emptor redhibitorio iudicio, repellitur præſcriptione temporis ſupradicti, quam præſcriptionem ſumpſerunt ædiles ex legibus Platonis *lib. 11.* Tempus autem illud vtile ſex menſium, hoc loco Papinianus docet numerari ex die, quo emptor vitium cognouit, vt Plato eodem lib. ὅταν τις ᾔσθηται τῶν πεπραμένων. *quum emptor vitium cognouerit*, nec enim tempus vtile cedit, aut currit ignoranti, ſed continuum tempus tantum, *l. genero, ſup. de iis. qui C not. inf. l. 2. quis ordo in bon. poſſ. ſeru.* Vtile tempus eſt, quo experiundi poteſtatem habet is, cui actio competit, *l. 1. de diu. temp. præſcript.* Ignorans autem non videtur habere experiundi poteſtatem, *l. annus, de calumn.* Quod ergo dicitur in *l. ſciendum §. vlt. hoc tit.* tempus ſex menſium cedere ex die venditionis, non eſt verum, ſi latens vitium emptor ignorauerit: puta ſi ignorauerit ſeruum quem emebat eſſe fugitiuum, vel erronem. Verumtamen, quod eo loco oſtenditur, & ſcribitur in *l. ſciendum §. vlt. hoc tit.* ſi diſſoluta & ſupina fuit ignorantia emptoris, vt puta, ſi neſcierit, quod populus ſciebat, ſi neſciebat παροιμίας, id eſt, voces de via collectas, diſſoluta ignorantia non eſt ferenda, *l. 6. ff. de iur. & facti ignor.* Diſſoluta ignorantia prope ſcientiam eſt, *l. ſi fideiuſſor, in prin. ſup. mand.* Et hoc eſt, quod ait Papinianus hoc loco, diſſolutam ignorantiam vel ignorationem emptoris excuſari non oportere.

Ad l. vlt. de ſuis & legit.

Pater inſtrumento dotali comprehendit filiam ita dotem accepiſſe, ne quid aliud ex hereditate patris ſperaret: eam ſcripturam ius ſucceſſionis non mutaſſe conſtitit. Priuatorum enim cautionem legum auctoritate non cenſeri.

EX hac l. vlt. notandum eſt, quod ſi pacto dotali cauerit pater, vt filia dote contenta eſſet, & nihil præterea deſideraret ab inteſtato ex hereditate patris, quæ conuentio hodie frequens eſt, ea conuentio non onerat filiam, non nocet filiæ, non mutat ius publicum, quo ab inteſtato filia ad hereditatem patris vocatur, quæ manſit in poteſtate ex XII. tabul. *cautio priuatorum*, inquit, *legum auctoritate non cenſetur*, id eſt, non habet legum auctoritatem aduerſus leges ipſas, & iura publica, quæ eſt certiſſima regula iuris, niſi quatenus leges permittunt, & cautiones approbant, *l. vlt. §. vlt. C. de temp. appell.* Valet pactio, ne aduerſario ſi condemnetur liceat appellare, ne liceat vti communi auxilio appellationis, quod ſic appellatur in *l. 3. §. vlt. rem. rat. hab. Commune auxilium appellationis.* quia ea lex legum auſteritatem (ſic habent omnes veteres) permittit, aut ſinit mitigari

inter consentientes, inter conuenientes. *pacta iusta iuri præstant*, vt ait Cicero, & Cornificius, quæ legibus non sunt improbata scilicet; exempli gratia, actionem, quæ ipso iure competit, iusti pacti elidit exceptio, hoc est certissimum, & ita pactum iuri præstat: hoc autem genus pacti, de quo agitur hoc loco etiam improbatur in *l. 3. C. de collat.* Et hoc Papiniani responsum meo iudicio intellexit Imperator in *l. si quando §. 1. C. de inoffic. testam.* dum hanc pactionem improbat, vt filius certis rebus acceptis, à patre contentus sit, nec exheredatus agat querela inofficiosi testamenti, hac ratione reddita; quia meritis magis filij sunt prouocandi, ad obsequia parentum, quam pactionibus adstringendi. Quam rationem adfert ex Papiniani responso, & videtur fuisse huic responso subditam, eandemque refert Paulus *4. Sentent. tit. de inoffic. quer.* Non est omittendum, hodie tamen iure Pontificio, hanc pactionem, vt filia sit contenta dote, nec quicquam amplius petat ex bonis parentis, nec quicquam amplius speret ex bonis paternis, iustam esse, atque admodum seruandam, si modo iurerando filiæ sit confirmata, *c. 2. de pact. in 6.* Et ita quoque aliud genus pacti, quod vno verbo appellatur à Græcis, pactum ἰσομοιρίας, puta, vt filia, quam pater collocat in matrimonium, ex suis bonis ferat eandem portionem, quam frater, vt ferat æqualem portionem. pactum ἰσομοιρίας, quod improbat *l. pactum, C. de pact.* Leo tamen Imperator postea probauit, & probasse postea intelligo nuper Senatum *in Nouell. 19.* Qui etiam in ea testatur nunquam *d. l. pactum*, qua pactum æqualis portionis, æqualis successionis inter fratres improbatur, vsu fuisse receptam: non omnia, quæ legibus scripta sunt, vel à Iurisconsultis, vel ab Imperatoribus, vsus approbauit.

Ad l. 31. de donat.

Donationes in concubinam collatas non posse reuocari conuenit. Nec si matrimonium postea inter eos fuerit contractum, ad irritum recidere, quod ante iure valuit. An autem maritalis honor & affectio pridem præcesserit, personis comparatis, vitæ coniunctione considerata, perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium.

INitio primi responsi ostenditur, donationem collatam in concubinam valere, nec reuocari posse, *l. 3. §. Diuus, & l. si prædia, sup. de donation. inter vir. & vx.* Qua in re satis compertum est omnibus, distare concubinam ab vxore. Nam donatio collata in vxorem reuocari potest, quasi improbata iure ciuili, quæ sola differentia non est inter concubinam & vxorem. Nam & ex testamento mariti olim, id est, ante Iustinianum vxor solidum capere non poterat, *l. vlt. C. Th. de legit. hered.* concubina solidum capere potuit ex amici sui testamento, siue vice coniugis, *l. cum tabulis §. quoniam, de iis quib. vt indign.* Per leges non licet tam liberalibus nobis esse in vxorem, quam in concubinam. Si liceret esse liberalibus, extemplo profusi & prodigi in eas essemus, quia tanta animi propensio hominibus sanis non est in concubinam, quæ iustos liberos non pariat: insani quid agant, non spectant, dantur frena coniugibus, non concubinis, & vt ait *d. l. vlt. reprimendus est potius quam incitandus coniugalis fauor.* Posset ea ratio differentiæ dilatari, sed nolo, fugiens prolixitatem. Inde quæritur hoc loco; an donatio collata in concubinam, postea fiat irrita, si concubina vxor ducatur: quo genere liberi naturales ex concubina suscepti, fiunt iusti liberi, si procedente affectione, vt est in *Institutionibus*, quæ fuit in concubinatu, ducatur in matrimonium. An igitur donatio facta concubinæ irrita fit, si postea vxor ducatur? Quod videtur dicendum secundum opinionem illorum, qui ea, quæ ab initio constiterunt, corrumpi, & irrita fieri putant, quum in eum casum recidunt, à quo

A incipere non potuerunt. Quæ opinio obtinet in quibusdam casibus, vt *l. existimo, l. si sub vna §. 1. de verbor. obligat. l. pro parte, sup. de seruitut. l. 3. de iis, quæ pro non scrip.* non obtinet tamen in omnibus casibus, vt ait recte *l. pen. §. vlt. de verbor. obligat.* non in casu *d. § . vlt.* non in casu *leg. si qua, in pr. & l. oratione, in fine, de ritu nupt.* non in casu *l. 3. C. de interdic. matrim. int. pup.* Iure contractum matrimonium superueniens casus non dissoluit, qui ei tamen fuisset impedimento, si extitisset ab initio. Non obtinet etiam in casu proposito: nec enim donatio iure facta concubinæ irrita fit postea, si vxor ducatur. Et vt ait *l. 85. §. 1. de reg. iur.* nouũ nõ est hoc, vt quæ semel vtiliter constituta sunt, durent, etiamsi casus aliquis extiterit postea à quo incipere non potuerunt. Et

B ratio differentiæ inter hos & illos casus, cur iis, quæ initio vtilia fuerunt, casu superueniente aliquo non euanescant, illis euanescant: nunc explicanda est ratio. causa, inquam, huius differentiæ & varietatis consistit in eo, quod omnibus illis casibus, ex eodem tempore, ea de quibus agitur, vires non accipiunt, sed quædam ex præsenti, quædam ex futuro. & quod id solum tempus intuendum est, ex quo potissimum vires accipiunt, non aliud tempus quodcumque *l. 22. tit. seq. l. non oportet, de leg. 2.* vt in seruitutibus adquirendis spectatur tempus, quo constituuntur, non tempus, quod antecessit, puta, quo in stipulationem deductæ sunt, nondum constitutæ & impositæ prædiis, non tempus etiam, quod constitutam seruitutem insequutum est. Quamobrem, quæ initio fuit vtilis seruitutum stipulatio, resoluitur & perimitur, si tempore, quo constituuntur seruitutes, casus

C aliquis existat, quo in stipulationem deduci non potuissent, si idem casus extitisset ab initio interponendæ stipulationis, *d. l. existimo, d. l. si sub vna, d. l. pro parte.* Et contra, seruitutes, quæ iure constitutæ & adquisitæ sunt, ex accidenti, & post facto intercidere non possunt, *d. l. pen. §. vlt. de verbor. obligat.* Et similiter in omnibus adquisitionibus rerum vel possessionum tempus spectatur, qua eas apprehendimus: hic enim est vltimus finis, quem nobis proponimus, vltimus effectus rei, quæ geritur: ac proinde tempus spectatur quo eas adquirimus & apprehendimus, non quod antecedit, vel sequitur: quod rapto vel instanti tempore est vtile, inutile est, si ex tempore adquisiti dominij vtile non fuerit, si finem optatum non habuerit: contra, tempore adquisiti domi-

D nij, quod vtile est, id neque antecedens, neque subsequens tempus corrumpere potest, *§. item contra, Instit. de inut. stipul. l. 1. §. vlt. & l. 2. de itin. actuque priu. l. si de eo fundo §. pen. de adquir. possess.* In legatis autem & fideicommissis tempus spectatur, quo dies eorum cedit, quia ex eo tempore demum vires accipiunt, & ideo, quorum dies cessit vtiliter, ex post facto intercidere non possunt: quorum autem dies cessit inutiliter, sane intercidunt, licet testameti tempore vtilia fuerint, *l. 3. de iis, quæ pro non scrip. hab.* Neque obstat huic sententiæ *l. 5. sup. ad leg. Falcid.* in qua Papin. ait, *vtile esse legatum, quod vtile fuit testamenti tempore*, puta in hoc casu scilicet, si debitor, quod debet sub conditione, vel in diem, creditori pure legauerit, licet postea debitum purum esse cœperit

E conditione debiti existente ante diem legati cedentem. Quæ sententia Papin. etiam probatur in *Institutionibus*, à Caio scil. in *tit. de legat. §. ex contrario.* Excipiendus est hic casus hac ratione, quia huius legati, de quo agit Papinianus in *d. l. 5.* dies non cedit prorsus inutiliter, quandoquidem præter actionem creditæ pecuniæ legatario creditori comparatur actio ex testamento, si malit creditum repetere ex testamento, quam ex stipulatu, vel condictione certi: vtilitas quædam est in laxiore agendi facultate, *l. cum filius §. variis, de leg. 2.* Nec recte vt opinor in hoc casu à Papiniano dissensit, vt certe dissensit Paulus in *l. debitor, de legat. 2.* Nam ea tantum legata, quæ ab initio constiterunt, intercidere

æquum

æquum eſt, quorum dies prorſus inutiliter cedit, non ſi ad aliquid vel tantillum cedat vtiliter. Porro in matrimoniis & in donationibus tempus exſtans, ſiue præſens intuemur, quo perficiuntur, non tempus inſtans ſiue futurum, quo forte peruenerunt in eam cauſam, à qua incipere non poterant, quia ſuo tempore vtiliter vires acceperunt, vt in ſpecie huius legis & in *d.l.ſi qua*, *& l.oratione, de ritu nupt. & l.2.C.de interdic. matr. int. pupill.* Illud obſeruandum eſt maxime in ſpecie propoſita, eum, qui volebat reuocare donationem collatam in concubinam, Iuriſconſulto propoſuiſſe duas rationes, quarum vtra quærebat, reuocare donationem poſſet, vel an neutra poſſet. Ac primùm hanc adferebat cauſam reuocandæ donationis, quod concubina vxor poſtea eſſe cœpiſſet, quam Papinianus reiicit ſtatim. Adferebat & hãc cauſam reuocandæ donationis, quod & tempore factæ donationis, cum ea muliere tabulas nuptiales, ſiue inſtrumenta dotalia confeciſſet, quam cauſam etiam reiicit Papinianus. Quia tabulæ ſolæ nuptiales matrimonium non faciunt, quod eſt veriſſimum, *l. neque ſine nuptiis, C. de nupt.* Matrimonium facit deſtinatio animi, ſiue conſenſus nudus, quem mox abſque dubio etiam ſequitur omnis honor & adfectio maritalis. Concubina, vt Paulus dixit *in Sententiis*, ab vxore ſeparatur ſolo delectu, id eſt, ſolo animo, *l.vlt.de concub.* quem vtique animum comitatur ſemper honor & dignitas & adfectio plenior, *d.l.cum tabulis §.quoniam, l.item legat. §.pen. de leg.3.l.8.C.de oper.libert.l.13.de poſtl.& red.ab hoſtib.* Honor, inquam, plenior, ſiue honeſtas matronæ: nam concubina ſi alterius, quam patroni ſui concubina ſit, matrisfam. ſiue matronæ honeſtatem non habet, quamuis concubinatus ſit legitima coniunctio, *l.probrum, de ritu nupt.* Et recte Lyſias aduerſus Eratoſthenem, concubinam cum vxore collatam, eſſe ἐλάττονος ἀξίας, longe minoris dignitatis. An autem mulierem quis habuerit vxoris loco, an concubinæ, eius animum eleganter Papinianus ait hoc loco eſſe æſtimandum & perpendendum, facta comparatione vtriuſque perſonæ, & conſiderata vitæ coniunctione: nec enim præſumitur ingenuus in matrimonium habuiſſe libertinam, ſed in concubinatum potius: non præſumitur etiam ingenuus ingenuam habuiſſe in matrimonium, quæ corpus ſuum ante vulgo publicauerat, quæ corpus aluerat corpore, *l.in liber.e, de ritu nupt.* nec item eam, cui in domo non detulit honores & miniſteria congruentia dominæ (ſic vocatur vxor legitima & materfamil.) vel quam menſa dignatus non eſt, atque cubili, niſi quandoque rei cauſa; quod notatur in cap. *illud, de præſumpt.* Spectanda etiam eſt fama & opinio vicinorum, *l.ſi vicinas, C.de nupt.& d.cap.illud.* ſicut in agnoſcendis liberis conſtat ſpectari opinionem vicinorum, *l.filium, de iis qui ſunt ſui, vel alieni iur.* Sola adfectio, quæ iis ſignis & argumentis deprehenditur, ſolus animus nuptias facit, nec quicquam amplius exigitur ad nuptias perficiendas, conſummantur & implentur concubitu, adhibito ritu ſolemni, vt olim ſacrificio facto, vt ſcribit Vlpian. in *lib.regul.* & auſpicibus aduocatis, vt hodie interueniente ἱερολογίᾳ, *la benediction.* qua etiam prima eccleſia vſa eſt, & deductione in domum mariti, conſummatur & impletur hoc modo; perficiuntur ſolo conſenſu, vt emptio impletur traditione & numeratione, perficitur nudo, ſoloque conſenſu: & vt venditio, ita matrimonium quoque perficitur conſenſu collato in præſens tempus, non in futurum. quam in rem ſunt cõparata quaſi formalia & τυπικὰ verba, *accipis, accipio*, aut iis ſimilia, in *cap.o.& pen.de ſponſal. & matrim.* & Lombardus *4.diſtinct.27.* & Thomas *3. quæſt.44.* Hæc verba, *volo, cupio, opto*, vel quæ alia, quæ non ſunt adfinia illis, *accipio, accipis*, non ſunt idonea ad nuptias perficiendas, quia nec ad ſponſalia conſtituenda, quod eſt notandum, quæ fieri debent his verbis: *accipiam, accipies, d.cap.pen.capit.3.4.de ſponſ.duor.* Quod

A omne & catholica eccleſia probat.

Ad §. ſpecies.

Species extra dotem à matre filiæ nomine viro traditas, filiæ, quæ præſens fuit, donatas, & ab ea viro traditas videri reſpondi, nec matrem offenſam repetitionem habere, vel eas recte vindicare, quod vir cauiſſet extra dotem vſibus puellæ ſibi traditas, cum ea ſignificatione non modus donationis declaretur, nec ab vſu proprietas ſeparetur: ſed peculium à dote puellæ diſtingueretur: iudicem tamen æſtimaturum, ſi mater iure contra filiam offenſa, eas reuocare velit, & verecundiæ maternæ congruam, bonique viri arbitrio competentem ferre ſententiam.

B IN ſecundo reſponſo huius legis hæc proponitur ſpecies, Filia nubente mater marito eius extra dotem, eiuſdem filiæ nomine, quæ præſens erat, tradidit res certas, veluti monilia quædam in honorem nuptiarum, vt addit Paulus 5. *Sentent. eod. tit.* expreſſa ea ſententia Papiniani, quæ proponitur initio huius reſponſi, filiæ ſcilic. eas res matrem donaſſe, & mox filiam marito eaſdem tradidiſſe videri. *Species*, inquit Paulus, *extra dotem à matre præſente filia genero traditæ donationem perfeciſſe videntur.* Quod, inquam, alij traditur meo nomine, ego accipere & mox alij tradere videor, *l.141. in fi. tit. ſeq.* Sed in hac ſpecie celeritate coniungendarum inter ſe actionum, id eſt, actuum duorum, vna actio occultatur & ſubripitur, vt ait *l.3.§.vlt.ſup.de don.int.vir.& vx.* nimirum occultatur donatio & traditio earum rerũ, quæ
C primum filiæ facta eſſe intelligitur: & mox eaſdem res à filia traditas fuiſſe marito: celeritate coniungendorum extremorum medium occultatur aut tranſcenditur, re tranſacta breui manu, vt noſtri auctores loquuntur, vt Titus Liuius 32. *Traſcendo medio ſummis continuatis imis.* neque enim poſſunt duo extrema eſſe ſine medio, quod vel fingatur, vel intellectu apprehendatur, quod Philoſophis notiſſimum eſt. Vt autem filiæ extra dotem eas res mater donaſſe videtur, quas filiæ nomine tradidit marito eius præſente filia; ita res quas parens ſuis nummis emit filiæ nomine, aut vir vxoris nomine, filiæ vel vxori donaſſe videtur, *l.cum hic ſtatus §.1.ſup.de don.int. vir.& vxor.l.1.C.de reuoc.don.l.filia cuius, C.fam.erciſc.* videlicet ſi eas ei tradidit, vt *l.9.C.de donat.inter vir.&*
D *vxor.* vel argumento huius reſponſi, ſi eas alij tradidit eius nomine ea præſente. dixi, extra dotem matrem marito res tradidiſſe. ideo dixi, extra dotem, quia quod dotis cauſa filiæ nomine marito traditur, ei confeſtim adquiritur iure tituloque dotis. Quod autem extra dotem marito traditur puellæ nomine, ſoli puellæ adquiritur donationis titulo pleniore, & vindicari à filia poteſt, vel peti quandoque actione ad exhibendum, vindicandi cauſa, *l.ſi ego.in fi.ſup.de iur.dot.* niſi id actum ſit, vt in dominium mariti tranſeat, & quaſi contracta fiducia, ſoluto matrimonio puellæ reſtituatur. Quo caſu puellæ diuortio facto condictio earum rerum competit, non vindicatio, nec veniunt etiam hæ res in actionem de do-
E te, *d.l.ſi ego §.dotis.* In qua oſtenditur eas res, quæ ſunt extra dotem in vſu mulieris παράφερνα appellari, & vt ait, Gallico vocabulo, *peculium mulieris*, quo etiam hodie Aquitani vtutur. Gallico igitur vocabulo hoc loco Papin. vtitur, dum res extra dotem filiæ donatas à matre, peculium vocat filiæ. Illud maxime notandum eſt, quod efficiat præſentia filiæ; hoc enim efficit, vt filiæ mater donaſſe eas res, & filia viro tradidiſſe intelligatur, quas mater filiæ nomine tradidit viro, puta, dicendo, hæc tibi tradit filia mea. Qua ratione inuenio etiam alteri, qui modo præſens fuerit, nos ſtipulari vtiliter: quia ipſe ſtipulatus eſt voce noſtra, & ipſi promiſſum videtur, ac proinde vtilem ex ſtipulatu actionem habet, *l.ſi procuratori, de verbor.oblig.* Et quod dicitur, neminem vtiliter

alteri stipulari posse, hoc ita dicitur, si ille alter absit, vt A in *l.3.C.de cont.stipul.l.3. C.de inutil. stip.* non si præsto sit. Eodemque modo emptor, qui præsenti venditori denuntiauit, vt liti assistat, quæ mouetur emptori de proprietate rei emptæ venditæ, *l.si ideo, in fi.sup. de euiction.* vt & formulæ, qua auctor, id est, venditor laudatur, *quand on le somme a garent*: hæc verba demonstrant, *quando* te in iure conspicio, postulo an auctor fias, *si vous ne prenez point à garentaige, si tu veux estre garent.* Fit ergo denuntiatio præsenti, facienda est præsenti in personam: *la sommation de garent se doit faire à la personne du vendeur, ou à son procureur luy present.* sed satis videtur etiam denuntiare præsenti, qui denuntiat procuratori eius eo præsente, non si eo absente: si eo præsente, denuntiatio valet, perinde atque si in personam eius facta fuisset, *l.si dictum §.si præsente, de euict.* At persequamur B speciem huius responsi, nondum enim expleta est. Mater parapherna filiæ nomine genero tradidit, filiæ ea donasse videtur, & mox filia tradidisse marito; cauit autem matri siue socrui gener, se ea parapherna accepisse in vsus puellæ. Post offenso animo matris, & alienato à filia, vult ipsa reuocare parapherna, quæ tradidit marito, vult ea condicere aut vindicare hac ratione: quod ea tradiderit tantum in vsus filiæ & quasi commodauerit, vt & maritus cauit se ea accepisse vsibus puellæ. Et Papin.ait, hanc rationem matris non esse idoneam, non esse masculinam his verbis, *in vsus filiæ*, non est impositus modus donationi, non est restricta donatio, puta, vt earum rerum filia domina non fieret, sed vt eis tantum vteretur quamdiu libuisset matri; imo dominium earum C rerum videri translatum in filiam, nec his verbis fuisse separatum vsum à proprietate, sed sub nomine vsus etiã intelligi proprietatem, vt accidit etiam in specie *l.vlt. sup.de vsufr.earum rer. quæ vsu consum.* sed his verbis fuisse separatum peculium filiæ, id est, parapherna à dote, quoniam parapherna sunt, quæ extra dotem mulier in vsu habet in domo mariti. Denique his verbis hoc actum est, vt à dote discernerentur parapherna, non vt vsus à proprietate. Hac igitur ratione non poterit mater reuocare donationem: sed non negat, quin possit eam reuocare ex causa ingratitudinis, si nata sit offensio matris ex filiæ iniuria, & magna ingratitudine. Vetustissimum ius hoc est, vt donationes reuocentur ex causa D ingratitudinis, quæ modo probata sit iudici, vt *l.pen. & vlt.C.de reuoc.don.* Et ita si mater iudici probauerit ingratitudinem filiæ examinatis meritis filiæ, *Iudex*, vt eleganter ait Papinianus, *debet verecundiæ maternæ congruam, & boni viri arbitrio competentem ferre sententiam.* *Verecundiam maternam*, dicit, vt verecundiam paternam *l.filiusfamil.de castr.pecul.* Quoniam vna & æqualis reuerentia omnibus parentibus seruanda est, *l. 6. de in ius voc.*

Ad §.pater qui filiæ.

Pater qui filiæ, quam habuit in potestate, mancipia donauit, & peculium emancipatæ non ademit, ex post facto nouationem videbatur perfecisse.

Donatio à patre collata in filiamfamilias, ipso iure E non valet, & res donatas interim filiafamil. habet & tenet, non vt proprias, sed vt peculiares, quia donatio non valet: denique eas habet in peculium consentiente patre. verum ea donatio potest conualescere ex bono & æquo ex post facto, veluti filia emancipata, non adempto peculio, in quo sunt res donatæ, quod etiam probat *l.siue emancipatis, C.eod.tit.* Constat etiam, eam donationem confirmari officio iudicis familiæ erciscundæ, si filia non emancipata, pater moriens in eadem voluntate perseuerauerit, vt exposuimus in *l.1.huius libri 12.*

Ad §.eiusmodi.

Eiusmodi lege deposita in æde arca, vt eam ipse solus, qui deposuit, tolleret, aut post mortem domini Ælius Speratus, non videri celebratam donationem respondi.

Deposita est arca nummaria in æde sacra apud Æditituum vel sacerdotem templi, vt solere fieri ostendit *l.si reus, de procurat.l. ait Prætor, de minor.l.4.in princ. de statulib.l.1.§.si pecunia, in fi.depos.l.1.§.sin autem, C.de commun.seru.manum.* Solere fieri ἀσφαλείας χάριν, vt addit Dio Chrys. λόγῳ ῥοδιακῷ. deposita autem ea arca est à domino ea lege, vt sibi soli redderetur, vel post mortem suam Ælio Sperato; Quæritur, an videatur dominus eam arcam Sperato donasse mortis causa? Respondet, non videri donasse, quia nullum extat argumentum, nulla significatio donationis, aliter quam si Sperati nomine arcam deposuisset, *serua hanc arcam Sperato, l.6. C.de donat.int.vir.& vxor.* vel si instrumentum donationis in æde etiam deposuisset, quo significasset se post mortem suam velle arcam Sperato restitui, quo casu valeret donatio iure fideicommissi, *l.cum pater §.donationis, de legat.2.* At neutrum horum intercessit in hac specie, sed lex tantum dicta est Æditituo depositario, vt non alium sinat arcam tollere quam se, vel Speratum post mortem suam. Speratus est adiectus solutionis gratia, non est donatarius: & si forte Æditituus ei, vt potest, etiã inuitis heredibus domini restituerit arcam, heredes domini eam à Sperato vindicabunt, quia non intelligitur ei esse donata. Ipse vero Speratus, cum sit adiectus solutionis gratia tantum, repetendæ arcæ in Æditituum nullam actionem habet, *l.10.de solutionib.* neque dixeris habere vtilem actionem depositi ex *l.pen.C.ad exhib.* quia ea *l.pen.* dat vtilem actionem depositi ei, cuius res propria ab alio deposita est sub hac lege, vt ei restitueretur: hæc arca, qua de agitur, non fuit Sperati. Neque etiam idem contendas ex *l.Publia, in pr.sup. depos.* quoniam ea lex de filio loquitur, non de extraneo, qualis fuit Speratus. Et species hæc est; Mulier cum proficisceretur ad maritum, deposuit arcam clausam apud amicum ea lege, vt eam sibi redderet, vel post mortem suam filio suo ex alio marito: muliere defuncta intestata, secundo marito nulla dabitur actio repetendæ arcæ nomine, sed dabitur filio eius: nec enim est nouum, vt per parentes filiis etiam parentur vtiles actiones, vt satisfiat affectioni summæ parentum. Igitur is solus filius, qui nominatus est, repetet arcam vtili depositi; solus, inquam, non coheredes eius, si plures fuerint filij, qui matri intestatæ heredes exstiterint ex Senatusconsulto Orfit. Quod non ita in extraneo, veluti in Sperato, procedit.

Ad §.vltimum.

Ratæ donationes esse non possunt post crimen perduellionis contractum: cum heredem quoque teneat, etsi nondum postulatus vita decesserit.

Pertinet hic §. ad id, quod definitur in *l.post contractum, sup.hoc tit.* quæ est valde celebris inter nostros. quod, inquam, ita definitur in ea lege, est ex constitutione Seueri & Antonini, cuius etiam fit mentio in *l.ex iudiciorum, D.de accus.l.vlt.C.ad l.Iul.maiest.* Et ex qua etiam constitutione sumpta est sententia huius §. Post contractum capitale crimen, donationes factas ab eo, qui crimen contraxit, non valere, si donatoris condemnatio sequuta sit. *non valere*, habent Pandectæ Florentinæ recte: sed non recte, *nisi condemnatio secuta sit*, cum sit scribendum, *si condemnatio sequuta sit*, non *nisi*: nam vel affirmate legendum est, valere, nisi condemnatio

ſequuta ſit, vel vt in Baſil. *non valere ſi condemnatio ſequuta ſit*, quod eſt rectius. Et in ea conſtitutione crimen capitale accipere oportet non ſtricte, vt in *l. tranſigere, C. de tranſact. l. vlt. C. ſi reus, vel accuſ. mort. fuer.* Pro crimine, quod irrogat pœnam ſanguinis, ſiue vltimum ſupplicium, ſed etiam pro crimine, cuius pœna eſt exilium vel ſeruitus pœnæ, & publicatio bonorum omnium, vt *l. 2. D. de public. iud.* Certiſſima autem illa definitio eſt, donationes inter viuos factas poſt contractum capitale crimen non valere, & reuocari à fiſco, ſi poſtea ex cauſa eius criminis donator condemnatus ſit. dico, *poſt contractum capitale crimen, poſt reatum.* id eſt, poſtquam iudicio reus poſtulatus eſt: nam etſi, cum nondum reus poſtulatus eſſet, is, qui crimen admiſit, donationem fecerit, donatio non valet, & reuocatur à fiſco, ſi poſtea reus poſtulatus, reus factus & condemnatus ſit. quia donaſſe præſumitur ſuſpicione reatus futuri, pœnæque futuræ, & in fraudem fiſci. Ante contractum capitale crimen donationes factæ inter viuos valent, quia factæ ſunt ſine ſuſpicione pœnæ ab innocente, & citra fraudem fiſci, *l. 7. tit. ſeq. l. cum hic ſtatus* §. *ſi maritus vxori, ſup. de donat. inter vir. & vx. l. res vxori, C. eod. tit.* illo loco: *ante tempus criminis. &* in *l. 9. §. 1. C. de bon. proſcript.* in ſimili loco: *ante tempus criminis & reatus.* quæ verba in vtraque lege deſumpta ſunt ex *l. 1. C. Theod. de bon. proſcrip.* Ergo ante crimen factæ donationes omnimodo valent. Et hoc maxime diſtant donationes inter viuos à donationibus cauſa mortis: nam donationes cauſa mortis, etiamſi factæ ſint ante contractum capitale crimen, ſecuto crimine & damnato donatore non valent, quia donationes cauſa mortis legatis comparantur: & conſtat legata capitis damnato teſtatore irrita fieri, *d. l. 7. tit. ſeq.* vbi Accurſ. recte à donationibus cauſa mortis excipit donationem, quæ eis ſimilima eſt, à viro collatam in vxorem, quia etiamſi ea donatio à viro collata in vxorem donationi cauſa mortis cōparetur, propterea quod donatoris morte ſequuta demum completur & confirmatur. quæ ab initio non valet, *l. 12. C. ad leg. Falcid. d. l. cum hic ſtatus* § *1.* placet tamen Conſtantino, eam donationem, quam vir contulit in vxorem, non fieri irritam (hoc primus voluit Cōſtantinus) marito ex pœna mortuo aut facto ſeruo pœnæ, *d. l. res vxoris, d. l. 9. C. de bon. proſcript.* ſi modo vxor vidua permanſerit: hoc enim vxori dat Conſtātinus pro præmio pudicitiæ, vt ait. Ergo idem non eſt dicendum è contrario, ſi vxor viro donauerit, quod vxor vltimo ſupplicio poſtea, aut in metallum damnata fuerit: res enim viro donatas, quaſi iure communi irrita facta donatione per damnationem vxoris, per capitis damnationem, viro fiſcus aufert, qui & cætera bona aufert vxori, quia hoc caſu, quum vxor donauit viro, iuri communi nominatim derogatum eſt: nec viduitatis in mare tanta ſunt premia, quanta in fœmina, quod maxime notandum eſt. Notandum etiam eſt ſupradictæ conſtitutioni Seueri & Antonini locum eſſe non tantum ſi per donationem, ſed etiam, ſi quocunque alio modo poſt contractum capitale crimen res alienatæ ſint in fraudem fiſci, *l. in fraudem, in prin. de iure fiſci. l. vlt. C. ad leg. Iul. maieſt. & d. l. ex iudiciorum, inf. de accuſat.* vbi alienationibus iunguntur etiam manumiſſiones ſeruorum, quia idem ius eſt & in manumiſſionibus factis poſt contractum capitale crimen, vt non valeant, non competant libertates, ſi condemnatio ſecuta ſit. Denique idem ius eſt in alienationibus & in manumiſſionibus: ſeparatio tamen nominum, quæ fit in *d. l. ex iudiciorum,* & in *d. l. vlt.* atque etiam in *l. proſpexit, inf. qui & à quib. man. lib. non fiant.* & in *l. vlt.* §. *ſed quia, C. communia de leg.* demonſtrat, manumiſſiones alienationes omnino non eſſe, quia ſcilicet, qui manumittuntur non tranſeunt in dominium alterius. quatenus tamen manumiſſi dominio noſtro abeunt, recte manumiſſio comparatur alienationi ſupradictis locis, & in *l. alieno* Reſponſ. Papin.

A §. *ſi fideicommiſſum, inf. de fideicommiſſ. libertat. l. vlt. C. de reb. alien. non alien.* Et tamen in emancipationibus liberorum, quæ fiunt poſt contractum capitale crimen, idem ius non eſt, quod in manumiſſionibus ſeruorum: valent enim emancipationes, quaſi ſtudio & adfectu liberorum factæ neglectis bonis, quæ per eos adquiri poſſent, non fraudandi fiſci cauſa. *l. cum quidam, D. de iure fiſci.* & ita explicanda eſt *l. poſt contractum.* Male Accurſius & alij omnes, excepto Odofredo accipiunt *d. l. poſt contractum*, ſiue conſtitutionem Seueri & Antonini, vt poſt contractum capitale crimen, donationes factæ ante damnationem valeant, etiam ſi poſtea damnatio ſecuta ſit; & vt eæ tantum non valeant, quæ fiunt poſt damnationem. Quæ interpretatio inepta & vitioB ſiſſima eſt, quia nec verba *l. poſt contractum*, nec lex *ex iudiciorum*, nec *l. vlt. C. ad l. Iul. maieſt.* quæ congruunt inuicem, hunc ſenſum admittunt. Et ſi hic fuiſſet ſenſus Imperatorum, non dixiſſent fruſtra, *poſt contractum capitale crimen*, ſed, *poſt condemnationem.* Ac præterea donationes factæ poſt damnationem, vt non valeant. Hoc vero conſtitutio illa Imperatorum primum non efficit, ſed ius vetuſtiſſimum hoc eſt, vt ſententia & damnatio ſtatim vires ſuas exerat, & præoccupet pœnæ executionem, mortem, ſeruitutem, publicationem bonorum *l. quod ad ſtatum, l. qui vltimo, inf. de pœn.* hoc non obtinuit, ſed conſtitutio effecit, vt & ante damnationem poſt contractum capitale crimen donationes factæ inter viuos non valerent, ſi poſtea damnatio ſequeretur. Et C ita ſolus Odofredus eam conſtitutionem accepit recte; nihil eſt euidentius. Addamus conſtitutioni huic locum eſſe in omni crimine capitali, etiam perduellionis: nam poſt contractum crimen perduellionis, donationes factæ etiam non valent, ſi condemnatio ſequuta ſit ex eadem conſtitutione ſupradicta. *d. l. ex iudiciorum, l. vlt. C. ad l. Iul. maieſt.* Sed hoc in crimine perduellionis ſpeciale eſt, quod accuſatio memoriæ & condemnatio ſequi poteſt poſt mortem eius, qui crimen perduellionis contraxit, quæ ſi ſequatur etiam poſt mortem, donationes ab eo ante reatum & damnationem factæ poſt contractum crimen perduellionis irritæ ſunt, quæ eſt ſententia huius §. *vlt.* Et heredibus, qui crimen perduellionis, quo arguitur defuncti memoria, non purgauerint, D hereditatem aufert fiſcus, *l. vlt. inf. ad l. Iul. maieſt. l. 4. C. de hæretic.* Crimen perduellionis heredes tenet. Itemque crimen repetundarum, & peculatus reſiduorum & ſi qua ſint ſimilia crimina, quæ pecuniæ ablatæ perſecutionem habeant, *d. l. ex iudiciorum.* non quidem, quod notandum, vt memoria damnetur defuncti ex crimine repetundarum, vel ſimili, quæ damnatur tantum ex cauſa perduellionis, ſed tantum vt & poſt mortem eius, qui in ea crimina incidit, exigantur pecuniæ ablatæ, aut pœnæ pecuniariæ. Alia autem crimina nullo modo heredes tenent mortuo eo, qui ea admiſit ante damnationem. Eſt etiam hoc ſpeciale in crimine perduellionis, quod emancipationes liberorum à perduelle factæ poſt contractum illud crimen non valent, ſi accuſatio & condemnatio ſequuta ſit viuo eo, vel poſt mortem eius, E nihil refert, *l. quiſquis* §. *emancipationes, C. ad l. Iul. maieſt.* quæ tamen emancipationes valent, ſi factæ ſint poſt contractum aliud crimen, vt dixi ante. At quæro, quid ſit dicendum, ſi donationes factæ ſint ante contractum crimen perduellionis? Et quia Papinianus ait hoc loco: *poſt contractum crimen perduellionis*, ex contrario ſignificat factas ante crimen eſſe ratas. Idemque demonſtrat *d. l. cum hic ſtatus* §. *ſi maritus vxori*, qui §. eſt de donationibus factis ante crimen perduellionis, vel antequam donator ſibi mortem conſciſceret ob conſcientiam ſceleris cuiuſdam, quas ſi vir alij, quam vxori fecerit inter viuos, valent, non ſi mortis cauſa, quia damnatione irritæ fiunt donationes mortis cauſa, ſicut legata, vt dixi ſupra. Et damnatur æque poſt mortem, qui ſibi turpiter

mortem consciuit ductus conscientia sceleris anteacti, & qui quid commisit contra Rempubl. vel contra maiestatem ipsius Principis. Recte enim alia scelera siue crimina dicuntur exstingui mortalitate in *l. vlt. inf. ad l. Iul. maiest.* Mortalitatis nomine significata morte, quam sors & conditio humana adfert, & mortalis hominum natura. Nam morte sibi adscita nullum crimen exstinguitur. At vt ostenditur in *d. §. si maritus vxori* si vir donationem fecerit vxori quasi inter viuos ante contractum crimen perduellionis, vel antequam mortem sibi adsciscеret, donatio non valet, quia instar obtinet donationis causa mortis, cum morte tantum donatoris confirmetur; instar obtinet donationis causa mortis siue legati, ac proinde damnatione irrita fit. Ac postremo hoc est etiam speciale in crimine perduellionis, quod post contractum crimen perduellionis, nec ante nec post reatum, id est, post accusationem, perduelli debitor eius soluit recte, *l. vlt. C. ad leg. Iul. maiest.* aut iure ei soluisse non intelligitur, si vel post mortem memoria eius damnata sit, & interdictum posteris nomen. Et tamen post contractum aliud crimen capitale: imo & post reatum reo debitor bona fide soluit recte, *l. aufertur §. in reatu, D. de iure fisci.* Alioquin plerique innocentium, id est, qui postea declarabuntur innocentes, & absoluentur, interim necessario sumptu egerent, si suum quod est, non possent recipere iure à suis debitoribus, *l. reo, inf. de solut.* Et hic est finis quæstionis.

Ad l. 36. de liber. caus.

Dominus qui obtinuit, si velit seruum suum abducere, litis æstimationem pro eo accipere non cogetur.

HÆc sententia apertissima est: si dominus seruum suum esse petierit liberali iudicio, qui erat in possessione libertatis, & vicerit eum, statim veluti manu in eum iniecta seruum abducere posse, nec cogi pro eo oblatam litis æstimationem accipere, id est, non cogi eum vendere: litis æstimatio est similis venditionis emptioni, *l. 3. pro empt. l. vlt. quib. ex caus. in poss. eatur. l. si propter, rer. amot.* Alio iure est is, cui seruus noxæ deditus est sententia iudicis, qui quidem postquam deditus est seruus, eum ducere & iure dominij retinere non potest, si seruus corrasa pecunia, & quæsita ei offerat æstimationem damni, quia oblata æstimatione damni, siue noxæ quam ei seruus fecit, etiam inuito eo liber fit auxilio prætoris, *§. 1. Instit. de noxal. act.* quia & non sua sponte factus est dominus serui deditione, sed magis necessitate quadam noxalis iudicij, qui desiderabat tantum sibi damnum, siue noxæ æstimationem præstari, non seruum. Qua ratione etiam eleganter Græci vtuntur in *l. 8. in fi. sup. de noxal. action.* Si seruus communis plurium L. Titio damnum dederit, & Lucius Titius velit agere noxali actione cum vno ex dominis serui, is, quem elegit, si velit euitare actionem noxalem, quæ in eum daretur in solidum, debet ante litem contestatam Lucio Titio cedere partem, quam habet in seruo: atque ita desinet teneri noxali actione, quia desinit esse dominus; ac præterea Lucius Titius etiam aduersus cæteros dominos amittet noxalem actionem, quia socius in socium nunquam agit noxali actione: & Lucius Titius factus est socius cæterorum, adquisita in seruum parte dominij: non habet etiam Lucius Titius in socios actionem communi diuidundo, vt scil. pro partibus suis damnum sarciant, quoniam damnum quod dedit seruus, siue maleficium serui antiquius est communione, & ideo non venit in causam communionis. Verum d. l. 8. concludit, æquius esse Lucio Titio dari actionem communi diuidundo, vt pro rata partium sociorum suorum, ei damnum præstetur, quod intulit seruus. Et ratio red-

A ditur à Græcis elegantissima, æquum esse dari ei communi diuidundo, quia non tam factus est dominus sua sponte, quam necessitate iudicij noxalis, ὅτι οὐχ ἑκουσίως, ἀλλ' ἀνάγκῃ τῆς νοξαλίας, non quæsiuit dominium serui sua sponte, sed ex natura iudicij noxalis: at qui dominium serui vindicauit, adserens se esse dominum, & obtinuit, non ideo prohibetur seruum abducere quod pro eo offeratur æstimatio, vt illo loco proponitur: & longe est alia ratio huius atque illius. Et ita vero legatarius cui homo, vel res certa legata est, non cogitur pro ea oblatam æstimationem accipere ab herede, nisi ex iusta causa, sed destricte agit, vt sibi ea res ipsa præstetur, quæ legata est, *l. si domus §. qui confitetur, & seq. de legat. 1.* Ac similiter is, qui rem emit, non B cogitur pro ea accipere æstimationem, vel quanti sua interest, sed venditor præcise cogitur ei rem tradere, si eius tradendæ facultatem habeat: nam & donationem perfectam nuda conuentione ex constitutione Iustiniani, ipse Iustinianus ait, in se habere necessitatem traditionis, quæ necessitas, ne quis cauilletur, est simplex & absoluta, id est, sine exceptione, sine adiunctione. Id vero de donatione est in *§. aliæ, Institut. de donat.* Et quod ait *l. contractus, C. de fide instrum.* venditori impositam esse necessitatem contractum perficere, id est, rem tradere, & implere contractum, vel id, inquit, quod interest emptoris persoluere; ibi vel, non facit exceptionem vel adiunctionem. adiunctio exceptio est, quæ fit hoc modo: *necesse est te dedas hostibus, si non vis fame perire;* vel, *nisi mauis fame perire.* Et ita si dixisset, *necesse est venditori* C *rem tradere, si nolit præstare id, quod interest,* vel, *ni malit præstare id, quod interest,* sane non esset simplex necessitas & absoluta, sed cum exceptione; at quum dicitur, necesse esse venditori rem tradere, vel præstare id, quod interest, ostenditur, alterutrum esse necesse simpliciter & absolute prout emptor elegerit, & res tulerit. Et ita nominatim Paulus 1. Sentent. *si id, quod emptum est,* inquit, *neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, vt tradat, vel mancipet.* Placet valde quod ait *l. vlt. C. de fideicommiss. libert.* stultum esse iudicem, qui damnat in æstimationem eum, qui rei restituendæ facultatem habet, qua de agitur. Neque huic sententiæ, quæ communis est, repugnat quod ait *l. 1. in princ. de action. emp.* si res vendita non tradatur, agi ex empto, quanti rem habere emptoris interest; nam quod statim subiicit; *interdum* D *pluris interesse, quam res valeat vel empta sit;* sane ostendit hoc casu præcipue emptorem, si sapit acturum in id, quod interest, quod pluris est, alioquin si minoris intersit, sane acturum præcise vt venditor rem tradat, cuius tradendæ potestatem habet, & ita ea lex explicanda est. His exceptis ex aduerso opponuntur duo alia exempla contraria, vnum ex *l. 13. §. vlt. de re iudic.* alterum ex *l. non cogendum §. 1. de procurat.* Dicamus primum de *l. 13. § vlt.* in ea ait, eum qui promisit damni infecti, verbi gratia, puta prohibere se, ne in ea re damnum stipulator patiatur, prohibere se, ne quod ex ruina, aut vitio ædium, quod ædes faciunt, vel minantur, damnum stipulator patiatur, si non faciat quod promisit, si non prohibeat, non accuret, in pecuniam numeratam con- E demnari, id est, in id, quod interest, vt *l. stipulationes 72. de verb. oblig.* nec cogi præcise facere quod promisit. Et ita seruari ait in omnibus faciendi obligationibus, vt promissor si defecerit in faciendo, damnetur in id, quod interest: sed hoc ideo, quia integrum promissori non est facere, quod promisit damno iam illato stipulatori, lapsu ædium forte: at re integra sane ad faciendum compelli potest, si hoc malit stipulator: sicut heres ad præstandam rem legatam compelli potest, nec liberatur offerendo litis æstimationem inuito legatario, quia aliud pro alio solui non potest inuito creditori, *l. 2. §. mutui, de rebus credit.* Præstare facere est, *l. si fundū certo*

die, de verb. oblig. Et sic heres iussus facere opus Reipubl. non liberatur offerendo pecuniam Reipubl. vt ipsa faciat, *l. 11. §. vlt. de legat. 3.* Ac similiter donator, vt ante diximus, & venditor rem donatam aut venditam tradere coguntur. His addatur etiam dominus, qui rem concessit in feudum, præcise eam tradere cogitur. Et vt nominatim scriptum est in 4. *Feud. tit. 15.* dominus feudi non liberatur præstando id, quod interest. Denique quicunque rem debet, non liberatur offerendo rei pretium, alioquin aperta erit via pœnitudini & perfidiæ post contractum perfectum cuicunque volenti ab eo recedere inuito altero, si detur potestas offerendæ pecuniæ pro re debita. Nec verum est, quod quidam dicunt, inciuile esse ad faciendum cogi eum, qui paratus est subire litis æstimationem. Quæso, an est inciuile suũ exigere, atque etiam efflagitare? Quis hoc dicat? & perperam in id adducunt *l. nec temere, C. de iure deliber.* quæ ait, neminem cogi emere, aut donatum accipere, aut hereditatem adire. sic sane, quia in hoc obligatus non est. Cæterum si obligatus esset, sane cogeretur, nec posset frangere fidem contractus. Et obseruandum est in *leg. 11. 12. & 13. de re iudic.* proponi quatuor casus, quibus alia re, vel causa in obligationem deducta, fit condemnatio in id, quod interest. Primi casus ratio hęc est, quia ad diem fieri aliquid conuenerat, & factum eo die non est, quod alio die fieri mihi stipulatori inutile est. Idcirco damnatur reus in id, quod interest, *l. 11.* Secundi casus ratio hæc est; quia rei debitæ restituendæ facultatem debitor non habet, *d. l. 12.* Tertij casus ratio hæc est; quia quum quis promisit satisdare, & fideiussorem dare, nihil in satisdationis promissione aliud venire potest, quam quod interest stipulatoris, ex sententia Proculi, *l. 112. & l. seq. §. vlt. de verb. oblig.* Quia plerunque difficilis ac molesta, ac pene impossibilis est præstatio satisdationis, *l. omnes præterea, C. de episc. & cler. & l. 6. sup. si cui plusqu. per leg. Falci.* Et hic tertius casus proponitur in *d. l. 13. in princip.* id est, *in parte 1.* Quartus casus proponitur in *parte 2.* in *§. vlt.* Is nempe quem exposui ante, cuius ratio hæc est, quia res non est integra, vt prohibeat quis & arceat damnum, quod datum iam est, quod erat in obligationem deductum, idcirco necessario recurritur ad æstimationem pecuniariam. Contextus autem illius *§. vlt. d. l. 13.* valde deprauatus ita restituendus est: *si quis promiserit prohibere se, ne quod damnum ex ea re stipulator patiatur, & faciat,* id est, prohibeat, *facit quod promisit, &c.* quæ initio aliter erant proposita, nempe hoc modo, *si quis promiserit prohibere se: vt aliquod damnum stipulator patiatur & faciat,* quoniam non est scribendum, *vt aliquod damnum stipulator patiatur,* sed scribendum est, *ne quod ex ea re damnum stipulator patiatur,* addito semicyclo, siue virgula, *& faciat, facit quod promisit:* sin minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur. Idque glossema, quod insertum est eo loco in Pandectis Florentinis aperte demõstrat his verbis: *ita habeatur.* Proponuntur duæ lectiones in hoc §. Prior falsa est: posterior vera, quod glossema probat, dum ait, *ita habeatur,* hoc est, *ita legatur: ne quod ex ea re damnum stipulator patiatur, &c.* cui simile glossema obseruaui apud Arnobium 3. contra gentes; *Si tempus,* inquit, *significatur hoc nomine Græcorum vt interpretes autumant, quod* χρόνος est, illud χρόνος oportet scribere Latino charactere. *habeatur,* χρόνος charactere Grę co. *nullu est Saturni nomen,* inquit. Illud, *habeatur* χρόνος, Græco charactere, quod ita scriptum legi in Bibliotheca regia glossema est, quo emendatur superior scriptura Latini characteris. Quod idem sępe efficit in libris Varronis, de re rustica, quæ sæpe inserta est & intexta in manuscriptis litera L. vt Victorius testatur, & legi in eadem Bibliotheca, in qua litera interpretanda multi laborant. Admonemur, vt legamus eo modo, non alio:

A nam litera illa L. significat, legatur. Et hæc de dicta *l. 13. §. vlt.* Restat tantum lex *non cogendum, §. 1. de proc.* quæ ait, procuratorem qui cauit iudicatum solui, quæ cautio, vt scitis, tres clausulas habet, de iudicato faciendo, de re defendenda, & de dolo malo, *l. 6. iudicat. solui.* eum, inquam, non cogi præcise iudicium accipere & rem defendere, ex Sabini sententia. Sed si iudicium accipere detrectet, agi posse ex clausula, siue ex stipulatione de re defendenda, & in eo iudicio æstimari, iusta fuerit necne causa recusandi iudicij, vt si iusta fuerit, reus absoluatur, quia non simpliciter promisit rem defendere, sed arbitrio boni viri: & boni viri arbitrio congruum est, vt inuitus rem non defendat, qui iustas causas excusationis adfert. Atque ita hoc casu, nec cogitur
B iudicium accipere, nec stipulatio ob rem non defensam commissa esse intelligitur, vt *l. vir bonus, iud. solui.* Sin autem iniusta causa fuerit recusandi iudicij, non cogitur quidem præcise iudicium accipere, sed condemnatur, quanti ea res est ex stipulatione iudicatum solui. Dico autem hoc Sabinum non scripsisse de quocunque procuratore siue defensore, sed de eo tantum, qui non cogitur defendere, vt patet ex *l. mutus §. qui non cogitur, de proc.* cui cohæret *dicta l. non cogendum.* Quis vero nõ cogitur defendere? Is qui non egit alieno nomine, is qui non prouocat alium alieno nomine ad iudicium. ego non cogor te defendere, si quis tecum agat, si non ago cum eo tuo nomine, si quam fidem suscepi, eam
C implere debeo: fidem autem aut defensionem absentis inuitus suscipere non cogor, si non ago eius nomine, *l. inuitus, C. eod. tit.* Et si forte cauero iudicatum solui, Labeo quidem existimauit, me præcise compelli posse ad defendendum, & iudicium accipiendum, nisi si qua causa mihi iusta esset recusandi iudicij, & tractu temporis res actoris non esset peritura, vt quia temporalis actio non esset, quam intersit actoris vel contestari tantum cum defensore præscriptionis interrumpendę gratia. Verior tamen est Sabini sententia, vt etiam si cauero iudicatum solui, non cogar iudicium accipere & reũ defendere, id est, litem contestari, sed agi tantum mecum possit ex stipulatione ob rem non defensam. Et ratio Sabini hæc fuit; quia edicto prætoris expressum nõ est, vt ille, qui non cogitur defendere, etiamsi cauerit
D iudicatum solui, iudicium accipere compellatur. Verum aliud dicendum est in eo, qui cogitur defendere absentem, puta, in eo, qui agit absentis nomine. Nam si is quo cum agit absentis nomine, inuicem etiam cum eo absentis nomine agere velit, & mutuæ petitiones sint, sane edicto Prætoris expressum est in *l. seruum §. ait prætor, eod. tit.* eum cogi defendere absentem, alioquin non admitti ad agendum, *l. mutus §. pœna, eod. tit. l. actionem, C. eod. tit. l. 1. sup. de noui oper. nuntiat.* Defendere autem ille non videtur, nisi caueat iudicatum solui, secundum quam cautionem à Prætore, postulante aduersario, cui cauit, districte compelli potest ad iudicium accipiendum, litem contestandam, rem defendendam, etiam si paratus sit ex stipulatione iudicatum solui, subire litis æstimationem, & præstare quanti ea
E res est, nisi iustam causam habeat iudicij recusandi, aut iusta ex causa remoueatur à domino, quæ est sententia legis *sed & hæ §. pen. eod. tit.* quæ videbatur pugnare cum *d. l. non cogendum.* Verum addamus, etiam eum, qui datus est procurator ad litem defendendam, si dominus pro sciente & consentiente, id est non contradicente cauerit iudicatum solui, sane, vt etiam est edicto expressum in *l. 8. §. vlt. eod. tit.* eum, inquam, cogi pręcise iudicium accipere cum illa exceptione, nisi iustam causam habeat recusandi iudicij, quales multæ proponuntur in *d. l. 8. §. vlt.* & aliquot legibus sequentibus, quæ tamen etsi iustæ sint causæ, nullius momenti sunt, quum aliqua est captio actoris propter temporis tractum; quoniam hoc casu, etiamsi iustam causam habeat ces-

ſandi, omnimodo cogitur iudicium accipere, ne actio pereat actori, *l. 12. eod. tit.* Quod exemplum Labeo ſequebatur etiam in eo defenſore, pro quo ſciente dominus non cauit iudicatum ſolui, ſed defenſor ipſemet, de quo, quod nihil eſſet edicto comprehenſum, ideo reprehenſo Labeone Sabinus, qui fuit diuerſæ ſcholæ, ſenſit, nullas eſſe partes prætoris ad compellendum eum rem defendere abſciſe. Vnde apparet, non de quolibet defenſore Sabinum loqui. Illud tamen addi oportet, eum quoque defenſorem, pro quo neſciente dominus cauit iudicatum ſolui, proculdubio nec compelli iudicium accipere, nec agi cum eo poſſe vlla actione, quia nihil cauit, neque ipſe, neque dominus ipſo ſciente, ſed dominus, qui cauit eo neſciente & detrectante defenſionem, ex ea cautione conueniri poteſt, vel fideiuſſor eius, *l. 14. eod. tit.*

Ad l. 4. de ſeparat.

Creditoribus, qui ex die, vel ſub conditione debentur, & propter hoc nondum pecuniam petere poſſunt, æque ſeparatio dabitur, quoniam & ipſis cautione communi conſuletur. Legatarios autem in ea tantum parte, quæ de bonis ſeruari potuit, habere pignoris cauſam conuenit.

SCiendum eſt, edicto prætoris propoſito in hoc titulo promitti beneficium ſeparationis bonorum poſtulantibus creditoribus defuncti intra quinquennium ab aditione hereditatis, vt in *l. 1. §. quod dicitur, hoc tit.* videlicet, ſi heres ſoluendo non ſit, & futurum ſit, vt patiatur poſſeſſionem & venditionem bonorum. Quo beneficio cauſa cognita, vt oportet, à prætore conceſſo, creditores hereditarij ſeparantur à creditoribus heredis, & bona hereditaria à bonis heredis, & in bonis hereditariis creditores hereditarij, id eſt, creditores defuncti, potiores & ſoli ſunt, vt nec ea attingere poſſint creditores heredis, niſi ſi quid adimpletis creditoribus hereditariis, ſuperfuerit ex bonis defuncti, *d. l. 1. §. item ſciendum, hoc tit.* Sed creditores heredis in ſuum debitum habent bona heredis, in quorum poſſeſſionem herede non ſoluente etiam mittuntur ſoli, ſubmotis creditoribus defuncti. Creditores autem defuncti mittuntur in poſſeſſionem bonorum hereditariorum, crediti ſui ſeruandi cauſa, vt pro pignore ea habeant. quod pignus prætorium dicitur, quia ex ordine & edicto prætoris conſtituitur. Atque ita fit dato beneficio ſeparationis bonorum defuncti & heredis, vt vnum patrimonium, quod ſcilicet aditio hereditatis genere quodam fecerat vnum, quaſi diuidatur in duo, & vt vna perſona, quę fingitur eſſe heredis & defuncti, quaſi diuidatur in duas: hic eſt effectus ſeparationis. Inter creditores autem hereditarios ſiue defuncti connumerantur etiam legatarij, quamuis à defuncto eis deberi non incipiat, ſed ab herede. Nam & legatarij, quotiens heres non eſt ſoluendo, poſſunt impetrare ſeparationem bonorum, *l. pen. hoc tit.* Eoque referri poteſt, quod ait *l. heredi[illegible]arum, inf. de oblig. & act.* hereditariarum actionum loco haberi actiones legatorum, quamuis ab herede incipiant: non in omnibus cauſis ſcilicet, ſed in cauſa ſeparationis bonorum, vt æque eam impetrent cauſa cognita legatarij, atque creditores defuncti. Docet autem Papinianus hoc loco, etiam hoc beneficium ſiue commodum ſeparationis dari creditoribus hereditariis, quibus debetur ex die, vel ſub conditione, licet nondum pecuniam petere poſſint. non ergo tantum creditoribus hereditariis, quibus præſenti die debetur, ſed etiam iis, quib. ex die, vel ex conditione debetur. ergo & iis, quib. legatum eſt ex die vel ſub conditione. Nam, vt diximus, in cauſa ſeparationis bonorum legatarij connumerantur creditoribus hereditariis, aut loco eorum habentur. Et rationem hanc ſubiicit Papi.

A quia iis creditoribus, quibus debetur ex die, vel ſub conditione communi cautione conſulitur, quotiens ſcilicet heres ſoluendo non eſt: nam hic eſt caſus, qui tractatur in hoc tit. *Quoniã,* inquit, *& iis cautione communi conſuletur.* Quid vocat cautionem communem? vel cautio communis hoc loco accipitur pro prætorio pignore, quod conſtituit miſſio in poſſeſſionem, vel pro ſatiſdatione de ſoluendo debito, cum dies venerit, aut conditio exſtiterit, vel pro vtroque remedio per conſequentias, id eſt, vno trahente aliud, & conſequente. Ac primum quidem in *l. 6. ſup. quib. ex cauſ. in poſſ.* Paulus ait, *creditores conditionales in poſſeſſionem bonorum debitoris mitti ſolere*, quo genere pignus prætorium conſtituitur, vt dixi, *l. miſſo, pro empt.* Et vel vno qualicunque creditore miſſo in poſſeſſionem, ea miſſio ſiue

B cautio pignus eſt, cautionis ſpecies, & longe melior cautio, quam cautio perſonalis, *l. 25. de regul. iur.* Ea, inquam, miſſio ſiue cautio pignoris omnibus creditoribus prodeſt, vel vno tantum miſſo in bona etiam conditionalibus creditoribus, qui in rem fit, & generaliter non in perſonam, vt *l. cum vnus, ſup. tit. prox.* Qua de cauſa Greci eam miſſionem vocant, *τὴν καθόλου νομὴν τῶν δανειστῶν*, id eſt, *generalem poſſeſſionem creditorum.* Et eadem ratione hoc loco videtur appellari cautio communis, quod innuit etiam id, quod paulo poſt in *h. l.* Papin. quum de legatariis loquitur, eam cautionem communem pignoris cauſam vocare videtur, pignoris prætorij ſcilicet, non pignoris, quaſi ex tacita conuentione, quod Iuſti. dedit legatariis in cæteris reb. hereditariis, *l. 1. C. comm. de leg.* Quod tamen Accurſ. ſenſit,

C quum in ea verba, *pignoris cauſam*, hoc loco appinxit l. 1. male, quia Iuſtinianus palam profitetur, ſe primum eſſe auctorem dandæ legatariis tacitæ hypothecæ, tacitiue pignoris inuicé conuenti, vt plane Accurſio ſit neceſſe longe à vicinia veritatis errare. At quod dicimus etiam cautionem communem hoc loco Papinianum accipere videri pro prætorio pignore, etiam à vero videtur errare, quia creditores conditionales vel in diem: dehinc quum dicam, creditores conditionales, idem exiſtimate me dicere de iis, quibus debetur in diem. Creditores igitur conditionales idem Paulus, qui ſcripſit in poſſeſſionem mitti ſolere, *d. l. 6.* ait in *l. pen. eod.* in poſſeſſionem non mitti. Quod ſic velim componi & accipi, vt conditionales creditores non mittantur in

D poſſeſſionem cum effectu, quia nec poſſunt bona ex edicto vendere, antequam dies vel conditio venerit *d. l. pen. l. Fulcinius §. ſi in diem, eod. tit.* nec ſi à debitore prohibeantur venire in poſſeſſionem ex decreto Pretoris, in eum habent interdictum reſtitutorium, de quo in *tit. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ. miſſus eſt,* vel actionem quanti ea res eſt, quam habent ij, quibus præſenti die debetur, ſi non admittantur ad poſſeſſionem, ſi prohibeantur ingredi poſſeſſionem: de qua potiſſimum actione eſt *d. l. pen.* nec poſſunt etiam creditores conditionales interim deſiderare caueri ſibi de reſtituendo debito, cum dies venerit aut conditio exſtiterit. Hoc enim tantum permittitur officio iudicis in iudiciis bonæ fidei,

E etiamſi non alia cauſa ſubſit, quæ vrgeat, exigendę cautionis, *l. in omnibus, ſup. de iudic.* Sed in hoc prouidentia eſt, quod poſſit interim labi facultatibus, *l. quotiens §. ſi ſemel, de pecul. l. ſi conſtante §. quotiens, ſol. matrim. l. quod ſi in diem, de petit. heredit. l. Seia, de mortis cauſ. donat.* non tantum in iudiciis bonæ fidei officio iudicis, ſed etiam in legatis vel fideicommiſſis ex die vel ſub conditione relictis, de quibus caueri interim ſibi recte deſiderant legatarij ex edicto prætoris, non officio iudicis: ex edicto prætoris, inquam, propoſito tuendarum ſupremarum voluntatum gratia. Eaque cautio legatorum, quæ legatariis ex edicto præſtatur, cautio vulgaris dicitur in *l. filius famil. §. Diui, de leg. 1.* id eſt, cautio communis, vſitata & ordinaria, eadem forma,

qua cautio iudicatum solui dicitur cautio siue satisdatio communis in *l. pen. quæ* est Græca, *de procurat.* κοινὴ ἱκανοδοσία, solita satisdatio in *l. Pomponius* §. *sed et si quis, sup. de procurator.* Quæ vna est differentia inter creditores & legatarios, quoniam his cauetur interim, non illis. Et ex ea differentia pendet etiam & proficiscitur altera: quia legatarij conditionales, si eis non caueat heres, effectu mittuntur in possessionem bonorum, vt si res exegerit, etiam bona vendantur. Creditores autem, quum eis interim caueri non oporteat pro soluendo debito, non est consentaneum non cauente debitore, quasi debitoris contumaciæ coercendæ causa, quæ nulla est, mitti in possessionem bonorum. Solent mitti, vt ait *d.* lex 6. mos hic est, non ius, quia frustra mittuntur, cum & non admitti impune possint, & sequi venditio non possit, antequam conditio exstiterit. Vnus tamen casus est, quo non frustra mittuntur in possessionem pendente conditione: hic casus tractatur in hoc titulo: si heres debitoris soluendo non sit, si suspectus sit conditionalibus creditorib. & aliis omnibus: hoc enim casu ex edicto prætoris pro soluendo debito, etiam conditionalibus creditoribus cauere heres debet, ex edicto, inquam, prætoris in hunc casum composito, de quo in *l. si creditores, sup. tit. prox.* Aut, vt ibidem ostenditur, si heres cauere recuset, pignus prætorium constituitur cum effectu, missis creditoribus in possessionem bonorum hereditariorum. Ac postea ex ordine distractis bonis, atque in hanc rem & finem, vt ostendit hoc loco Papinianus, separatio bonorum postulatur, vt separatim fiat missio, separatim venditio: Quia hoc casu, id est, quum heredis bona soluendo non sunt, etiam conditionalibus creditoribus ait, nedum præsentibus, communi cautione consulitur, id est, cautione soluendæ pecuniæ sua die, qua non præstita consequatur prætorium pignus, ex *d. l. si creditores.* Sed & hoc casu alia differentia existit inter creditores & legatarios, quam hoc loco Papinianus indicare voluit. Differentia hæc est: creditores defuncti bona, quæ separauerunt beneficio Prætoris possident vniuersa, atque distrahunt in solidum debitum; legatarij autem, qui cum iis concurrunt, id tantum habent in causam pignoris prætorij, non præstita cautione vulgari; & id tantum distrahunt quod, absolutis creditoribus defuncti, superest ex bonis defuncti, si quid superest, *l. pen. hoc tit.* quod ex bonis defuncti seruari potuit post impletos & absolutos creditores defuncti. Et ratio est euidens, quia legata non debentur, nisi deducto ære alieno, id est, postquam satisfactum est creditoribus defuncti. Quod & l. Falcidia, & Senatusconsul. Pegasiano, expressum fuisse probat *l. 1.* §. *hæc verba; Si quis plus quam per leg. Falcid. & l. successores, C. ad leg. Falcid.* si quod superest, sufficiat legatariis, solidum adquirent, si non sufficiat, portionem tantum adquirent, vt ait *d. l. pen.* Non lex Falcidia tantum, sed & æs alienum minuit legata, aut sane nihil omnino adquirent, si nihil superest, & euanescent legata. Et ista interpretatione huius legis, totiusque quæstionis, nihil est enucleatius. Non est prætereunda insolens illa loquutio Papiniani, *creditoribus, qui debentur ex die vel sub conditione,* vt in Florentinis scriptum est, non male. Ea scilicet forma, qua solui creditores dicuntur, quum eis pecunia soluitur, & à Papiniano deberi dicuntur, quum eis pecunia debetur, & nihil est præterea. E responsis libri 12. quæ nobis supersunt restant tantum duo, quæ sunt in *l. 3. rem rat. hab.* In priore est negotij aliquid, in posteriore nihil. Prioris speciei hæc est.

Ad l. 3. rem rat. hab.

Cum minor XXV. *annis, creditor pecuniam recuperare vellet, interpositus procurator debitori de ratum habendo cauit: restitutione in integrum data, neque indebiti condictionem, neque stipulationem committi constabat. Idemque eueniret si falsi procuratoris actum minor annis ratum habuerit. Et ideo ita cauendum erit, præcedente (quidem) mandato, si ille in integrum restitutus fuerit, heresue eius, aut is, ad quem ea res, qua de re agitur, pertinebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari, mandato vero non interueniente, vulgaribus verbis de rato habendo. Hæc quoque prudentius inter consentientes adstringentur, alioquin si non conueniat, nec creditor minor consentiat, actionem dari oportebit. Falsus procurator de ratum habendo cauit, atque ita dominus à sententia iudicis procuratore victo prouocauit. stipulationis defecisse conditionem, apparuit, cum ad auxilium commune superatus confugisset. Quod si dominus, qui ratum non habuit, pecuniam exegerit, stipulatio de rato committetur in eam pecuniam, quam dominus accepit, quamuis nihil procurator accepit.*

Creditor minor XXV. annis, cum pecuniam sibi debitam reciperare vellet, debitore parato eam soluere, procuratori in eam rem specialiter constituto mandauit, vt eam pecuniam reciperet: minor quidem non potest facere procuratorem ad agendum in iudicio sine curatoris auctoritate, *l. neque, C. de proc.* quia nec ipse potest agere sine curatoris auctoritate: actorem non facit, qui ipse agere non possit, *l. liberto* §. *pen. de negot. gest.* Libertum non facit, qui ipse liber non est, *l. qui pœna, de manum. ff.* At minor XXV. annis, extra iudicium omnia, quæ ad se pertinent, exceptis paucis, gerere & administrare potest sine curatore, quem etiam inuitus non accipit in res suas omnes generaliter. Ita etiã extra iudicium potest procuratorem facere, non adhibito curatore. Et in summa, quod per se potest, & per procuratorem potest, quod non per se, nec per procuratorem. Recte igitur procuratori mandauit, vt oblatam à debitore pecuniam reciperet, quod & procurator fecit, debitori incerto vel ignaro de mandato præstita cautione de rato. Pecuniam autem exactam pertulit ad dominum minorem XXV. annis, dominus accepit: *post acceptam pecuniam,* vt & in Basilicis expressum est: μετὰ τὸ λαβεῖν τὸ χρέος, minor eam pecuniã perdidit & restitutus est in integrum aduersus solutionem mandatu suo procuratori factam, qui quidem procurator, vt dixi, debitori cauerat de rato in recipienda pecunia ex conuentione scilicet. Sicut quum res inter debitorem & procuratorem agitur extra iudicium, proditum est in *l. interdum, inf. hoc tit.* solere interponi cautionem de rato habendo ex conuentione, non iam ex edicto prætoris. Ex hoc facto pendet quæstio huiusmodi, an debitori, restituto minore in integrum, competat condictio indebiti aduersus minorem vel aduersus procuratorem, si forte omissa sit stipulatio de rato, quia si interposita sit, vt proponitur, condictio indebiti perimitur, *l. si sine iudice, hoc tit.* vel an debitori competat actio ex stipulatione de rato, quæ interposita est aduersus procuratorem? Et respondet Papinianus, neutram competere, nec condictionem indebiti, non interposita stipulatione de rato, non competere condictionem indebiti, quia debitor liberatur, qui vero procuratori soluit, *l. 6.* §. *Celsus, de condict. indeb.* liberato condictio non datur: & eadem ratione non competere debitori actionem ex stipulatu, quia liberatus est, quia solutio suum effectum habuit: liberatus est etiam, minore postea ratum non habente, quia ratihabitio non consideratur in eo, qui mandauit, *d.* §. *Celsus.* Et hoc amplius, quia pecuniam exactam à procuratore recepit: ac præterea, vbi non interposita stipulatione de rato, condictioni indebiti locus non est, nec eam stipulationem interpositam committi placet, quia in locum condictionis interponitur, *l. si sine iudice, & l. vlt. in fine, hoc tit.* Et consequentia semper hæc sunt, non competeret condictio indebiti, si omissa esset stipulatio de rato: ergo si interposita sit stipulatio, committitur. Et cum hoc scripsisset Papinianus de vero procuratore, qui mandatum habet, addit sta-

tim, idem euenire in falso procuratore, qui mandatum A non habet, vt scilicet si interposita cautione de rato, pecuniam debitam minori xxv. annis exegerit, & minori restituerit: atque ita accepta pecunia minor solutionẽ ratam & gratam habuerit, & post pecunia deperdita incõsulto, aduersus solutionem & ratihabitionem in integrum restitutus fuerit beneficio ætatis, neque debitori indebiti condictio competat, quo casu alias solet competere, neque actio ex stipulatu de rato, eadem ratione, quia debitor liberatus est, quia solutio quam ratam habuit dominus, effectum habuit semel. Quamobrem Papinianus suadet, vt debitor, si in hunc casum, quo minor restituitur in integrum, sibi cautum esse velit, atque prospectum, stipulationi de rato, quam de vero procuratore, qui mandatum habet in soluenda pecunia, creditori minori debita, stipulatur, adiiciat hanc B clausulam verbis solemnibus stipulationis de rato: *si ille in integrum restitutus fuerit heresue eius, aut is ad quem ea res, qua de agitur, pertinebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari. Aut*, inquit, *is ad quem ea res pertinebit*. recte Accursius, veluti bonorum possessor aut fideicommissarius Trebellianus. Nam & is successor minoris in integrum restitui potest, *l. 6. sup. de in integr. restit.* Et obseruandum est in hac clausula noua, omnem successorem vniuersi iuris significari, non successorem rei, veluti emptorem, aut donatarium, aliter quam in vulgari & solemni stipulatione de rato, in qua his verbis: *Ratum habiturum eum, ad quem ea res pertinebit, l. si sine §. si in stipulatione, l. procurator, hoc tit.* continetur etiam emptor, *l. 16. §. vlt hoc tit. &* omnes venientes à C domino personæ, *l. 8. §. vlt. hoc tit.* Et similiter mandato minoris non interueniente, & falsi procuratoris, qui pecuniam exegit actu comprobato à creditore minore xxv. annis, propter incertum restitutionis in integrum, vt loquitur lex *si Titius, sup. de fideiuss* consultius est vulgari stipulationi de rato, eandem clausulam addere, *si ille in integrum restitutus fuerit, &c. mandato*, inquit, *non interueniente, consultius & prudentius est vulgaribus verbis stipulationis de rato, illam quoque clausulam addere, adstruere*, id est, adnectere inter consentientes, inter conuenientes, vt & non, nisi ex conuentione, quum soluitur procuratori extra iudicium, omnis hæc stipulatio interponitur, *d. l. interdum*. Et ex hac quidem clausula, *si ille in integrum restitutus fuerit*, si post D ratihabitionem minor restituatur in integrum, vel successor eius, stipulatio committitur in id, quod stipulatoris, id est, debitoris, interest, non si omissa sit hæc clausula, si in hunc casum sibi non prospexit, vt consulit Papinianus & suadet. & hactenus quidem omnia sunt satis aperta in hoc responso. Quod sequitur in fine huius responsi, *alioquin si non conueniat, nec creditor minor consentiat*. omnibus obscurissimum videtur, etiam ea verba obscurissime interpretantur, maxime ab Accursio, cuius tamen mentem Doctorum commentarij satis declarant. At si vis perspicue hæc verba intelligere, mitte argutias, consectare simplicitatem. *Veritatis*, vt inquit Seneca Trag. *simplex oratio est. Alioquin* hoc loco E non significat absurdum, vel contrarium, sed diuersum, quasi mutata specie, scilicet accipitur pro *cæterum*, vt sæpissime in his libris. Hoc igitur vult Papinianus, cæterum, si non conueniat, quod non est, si non adstruatur, & connectatur illa clausula, *si ille in integrum restitutus fuerit*, quo tamen modo accipiunt ea verba, *sed si non conueniat*, id est generaliter, si vulgaris stipulatio de rato prorsus omittatur, quæ interponi solet ex conuentione, quum debitor procuratori soluit extra iudicium, *d. l. interdum. nec creditor*, inquit, *minor consentiat*, id est, ratum non habeat, quod sine mandato procurator exegit à debitore, si ratam non habeat solutionem factam falso procuratori, *actionem dari oportebit*, id est, condictionem indebiti aduersus procuratorem, vt definitur etiam in *l. creditoris, C. de condict. indeb.* quæ & actio condictionis dicitur in *l. 1. C. eod. tit.* & alio quodam loco Papiniani, actio simpliciter. locum alium esse scio similem, vbi sit non memini, forte vos meministis. Nam in Papiniano similiter inuenimus quodam loco actionem accipi, pro condictione indebiti. Hæc autem sententia huius versus maxime congruit cum iure, vt vbi omissa est stipulatio de rato, id est, si non conuenerit. quod ait, condictio indebiti competat; sicut vice mutata, vbi illa stipulatio interposita est, condictio cessat, *l. si sine, & l. vlt. in fine, hoc tit.* In posteriore responso hoc tantum proponitur: falsum procuratorem egisse aduersus debitorem L. Titij præstita cautione de rato ex edicto Prętoris. hoc casu, ex iussu prætoris, & superatum fuisse, iudice pronuntiante, nihil deberi Lucio Titio, cuius nomine agebat sine mandato. Lucium vero Titium ab ea sententia appellasse, quasi re ad se pertinente. Et ait, hoc casu non committi stipulationem de rato, *quia*, vt ait, conditio stipulationis defecit, nimirum, quia Lucius Titius ratum habuit, quod gestum est in iudicio inter falsum procuratorem & debitorem: appellatio eius quod actum est, tacita ratihabitio, siue tacitus consensus est, *l. 2. C. de filiisf. & quemad. pro iis, pater ten. lib. 11.* Ratum habemus non tantum verbis, sed etiam actu & tacite, *l. 5. h. t. l. vlt. de bon. poss. Quid verba curem*, inquit Tullius, *cum facta videam*? Quod si L. Titius non appellauerit, sed per iudicem pecuniam debitam exegerit, tunc sane stipulatio de rato committetur in id, quo Lucio Titio damnatus debitor soluit, vt in *l. 18. hoc tit.* illo loco: *quod damnatus soluit*. Atque ita stipulatio de rato committitur in procuratorem, qui victus est, quique nihil accepit, nihil expressit à debitore. Et hic est finis huius libri.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XIII. Responsorum Æmilij Papiniani.

Ad leg. 20. de compensat.

Ob negotium copiarum expeditionis tempore mandatum, curatorem condemnatum pecuniam iure compensationis retinere non placuit: quoniam ea non compensatur.



OB *negotium copiarum, &c.* Copias vocat viuendi causam, copias victuales, quæ in castra perferuntur, vt Cassiodorus ait in *Psalm. 21. & 77.* Et inde cauponæ nomen Festo, *Caupona*, inquit, *taberna à copiis dicta*. Copiarum autem negotium expeditionis tempore mandatur curatoribus annonæ, quos fecerit Princeps vel Respub. qui σιτωνῆται & σιτῶναι, dicuntur, qui si forte conueniantur nomine Reipub. ciuili actione residuæ pecuniæ, vel mandati vel condictione furtiua, & condemnentur ex ea causa, quod frumentariam siue annonariam pecuniam abusi sint, actioni iudicati, si quid vicissim iis Respublica vel fiscus debeat, non possunt opponere compensationem, sed quam primum Reipubl. eam pecuniam restituere debent, quæ est sententia huius responsi, & *l. aufertur §. vt debitoribus, de iure fisci, l. 17. sup. hoc tit. l. 1. C. eod. tit.* Pecunia igitur ex ea causa Reipublicæ debita non compensatur. Et ratio hæc est, quia, vt eleganter ait *l. 2. §. frumentariæ, inf. de administrat. rer. ad ciuitat.*

rer. ad ciuitat. pert. quia, inquit, *neceſſaria omnibus Rebuſ- annonaria pecunia, moram ſolutionis accipere non poteſt.* Dixi ex hac cauſa conuentos actione iudicati non poſſe opponere compenſationem ſibi inuicem à Repub. debitæ pecuniæ: actione iudicati, inquam, quoniam lex ait, curatorem condemnatum. Ex quo intelligitur alias actioni iudicati opponi compenſationem poſſe, licet priori iudicio oppoſita non fuerit, vt in *d. l. 17. & in l. 2. C. eod. tit.* Neque vero huic reſponſo obſtat *d. l. 17.* cum ait, condemnatum ex eo, quod ædilitatis tempore arctiorem præbuerit annonam, actioni iudicati poſſe opponere compenſationem, quia, vt eadem l. oſtendit, dum adijcit hæc verba: *frumentariæ pecuniæ debitor non videtur*, ea l. non de debitore loquitur pecuniæ frumentariæ, vel annonariæ deſtinatæ copiis militaribus, ſed loquitur de ædile curuli, qui populo arctiorem annonam prębuit, id eſt, qui non tantum prębuit, quantum oportuit, quiue ſibi ex ea retinuit aliquid, & in vſus ſuos conuertit, qui eo nomine recte conuentus condictione furtiua, recte opponit compenſationem ſibi à Repub. inuicem debitæ pecunię, quia non eſt debitor pecuniæ delegatę frumento, vel annonæ comparandæ, ſed eſt debitor annonæ, panum ciuilium, qui populo erogari ſolebant: eſt debitor annonæ quam interuertit, nec publice, vt debuit, erogauit, & compenſationis ius denegatur tantum debitori pecuniæ annonariæ. Notandum, condictioni furtiuæ opponi compenſationem poſſe vt in *l. 10. §. quotiens, h. tit.* vbi legendum tamen eſt hoc modo, *id eſt, etſi condicatur ex cauſa furtiua;* vt quodam loco. oſtendi. Condictioni furtiuę opponi compenſatio poteſt, non actioni pœnali furti, hoc nuſquam inuenies. opponi poteſt actioni, quæ rem pecuniamue perſequitur, quæ actori abeſt, non actioni, quæ perſequitur pœnam etiam pecuniariam, vel in ciuili: vel in criminali iudicio. Et in *d. l. 17.* etiam oſtendi recte in Florentinis eſſe ſcriptum, *ædilitatis tempore*, id eſt, tempore gerendæ ædilitiæ poteſtatis, vt & Baſil. ἐν τῷ ἀγορανομεῖν, & male veteres & nouos quoſdam interpretes legere, *edulitatis tempore*, quæ vox Latina non eſt, & corrupte in Alexandro Seuero Lampridij, *cum vilitatem populus Rom. ab eo peteret.* quidam *edulitatem* habent, id eſt, cum populus poſceret viliori pretio addici ſpecies annonarias, frumentum, vinum, oleum: vt in Commodo, *vilitatem propoſuit*, inquit, *ex qua maiorem penuriam fecit.* quod plerumque contingit, vt quum cara eſt annona, ſi magiſtratus proponat vilitatem, eo fiat carior. Recte etiam in hac l. 20. Baſil. hoc loco ὁ λαβὼν χρήματα ἐπὶ συνωνῇ ἐν καιρῷ στρατείας, id eſt, *qui accepit pecuniam ad coemptionem expeditionis tempore.* id eſt, ad coemptionem copiarum, & ſpecierum militarium, quas etiam inuitis prouincialibus coëmit ſuo pretio, vt in *tit. Cod. vt nemini lic. in coempt. ſpecier. ſe excuſ.* Boëtius 1. de conſol. *accerbæ famis tempore grauis, atque inexplicabilis indicta coemptio.* Coemptio frumenti ſcilicet extorta venditione ab inuitis. Planudes ſic vertit, τῷ καιρῷ τῆς ὠμοτάτης λιμοῦ.

Ad l. 17. de iis, quib. vt indig.

Heredem, qui ſciens defuncti vindictam inſuper habuit, fructus omnes reſtituere cogendum exiſtimaui, nec probe deſideraturum, actionem confuſam reſtitui: deceptum autem ignoratione facti, bonæ fidei poſſeſſoris defenſionem habiturum, ante motam ſcilicet controuerſiam, ſi ratio fructuũ ſubducatur, nec improbe confuſam actionem reddi poſtulaturum.

Reſponſ. Papin.

A SI heres poſt aditam hereditatem non vlciſcatur necem teſtatoris, iure ſcilicet & legibus, eo qui teſtatorem occidit, reo cædis poſtulato & peracto vſque ad ſententiam, certum eſt indiſtincte ſiue ſcierit necatum fuiſſe teſtatorem, ſiue ignorarit, fiſcum ei, vt indigno potiundæ hereditatis eam hereditatem auferre, qui non defendit necem defuncti: ſic punitur non tantum dolus, ſed & negligentia heredis, qui non inquiſiuit in genus mortis teſtatoris. Sed quæritur, adempta à fiſco, & erepta hereditate, an etiam fructus omnes, quos percepit, aut percipere potuit, poſt aditam hereditatem fiſco reſtituere debeat: Ac præterea quæritur, an viciſſim ei ſint reſtituendæ, & redintegrandę actiones, quas habuit in defunctum, quaſque aditio hereditatis B confudit, atque peremit: Quod item quæri poteſt de ſeruitutibus prædiorum, quum prædium hereditarium prædio heredis ante aditionem ſeruitutem aliquam debuit, quam aditio confuderit. Et ad quæſtionem huiuſmodi Papinianus diſtinguit inter ſcientem & ignorantem, vt fecit etiam lib. *6.* in *l. propter §. 1. de Senatuſc. Syllan.* In hereditate auferenda non diſtinguimus inter ſcientem & ignorantem; at in fructibus auferendis, quos percepit heres poſt aditionem, & in reſtituendis heredi obligationibus vel ſeruitutibus, quas aditio confudit, diſtinguimus inter ſcientem & ignorantem. Scientem dicimus omnes fructus reſtituere: *omnes*, id eſt, quod lex ipſa oſtendit ſatis aperte, quoquo tempore perceptos aut percipiendos ante vel poſt motam à C fiſco controuerſiam bonorum: ſciens omnes fructus reſtituit, quos percepit ante vel poſt, quia malę fidei poſſeſſor eſt. Et certum eſt, malæ fidei poſſeſſorem etiam fructus cum ipſa re præſtare, *l. certum, C. de rei vindicat.* vbi etiam ex hoc loco, *omnes fructus*, ſic oportet accipere, quod noſtri non tenent, quos ſcilicet percepit, aut percipere potuit, ante vel poſt litem conteſtatam, ante vel poſt controuerſiam motam. ne dicas omnes, vt in *l. bonæ fidei, de adquir. rer. dom.* id eſt, & eos qui ſponte naſcuntur, & eos qui ſatione & cura noſtra proferuntur, quo modo poſſet vox, *omnes*, accipi; nempe, *omnes, qui vel ſatione prodeunt, vel nulla ſatione, aut cura, vt viridarij poma, vt ſyluæ, ligna, aut pecudum lac*, quod Virgilius in Culice vocat, *Agreſtum bonam ſortem, curamque ſecuram*, D quia etſi ij omnes fructus in reſtitutionem veniant, tamen non reſpicit hoc loco ad eam differentiam fructuum, quum dixit, *omnes*, ſed ad tempus, quo perciperentur, aut percipi potuiſſent, vt ſcilicet temporis nulla diſtinctio fiat. Eadem vero ratione, quia malæ fidei poſſeſſor eſt, ſcienti non reſtituuntur actiones vel ſeruitutes prædiorum aditione confuſa, non integratur ei ius debiti, vel ſeruitutis priſtinæ, *l. indignum, ſup. hoc tit. & l. prox. §. bonis, inf. l. 1. C. eod. tit. l. eius § vlt. inf. de iur. fiſc.* Hæc de ſciente. Ignorantem, qui deceptus ignorantia facti exiſtimauit, teſtatorem ſua morte functum, non violenta, βιαιοθάνατον, ait, non reſtituere cum reipſa fructus perceptos ante motam con- E trouerſiam & conſumptos: quia bonæ fidei poſſeſſor eſt. fructus, inquam, perceptos ſuo labore, impenſa cura ſua: nam αὐτομάτους fructus placet reſtituere etiam bonæ fidei poſſeſſorem, quocumque tempore prouenerint, *l. fructus, de vſur.* non fructus, ἠργασμένους, multo ſudore paratos, vt Ouidius ait vndecimo:

----- Multo ſudore parentes.
Dura lacertoſi fodiebant arua coloni.

Poſt motam autem controuerſiam à fiſco, fructus perceptos, aut qui percipi potuerunt bonæ fidei poſſeſſor reſtituit, quia poſt motam controuerſiam comparatur malæ fidei poſſeſſori, *d. l. certum.* Placet etiam, ignoranti actiones vel ſeruitutes confuſas aditione, ablata

Mm

hereditate à fisco esse restituendas. Et hæc est sententia huius responsi. ait, *heredem qui sciens defuncti vindictam insuperhabuit;* quo verbo in his libris solus Papinianus vtitur: *insuperhabuit*, pro neglexit & omisit, vt in *l. sunt personæ, de relig. & sumpt. fun. propter vtilitatem publicam*, inquit, *strictam rationem iuris insuperhabemus*. Et Imperator quoque in *l. 2. C. si omissa sit causa testam. iudicium defuncti non insuperhabitum*, vt perspicue emendauimus, id est, non omissam causam testamenti, cui opponit. causam irriti facti testamenti ratione iuris, non repudiatione, vel insuper habitione heredis. Eadem voce vtuntur etiam Apuleius, & Symmachus, & A. Gellius, & vetus interpres Panareti, *qui animam suam diligit, insuperhabebitur*, id est, despicatui & contéptui ducetur. Sunt in eo interprete multa antiqua & elegantia verba, quæ temere mutanda non sunt, vt illud, *insuperhabebitur*, & *infrunitus*, pro *insipiens*, quod est duobus in locis, quo Cato & Seneca duobus locis vtitur, *infruniti*, inquit, *est ostentare diuitias*, vt est apud Festum in verbo *frunisci*, & Matisconensis concilij *can. 19.* Sequitur lex 15. *ad l. Falcid.* quæ continet multa oracula Papiniani.

Ad l. 15. ad leg. Falcid.

Quod bonis iure Falcidiæ contribuendum est à debitore, cui mortis causa pacto debitum remissum est, in factum concepta replicatione retinebitur.

QVod ad primum responsum attinet, sciendum est, non tantum ex legatis & fideicommissis, sed etiam, vt Seuerus constituit, ex donationibus causa mortis, quæ instar legatorum sunt, Falcidiam detrahi, herede legatis, fideicommissis, donationibus causa mortis onerato supra dodrantem, *l. 5. C. eod. tit. l. 2. C. de mort. caus. donat.* Qua de causa vt legata, ita donationes causa mortis in ponenda ratione legis Falcidiæ bonis hereditariis contribuuntur, commiscentur, connumerantur, quæ moriens testator reliquit, vt *l. Seia §. vlt. inf. de mort. caus. don.* vt scilicet, ea inter se partiantur heres, & legatarij, fideicommissarij, donatarij mortis causa, pro quadrante & dodrante: ita vt heres iure Falcidiæ ex vniuersis bonis ferat quadrãtem, dodrantem præstet legatariis fideicommissariis, vel donatariis causa mortis sibi habere sinat. Donatio causa mortis est, non tantum si rem meam donandi animo tradidero mortis causa, sed & si debitori meo pacto cum eo habito, quod Græci vocant συγχωρητικὸν σύμφωνον, pecuniam debitam remisero mortis causa, id est, vt non peteretur, si is mihi superuiueret: contra, vt peteretur, si ego ei superuiuerem, si eum viuendo vincerem. Ergo & me præmortuo, debitor eam pecuniam quasi donatam mortis causa bonis meis contribuere & computare, & Falcidiæ subiicere debet, si l. Falcidiæ ratio interueniat, nempe vt heres ex ea pecunia retineat xxv. si in debito fuerint centum, quod remissum est mortis causa. Et hic maxime notanda est differentia vna inter legata & donationes causa mortis: nam Falcidia quidem locum habet in omnibus, verum ex omnibus non eodem seruatur, aut retinetur modo: legatorum enim hoc iure, quod obtinuit ante Iustinia. id est, ante *l. pen. C. eod. tit.* legatorum, inquam, Falcidia seruatur, vel fideicommissorum, non vt hodie ex ea constitutione Iustiniani, etiam per actionem, id est, vindicationem, aut repetitionem Falcidiæ, sed per retentionem tantum legatariis ab herede legata petentibus, vt fit, opposita exceptione doli mali, vel in factum, si ea solida petant sine deminutione Falcidiæ, vt *l. seq. & l. 80. in fi. h. t. l. heres, D. ad Treb.* Qua retentione si forte non vtatur heres remedio exceptionis, qui non ignorauit Falcidiam interuenire, sane videbitur Falcidiam legatariis remisisse, & noluisse vti beneficio legis, quæ eius causa lata est, vt ait *l. potest, h. t.* Alia ratio est donationum mortis causa, quia non petuntur ab herede vt legata: non præstantur ab herede vt legata, sed ab ipso donatore, eodemque testatore per traditionem aut mancipationem præstitæ iam & perfectæ sunt, dum is vixit; & ideo earum retentione Falcidiæ causa vti heres non potest, quia eas penes se non habet. Quamobrem ne Falcidiam earum rerum, quæ mortis causa donatæ sunt, amittat, necessario danda est heredi aduersus donatarium Falcidiæ repetitio, aut vindicatio, quia retinendi eas res facultas nulla ei suppetit, quod ita semper obtinuit & obtinet vel Iustiniano auctore in *d. l. pen.* quasi, vt ait, ipso iure Falcidia earum rerum semper manserit in bonis testatoris, derogare nec testator potuit. Idque comprobat etiam *l. cum pater §. mater, & §. Mæuio, de legat. 2.* Et ex hac differentia inter legata & donationes causa mortis, quæ euidentissima est, enascitur alia, quod interdictum quod legatorum pertinet ad legata, vt beneficio interdicti possessioné legatorum, quam nacti sunt legatarij sine voluntate heredis, ab iis recuperet vel adipiscatur retinendę Falcidiæ causa, quoniam eius tantum habet retentionem, non petitionem. verum ad donationes causa mortis interdictum non pertinet, quia ex donationib. causa mortis, heres Falcidię petitionem habet, *l. 1. §. si quis mortis, quod legator. l. 1. C. eod. tit.* Itaque in specie proposita heres à debitore, cui totũ debitum testator remisit mortis causa, recte petet quadrantem debiti iure Falcidiæ, quem vel iure Falcidiæ habere debet: & si debitor heredi agenti opponat exceptionem pacti, quasi toto debito sibi pacto remisso, heres posita replicatione doli mali, vel replicatione in factum hoc modo: *quod iure Falcidiæ sibi quadrans debitus ex donatione mortis causa, non potuerit pactione remitti*: quæ replicatio auxiliatur actioni, atque ita ex summa debita Falcidiam heres retinebit atque deducet; per actionem igitur, non per exceptionem: nam replicatio actionis adminiculum est. actio est telum, exceptio clypeus: replicatio aliud telum. actione igitur siue replicatione doli mali, vel in factum inducetur Falcidia & retinebitur ab herede ex donatione debiti facta mortis causa. Papin. dixit, *replicatione in factum concepta*, nec addidit, vel replicatione doli: quoniam satis constat, vbi illa est, & hanc esse, concurrere semper replicationem doli, vel actionem, vel exceptionem doli cum actione, vel exceptione, vel replicatione doli. Actiones tamen, exceptiones, replicationes in factum, verbis temperari, nec in eis fieri mentionem doli mali, *l. non debet, sup. de dolo malo.* leuiores esse verbis: vi tamen ipsa esse de dolo malo, & fide mala. *In factum concepta*, ait Papinianus, id est, in factum comparata, *l. 4. §. si à Titio, de doli except.* in factum composita, *§. 1. Instit. de except.* quam eodem loco recte Theophilus ait, opponi διηγηματικῶς, vt Glossæ Philoxeni, *in factum conceptas*, interpretantur διηγηματικῶς. in quib. tamen corrupte legitur, *facto conceptas.* διηγηματικῶς, id est, exposita narratione rei gestę simpliciter, & omissa atrocitate verborũ, non notato dolo, aut fraude rei, vel vt ait *l. cum mota, C. de transact.* præscriptis verbis demõstrata re gesta, hoc est, vno verbo, in factũ, vt *l. 1. C. de reuoc. iis, quæ in fraud. cred.* sicut negotium gestũ erit, id est, in factum. Vertam παραφραστικῶς verba huius responsi, vt sensus sit apertior: quod debitori testator pacto conuento mortis causa debitum donauit & remisit Falcidiæ seruandæ causa, bonis hereditariis testatoris contribuendum & conferendum est, vt heres qui Falcidiam ex eo debito retinere desiderat & repetit, eam retineat & re-

petat aduersus exceptionem pacti, qua se defendit debitor opposita replicatione doli mali, vel in factum, quod non potuerit ei vltra dodrantem mortis causa debitum remitti: sic heres exiget à debitore quadrantem, dodrans debiti tantum apud debitorem remanebit. Hæc est sententia huius responsi. Male Accurs. semel ponit speciem in liberatione legata, quia manifestum est Papinian. loqui de donatione causa mortis, & liberatione legata, non actionis vel replicationis iure heres Falcidiam retineret, sed iure exceptionis, debitore, cui liberatio legata est, agente ex testamento, vt ab herede accepto liberetur, *l. 3. §. nunc, l. 7. §. 1. de liber. leg.* Male etiam Accurs. tentat heredem ipsum debitori pacto conuento debitum remisisse mortis causa: nam si heres ipse remisit debitum, plusquam manifestum est, non cadere eam remissionem in rationem legis Falcidiæ, de qua tamen hic agitur. Male etiam Accurs. quum Papin. ponit, pacto fuisse remissum debitum mortis causa, ait, idem esse, si acceptilatione remissum sit debitum mortis causa. Quod fit quidem recte, vt in *l. mortis causa capitur §. Iulianus, inf. de mort. caus. donat. l. quærebatur, inf. hoc tit.* quia acceptilatio, etiamsi non possit fieri sub conditione expressa, potest tamen fieri sub tacita, *l. actus, de reg. iur.* quæ quidem inest acceptilationi factæ mortis causa. Sed si testator acceptilatione mortis causa debitum remiserit, & l. Falcidia locum habeat, hoc casu non est heredi necessaria replicatio doli, vel in factum, sed de Falcidia experiri potest, Falcidiam repetere aut vindicare potest sine metu exceptionis, quia nulla exceptione se tueri debitor potest, quandoquidem ab initio acceptilatio in quadrante non intelligitur constitisse, sed in dodrante tantum, vt nominatim est proditum in *d. l. quærebatur.*

Ad §. frater.

Frater cum heredem sororem scriberet, alium ab ea, cui donatum volebat, stipulari curauit, ne Falcidia vteretur, & vt certam pecuniam, si contra fecisset, præstaret: priuatorum cautionibus legibus non esse refragandum constitit: & ideo sororem iure publico retentiorem habituram, & actionem ex stipulatu denegandam.

Species hæc est: frater sororem heredem scripsit, & ab ea multa legata legauit, vel donauit mortis causa supra modum legis Falcidiæ; & cum nollet sororem vti beneficio legis Falcidiæ, nec tamen posset vetare palam, ne Falcidia vteretur, *l. nemo potest, de leg.* 1. interposuit L. Titium, cui fundum, verbi gratia, mortis causa donauerat, qui stipularetur ab sorore, eam Falcidia non vsuram, aut si vteretur, certam pecuniam sibi daturam pœnæ nomine. Ita Græci ponunt speciem recte hoc loco, videlicet sororem promisisse pœnam, vt aiunt, μέλλοντι λαβεῖν μετὰ θάνατον δωρεὰν, accepturo donationem post mortem, donatario mortis causa, quod latius memini me exponere in Nouella 1. Iustiniani. Quæritur an si heres Falcidia vtatur, committatur stipulatio pœnalis? Videri potest heres sequuta voluntatem fratris, quæ interposito à fratre, id stipulanti promisit: & sane si post mortem fratris idem promisisset, se non vsuram Falcidia, vel si contra faceret, daturam pecuniam pœnæ nomine, committeretur stipulatio, *l. quod quis, inf. hoc tit. l. vlt. C. eod. tit. l. si patronus §. 1. de donat.* Et ratio hæc est, quia vnicuique licet de commodo suo detrahere: ergo heredi licet non vti Falcidia, quum ea locum habet, puta, post mortem testatoris. Lex Falcidia heredis causa data est, *d. l. potest, h. t.* Ergo heres ea non vti potest. At quia viuo testatore id promisit heres scriptus vel scripta, antequam vllum ius sibi competeret, antequam Falcidiæ casus existeret, stipulatio interposita esse videtur, non vt iuri priuato, quod nullum erat, sed vt iuri publico derogaret, id est, legi Falcidiæ. Et ideo ipso iure stipulatio non valet. dico ipso iure, quoniam Papinian. destricte ait, *actionem ex stipulatu denegandam.* Igitur mortuo fratre integra est heredi Falcidiæ retentio ex donatione causa mortis, & legatis omnib. & fideicommissis, vt nec stipulatori ea conuentio, nec vlli alij proficiat, quo minus patiatur Falcidiam. Priuatorum, inquit, cautione legibus non esse derogandum. in *l. vlt. inf. de suis & legit hered.* priuatorum cautionem legum auctoritate non censeri: quo argumento, quia lex legi derogare potest, priuata causa legi derogare non potest. Ergo legis auctoritate non censetur. Quod in Basil. huius secundi responsi sententia relata est, nec omissa, id satis validum argumentum præbet, etiam hodie quod ex Nouella Iustiniani potest facere testator, ne lex Falcidia in suo testamento locum habeat, eam tamen pactionem, de qua hic agitur, nullam vim habere.

B

Ad §. non idcirco.

Non idcirco minus Falcidiæ rationem in cæteris annuis legatis admitti visum est, quod primo ac secundo anno sine vlla detractione fuisset legatario soluta.

Sequitur aliud responsum, quod tertio loco positum est in *l. 15. ad l. Falcid.* Finge: Lucio Titio legata sunt annua centena, in alimenta forte. plura sunt legata. primi anni legatum est purum, cuius dies cedit statim à morte testatoris: sequentium annorum legata sunt conditionalia, quatenus inest eis hæc conditio, *si legatarius viuat*, quia talia legata morte legatarij finiuntur, *l. 4. & l. 11. de annuis leg. l. 10. & 12. & 20. quando dies leg. ced l. 1. §. si in annos, sup. hoc tit.* Porro heres Lucio Titio primi & secundi anni legata soluit in solidum sine detractione Falcidiæ, quam certum erat locum habere. Quæritur, an & sequentium annorum heres cogatur plena, integra, solida legata soluere, non detracta Falcidia, qui priorum annorum iam cœpit soluere legata integra? Et respondet, non posse cogi. Detrahit igitur Falcidiam, cui locus est, ex sequentium annorum legatis. quæro, an etiam ex sequentium annorum legatis detrahit Falcidiam pro legatis primi & secundi anni? Et distinguo: Aut ea legata vltro primo & secundo anno solida soluit sciens prudensque, animo omittendæ Falcidiæ, & in eis legatis specialiter plenioris fidei testatori exhibendæ gratia, plenior isque obsequij: Et hoc casu pro iis nihil detrahit, sed pro sequentium annorum legatis tantum. & ratio est euidens. Aut ea legata solida soluit non animo omittendæ Falcidiæ: & tunc ex reliquis legatis Falcidiam detrahere potest etiam pro iis, quæ iam soluit, vt constat ex *l. prox.* quæ sequitur, & loquitur etiam de pluribus legatis vni relictis, sicut hic §. puta, de pluribus rebus vni legatis, quia tot sunt legata, quot sunt res, *l. 5. sup. de legat. 2.* Et adijcit in *l. sequenti*, idem esse, si vno legato tantum relicto partem dimidiam soluerit integram, quam vtique nemo dicet solui animo omittendæ Falcidiæ: nam ex reliqua parte totius legati Falcidiam retinere potest, hæc vero dicimus de pluribus legatis vni relictis: nam si pluribus plura relicta sint, & heres vltro quibusdam soluerit legata in solidum sine vlla detractione, ex cæterorum quidem legatis poterit Falcidiam detrahere, *l. 6. C. eod.* vbi legendum, *vltro*, non *vltra.* sicut & in *l. si pignori, in fi. famil. ercisc.* Florentini recte *vltro.* alij haud recte, *vltra.* Ex ceterorum, inquam, legatis Falcidiam detrahere potest pro rata cæterorum legatorum, non etiam pro iis, quæ aliis legatariis solida & integra soluit. Et ratio hæc est, quia sui quisque non alieni legati Falcidiam pati debet.

quum autem vni plura legata sunt, & in vno legato omnium Falcidiam legatarius patitur, suorum, non alienorum legatorum Falcidiam patitur: nec conqueri potest, quod in vno legato omnium patiatur Falcidiam, maxime quum legata consistunt in pecunia numerata, quamquam & idem sit in pluribus rebus vni legatis, vt in *l. sequen.* Quod autem ait *d. l. 6. in fi.* heredem, qui soluit quibusdam solida legata, aliorum legata iure Falcidiæ deminuere posse, nec inuitum aliis præstare solida: recte Theodorus notat, abrogatum esse Iustinia. Nouel. 1. quæ vult, eum, qui solida legata quibusdam legatariis soluere cœpit, & cæteris similiter solida debere persoluere, quasi approbata in omnibus voluntate testatoris, & legatariis omnibus remissa Falcidia, nisi, vt ait, heres deceptus fuerit iusta ignorantia facti, vt quemadmodum in ea Nouella ait Iulianus Antecessor, si mirabile aliquid extiterit, quod deminuat patrimonium defuncti, veluti inopinatum æs alienum defuncti, *mirabile* vocat, quod in ea Nouel. Iustinia. παράδοξο, neque tamen ex ea Nouella etiam efficias probe, vni pluribus legatis relictis, & quibusdam ei solutis in solidum, & cætera eidem esse soluenda in solidum: alioquin dicendum esset cum Accurs. & hunc §. abrogatum esse, & leg. quæ sequitur, quod est falsum: quia Nouella loquitur de pluribus legatis pluribus personis relictis, non de pluribus legatis vni relictis: & ius nouum restrictius accipiendum est, non ampliandum. Itaque verius est, heredem, qui vni quædam legata soluit in solidum, eo facto non videri omnium legatorum Falcidiam vni eidemque legatario relictorum remisisse: sicut, nec si vnius legati partem dimidiam soluisset integram sine deminutione, qua comparatione vtitur l. proxima, quæ sequitur, plura legata vni relicta quasi quodammodo vnum sunt. Male etiam Accursius ad illa verba, *sine vlla detractione*, quæ supponunt heredi facultatem fuisse detrahendæ Falcidiæ, si voluisset, sed noluisse vti facultate quam habuit, & quædam legata solida exoluisse. Addit ad illa verba, *sine vlla detractione.* & *sine cautione*, inquit, *de restituendis legatis, si Falcidia emergeret.* de qua cautione est totus titulus qui sequitur, & solet vocari, *cautio Falcidiæ.* Supplet igitur Accursius, & sine vlla cautione soluta fuisse legata. male, vt dixi, quoniam vbi heredi facultas est detrahendæ Falcidiæ, vt puta, quum certum est & liquidum Falcidiam locum habere, huic cautioni locus non est, *l. 3. §. si in plures, tit. seq.* frustra dicit omissam cautionem, quæ etiam interponi non potuit: at non frustra Papinianus dicit, omissam Falcidiam, quæ detrahi potuit. Male etiam Accursius in contextu legit, *quod primo ac secundo anno sine vlla detractione fuisset legatario soluta*, & illa verba, *fuisset legatario soluta*, sic interpretatur, quod fuisset soluta ratio, quæ poterat retineri, id est, Falcidia, ac si Papinianus inepte scripsisset, sine detractione Falcidiæ, Falcidiam fuisse solutam: & sane rectius Florentini, *fuissent legatario soluta, legata*, scilicet primi & secundi anni, non *fuisset.* Idem Accursius male & ἀπροσδιονύσως opponit *l. 1. C. de fideicom.* quę si hoc diceret, solutis integris legatis aut fideicommissis quibusdam annuis, & sequentium annorum eidem integra legata solui debere, sane recte opponeretur & nobis facesseret negotium, sed sine hac adiunctione, *integris, & integra*, ait *d. l. 1.* solutis vni quibusdam legatis annuis simpliciter, & sequentium annorum legata eidem solui debere, quasi approbato iudicio defuncti, licet forte ab initio inutilia fuerint: quod non pugnat cum hoc responso, in quo de Falcidiæ ratione agitur. In ea *l. 1.* de Falcidia nihil agitur. Male etiam Antonius Goueanus, qui & proximum superius responsum male interpretatus est, in hoc responso ponit speciem de legato relicto annua, bima, trima die, *à*

A *trois payes, dans trois ans*, quod non plura, sed vnum est legatum, diuisum tribus pensionibus annuis, *l. Firmio, §. vlt. quando dies leg. ced.* nec quot sunt pensiones, tot sunt legata: denique vnius legati pensiones non sunt legata, sed partes legati, plura legata annua, & plures pensiones sunt fateor, vt in *l. 47. hoc tit.* quæ promiscue dicit legata annua, & pensiones annuas: sed contra plures pensiones non semper sunt plura legata. De pluribus autem legatis agi in hoc §. illa verba manifesto demonstrant; *in cæteris annuis legatis.* non ergo de legato relicto annua, bima, trima die, vel etiam quadrima die, & quinto anno, in plures dies annuas pensiones, quanquam, quod notandum est, & in legato relicto annua, bima, trima die, quadrima die, quinto anno, sexto anno, vt opinor, idem iuris sit, vt locum habente lege

B Falcidia, si heres cum posset ex omnibus pensionibus Falcidiam statim deducere, *d. l. 3. §. si in plures*, ex quibusdam sciens vltro non deduxerit, non ideo possit videri & cæterarum pensionum Falcidiam remisisse, Falcidia etiam incerta, nec dum emergente, vel apparente. Dico nihil distare legata annua à legato relicto in pensiones plures: nam & prima legata primorum annorum soluuntur integra accepta cautione Falcidiæ, de qua in tit. seq. soluuntur, inquam, integra, interim, dum veniat annus, quo contra legem Falcidiam aliquid vltra dodrantem debeatur, & cum is annus venit, retro omnia legata singulorum annorum lege Falcidia minuun-

C tur, quod constat ex *l. 1. §. si in annos, & l. 47. & l. 73. §. magna, hoc tit.* Nam post longum tempus, post aliquot annos Falcidiam induci non est nouum, quę ante non fuit inducta, *l. 58. hoc tit.* Ita vero & vnius legati pensiones primę integræ soluuntur, quum incertum est lex Facidia locum sit habitura necne, & expostfacto si emergat Falcidia, minuuntur, quæ est meo iudicio sententia *l. 32. §. annua, hoc tit.* dum ait, legato relicto annua, bima, trima die, non tantum ex posterioribus pensionibus, vel annis, quibus scilicet emersit Falcidia, quibus extulit caput, sed etiam ex superioribus annis, retrorsum legis Falcidiæ rationem haberi, licet superiorum annorum pensiones integræ solutæ sint, quod & ratio suadet: & male tamen ille, nondum existente nec emergente Falcidia. In quo casu, quem ante proposui,

D in annuis legatis, haud perseuerat cum eis conferens legatum relictum annua bima, trima die, aut sane delirat. ait, *vltimo anno non expectato nondum emergente Falcidia, de omnibus pensionibus eam detrahi.* quod est ac si diceret, *Falcidiam detrahi ante Falcidiam, ante casum Falcidiæ.* Tunc enim duntaxat non expectatur vltimus annus, & statim ex omnib. legatis vel pensionibus detrahitur Falcidia, quum certum est, eam locum habere, *d. l. 3. §. si in plures*, non quum dubitatur, vtrum lex Falcidia locum habitura sit, nec ne, & tamen cum esset incertum, eam locum habere, si heres ex quibusdam legatis vel pensionibus vni debitis non deduxerit Falcidiam, non ideo & ex cæteris non debet deducere, vt Papinian. respondet hoc loco. Res non carebat dubi-

E tatione. Dubitationem enim faciebat, quod heres, qui locum habente Falcidia, vel in quibusdam legatis, ea nō vtitur, eam penitus omisisse & iudicium defuncti in totum approbasse videatur, quæ dubitatio tāta est, vt & in legatis pluribus personis relictis, id hodie voluerit Iustinianus obtinere in *Nouel. 1.* Et præterea, quod ille ait, hoc posito, non etiā cōcesso à nobis, nondum legem Falcidiam emersisse in specie huius §. nullam esse in hoc §. dubitandi causam, quasi primi & secundi anni legata interim heres debuerit omnimodo integra persoluere. Id etiam non placet: quoniam ea res maxime fuit controuersa inter iuris auctores; aliis, prima legata interim solida solui volentibus, quorum sententia magis est in vsu: aliis volentibus statim ex omnibus legatis Falcidiā

detrahi, æstimatis legatis conditionalibus, quanti venire possunt, *l. 45. 53. 55. hoc tit.* Minus etiam placet differentia, quam statuit inter res & summas plures vni legatas, vt quibusdam rebus solutis sine detractione, ex reliquis Falcidia seruetur per retentionem, etiam pro iis, quæ iam solutæ sunt: ex summis autem, per actionem, non animaduertit, quod ad effectum attinet (*quant à la maniere de proceder, il y a difference.*) nihil interesse ipso iure per actionem fiat aliquid, an per exceptionem, *l. nihil interest, de regul. iuris.* non animaduertit etiam iure isto regulariter Falcidiam detrahi ex legatis quibuscunque per retentionem tantum, non per actionem, nisi si quæ res sint in legatis, quæ iam apud legatarium fuerint mortis tempore, vt in specie leg. *lineam, h. t.* de linea margaritorum, tracta serie margaritorum, linea diuite, vt Martialis loquitur, quæ iam erat apud legatarium: contra in donationibus causa mortis regulariter Falcidiam seruari per actionem, nisi si quæ res donatæ apud defunctum vel heredem fuerunt, vt in §. *prox. supr.* Et postremo male etiam idem statuit hoc velle Papin. in hoc §. *ex posterioribus legatis, quæ Falcidiæ dant causam, etiam pro superioribus quæ integra soluta sunt, Falcidiam retineri.* Quod Papin. non dicit, nec dici potest indistincte, vt initio ostendi, id est, non, nisi constet animum non fuisse omittendæ Falcidiæ heredi, qui superiora legata soluit integra, & voluit tantum Papinianus definire, quod etiam est primum, an pro rata posteriorum legatorum posset retineri Falcidia; an posteriora legata possent reuocari ad exemplum priorum, quæ integra soluta sunt, non etiam an ex posterioribus legatis, & pro rata priorum detrahi Falcidia posset. Et hæc sunt quæ in eum §. dicenda erant.

Ad §. quod auus.

Quod auus ex causa tutelæ nepoti debuit, cum auo nepos solus heres extitisset, ratio Falcidiæ si poneretur, in ære alieno bonis deducendum respondi. nec ad rem pertinere, quod heredem auus idemque tutor rogauerat, vt si sine liberis ante certam ætatem decederet, tam hereditaria quam propria bona restitueret: non enim ex hoc hereditatem debito compensatam videri: cum vel ideo maxime declaretur non esse compensationem factam, quoniam heredem suum habere propria bona defunctus ostendit. Plane si conditio fideicommissi fuerit impleta, fructus hereditatis post mortem aui percepti, pari pecunia debito tutelæ compensabuntur, sed quartam heres nepotis de bonis duntaxat, quæ moriens auus reliquit retinebit.

QVartum responsum est in §. *quod auus*, in quo proponitur species huiusmodi. Auus, qui nepoti debuit mille ex administratione tutelæ, nepotem heredem instituit ex asse, & non onerauit quidem legatis, vt vulgo fingunt, sed rogauit tantum, vt si sine liberis intra xxv. ætatis annum vita decederet, L. Titio hereditatem aui, atque etiam bona propria omnia restitueret. Quod ad bona aui attinet, fideicommissum valet: quod ad bona propria heredis, fideicommissum nō valet, *l. coheredi § quod si heredem, de vulg. subst.* in illo loco: *nec fideicommisso propriæ facultates filij heredis instituti tenebuntur, & l. 5. cum filiusfam. l. miles ita §. extran. sup. de milit. testam. l. precibus, in fi. C. de imp. & aliis subst.* quia non potest testator heredem suum onerare per fideicommissum supra id quod ei dedit: in suis bonis potest eum onerare fideicommisso, non in bonis heredis propriis: fac vero nepotem medio tempore, id est, post mortem aui, & ante diem fideicommissi cedentem adita hereditate, ex ea fructus percepisse, & post diem fideicommissi cessisse impleta conditione fideicommissi, id est, nepote mortuo sine liberis intra xxv. annum: Si habeatur ratio legis Falcidiæ inter heredem nepotis, & L. Titium, qui fidei-

A commissum petit, videtur heres nepotis duplici deductione vti posse. Primum, vt bonis aui deducat quod auus nepoti debuit ex causa tutelæ, id est, mille. Nam in ponenda ratione legis Falcidiæ, id est, in computando onere æris alieni, & quantitate bonorum, quæ deducto ære alieno supersunt, & onere fideicommissi, constat ante omnia bonis deduci omne æs alienum defuncti, & cum creditor debitori heres extitit, etiam quod defunctus heredi debuit, quia etsi aditione confusa sit obligatio & actio, retentio tamen & deductio debiti, non est interclusa vel interempta, *l. qui fundum §. si quis heredem, hoc tit. l. 6. & 8. C. eod. tit. l. vn. §. igitur, C. de rei vxor. act.* Ergo in specie proposita heres nepotis potest deducere ex bonis aui, quod auus nepoti debuit, quod initio

B huius §. proponitur, & eo deducto, deinde ex residuo bonorum aui potest deducere Falcidiam. Ergo duplici deductione vtitur. Dices, non posse debitum tutelæ deduci bonis, quia debito tutelari, inquies, Falcidia compensatur, quam ex bonis aui iure hereditario capit nepos vel heres eius. Dicam Falcidiam nunquam debito compensari, nisi ex manifesta voluntate defuncti, vt in §. *seq.* & in *l. 18. hoc tit. l. mulier §. si heres, l. in fideicommissaria, l. deducta §. ante, inf. ad Trebell.* At in hac specie non est manifesta voluntas testatoris, qui voluerit Falcidiam debito compensari, id est, non liquet hoc voluisse testatorē, certe hoc non cauit nominatim. Non deerat, qui diceret, voluisse auum Falcidiam compensari, nec deduci bonis, hoc argumento, quia & bona propria nepotis, quæ ipse administrarat vt tutor, simul atque bona hereditaria iusserit nepotem L. Titio restituere,

C quasi facta confusione vtrorumque bonorum. Verum Papinianus idem argumentum in illum retorquet valentius, dicens vel eo maxime auum voluisse videri, vt bonis suis hereditariis nepos propria deduceret, atque adeo debitum proprium, nec hereditatem suam, hereditatisue suæ Falcidiam debito compensaret. Quod rogando nepotem, vt tam hereditaria quam propria bona restitueret, ostenderit, nepotem habere bona propria separata à bonis hereditariis, proinde nepotem ea bona in separato habiturum & deducturum bonis aui, & debitum tutelæ igitur. Nam & quod ei debetur, proprium eius est, *l. 79. de leg. 2.* Sic igitur concludamus: in ponenda ratione legis Falcidiæ ante omnia deduci æs alienum quod auus ex causa tutelæ debuit nepoti heredi suo. Sed huic conclusioni tamen addamus hunc modum,

D siue hanc exceptionem, vt si fructus à nepote medio tempore percepti ex bonis aui sufficiāt debito tutelari, tunc nepos bonis aui illud debitum non deducat, sed fructus cum illo debito compenset, vt Papinianus ait hoc loco. Atque etiam idem Papinianus in *l. cum pater 77. §. Titio, de legat. 2.* etiam fructus ait cum debito compensari pari pecunia, id est, pro modo concurrentis quantitatis, ita scilicet, vt si in fructibus fuerint mille, vel plusquam mille, auitis bonis ob debitum tutelæ nihil deducatur: sin autem plus sit in debito tutelæ, quam in fructibus, quos interim percepit, quemadmodū hoc loco proprie esse ponendam speciem ex ea coniicio, quod de fructibus etiam computandis in Falcidiam nihil Papinianus scribit, tum id quod plus est in debito

E tutelari, sane deducit heres nepotis bonis aui: deinde ex iisdem bonis aui, quæ habuit auus mortis tempore, iuxta definitionem *l. in quantitate, hoc tit.* deducit Falcidiam: ex bonis aui, inquam, non ex bonis propriis nepotis, quia bona tantum aui, non bona nepotis fideicommisso tenentur. Quam rationem, quæ verissima est, solus Albericus hoc loco attingit. Et hæc est sincera interpretatio huius responsi, quæ neque addit ei, neque aufert quidquam. Verum ad hæc si quæras, an si fructus medij temporis non tantum debito, sed etiam Falcidiæ sufficiant in totum vel in partem aliquam, etiam debeat nepos, aut heres nepotis fructus imputare in ratione Falci-

diæ, sibique acceptam facere Falcidiam, si compensatis debito fructibus tantum superfit adhuc ex fructibus, quantum Falcidiæ satis est, vel pro modo superfluorum fructuum? Dicam certissimum esse fructus ex hereditate medio tempore perceptos, quia percipiuntur ex iudicio defuncti, in Falcidiam & Falcidiæ fructus imputari, vt §. *fructus, inf. & l. 18. hoc tit. & l. si mulier §. si heres, & l. in fideicommissariam, ad Trebell. & l. deducta §. ante, eod.* quas supra adduxi, non suo loco: Nam erant tantum hoc loco adducendæ, vt ex eis probaremus, fructus medio tempore perceptos imputari in Falcidiam & Falcidiæ fructus. Vno tantum idoneo argumento possit quis tentare, nepotem in Falcidiam hodie fructus non imputare, quia nepoti ea Falcidia debetur vice quartæ legitimæ portionis, quæ etiam dicitur debitum bonorum subsidium, *l. si totas, C. de inoffic. donat.* quam Iustinianus ait in *l. scimus §. repletionem, C. de inoffic. testam.* sumi & repleri directo ex substantia ipsa, & hereditate testatoris, non ex aduentitio lucro, veluti ex substitutione, vel ex iure adcrescendi, puta, vsusfructus, inquit Iustinianus in *d. §. repletionem, ex iure adcrescendi vsusfructus.* Igitur si forte exheredato, cui legatus est fundus, vsusfructus obuenerit iure adcrescendi, quod explicandum est ex *l. 3. §. vlt. sup. de vsufr. adcresc.* Nam vsusfructus, qui ad proprietatem redit ex consolidatione, non iure adcrescendi, videtur esse ex ipsa substantia testatoris, quia redit sine nouo iure, sponte, naturaque sua. Et de iure adcrescendi vsusfructus loquitur in eo §. *repletionem*, non de iure adcrescendæ hereditatis, quia filius exheredatus proponitur, non de iure adcrescendi legati, quia collegatarium habuisse non proponitur: quæ interpretatio maxime notanda est; si autem ex substitutione vel ex iure adcrescendi, vel in summa ex alio quocunque aduentitio lucro, non est replenda quarta legitimæ portionis; ergo nec ex perceptione fructuum medij temporis, qui etiam aduentitij sunt, nec directo ex ipsa hereditate proficiscuntur, *l. in fideicommissariam §. 1 inf. ad Trebell.* Et tamen nos dicimus, nepotem fructus medij temporis imputare in Falcidiam, quod quid aliud est, quam ex fructibus replere Falcidiam, quæ vicem obtinet in nepote legitimæ portionis: at vt respondeamus, constitutio illa Iustiniani non de nepote loquitur, sed de filio aut filiis. In filio autem speciale hoc est ex constitutione Zenonis, vt fructus medij temporis non imputet in Falcidiam, *l. iubemus, C. ad Trebell.* & hoc amplius ex constit. illa Iustiniani, vt nec alia vlla aduentitia lucra imputet in Falcidiam. Et ita *l. scimus*, locum habet tantum in filiis, de quibus solis etiam loquitur, & patre, non in cæteris liberis. Quinetiam filios iis consequens & vero consentaneum est, fructus non imputare in debitum, quod pater eis debuit, vel non compensare cum alio quocunque debito, quod & hic Paulus Castrensis tradit.

Postremo quærit Accursius hoc loco, si fructibus medio tempore perceptis ex bonis aui compensatis cum debito, & imputatis in Falcidiam: quid vero intersit, inter *compensare*, & *imputare*? Quos imputo in Falcidiam, meam Falcidiam voco: quos compenso cum debito, meum debitum non voco: *in*, substitutionem significat: *cum*, retributionem: si, inquam, fructibus medio tempore perceptis, compensatis cum debito, & imputatis in Falcidiam, tantum adhuc superfit ex fructibus, quantum est in bonis propriis heredis; an etiam bona propria veniunt in restitutionem fideicommissi, vel si minus sit in fructibus, qui supersunt, an pro modo superfluorum fructuum bona propria in fideicommissi restitutionem veniunt? Hæc est quæstio Accursij, ad quã respondet tum hoc loco, tum in *l. coheredi §. quod si heredem, de vulg. substit.* hoc casu etiam bona propria cadere in fideicommissum: & ab Accursio vna tantum lex est, quæ facere videatur, *l. Imperator §. pen. de leg. 2.* Quæ, vt breuiter speciem ponam, loquitur de herede institu-

A to ex semisse, verbi gratia, & rogato post certum tempus, vel post mortem suam, vt ait, coheredi restituere tertiam partem bonorum propriorum, & ait, eum fideicommisso obligari, etiamsi plus sit in ea portione tertia, quam in semisse, si modo fructus medio tempore percepti ex semisse suppleant id, quod plus est in triente. At ea lege nihil mouemur, quia in illa specie heres partem tantum bonorum propriorum restituere iubetur, in hac specie omnia bona propria. Item in illa heres non rogatur restituere etiam bona hereditaria: in hac rogatur etiam bona hereditaria restituere, nimirum oneratur heres: Et si ob causam fructuum medio tempore perceptorum ex bonis hereditariis, intelligat ex sententia Iurisconsultorum etiam in propriis fructibus fi-

B deicommissum consistere, vtique maluerit heres repudiare hereditatem, & intestatum facere testatorem, (quod & plerique heredes faciebant, ante legem Falcidiam, vt est in *Instit.* nolentes pro nullo aut minimo lucro adire hereditatem) & hic etiam nolit heres sub incerto & temporario fructuum prouentu, adita hereditate omnia sua bona, tam propria quam hereditaria in periculum deducere extraneo restituendi iure fideicõmissi. Melius igitur esse, & verius in specie proposita constituere fideicommissum, quod ab initio non constitit in bonis propriis heredis, nec ex post facto conualescere, etiam si fructuum quantitas præter debitum & Falcidiam adæquarit etiam bona propria, alioquin exuetur heres tam hereditariis, ex quibus neque debi-

C tum deduxit, neque Falcidiam, vt ostendimus, quam bonis propriis, & quodammodo ei erepta illo testamento videtur testandi facultas, quod perdurum est. Et in hoc responso nihil est præterea.

Ad §. cum fideicommissum.

Cum fideicommissum ex voluntate matris, à patre moriente debitum filio pater cũ hereditate sua, quam in filium conferebat, compensari voluit: quod filio debetur, si ratio Falcidiæ poni cœperit, fini quadrantis, quem ex bonis patris cum effectu percepit, compensabitur, atque ita superfluum æris alieni dodranti tantum detrahetur.

D VEnio ad interpretationem §. *cum fideicommissum.* Falcidiam, quam in superiori specie §. *quod auus*, diximus non compensari debito, id est, cum eo, quod testator heredi debuit, quod eam fuisse voluntatem testatoris liquido non appareat: in specie h. §. contra dicimus, quia voluntas testatoris manifesta est, Falcidiam debito compensari. Species hæc est. Vxor maritum heredem instituit, & rogauit, quum moreretur filio communi hereditatem restituere. pater filio herede instituto voluit, & cauit hereditatem suam compensari debito fideicommissariæ hereditatis vxoris, quod moriens filio debiturus est, eundemque filium onerauit legatis, ita vt lex Falcidia interueniat in ponenda ratione legis Falcidiæ officio iudicis (nam & iudex dicitur in *l. cum Titio, hoc tit.*) vel officio arbitri, qui dari solet ad ineundam, &

E computandam rationem legis Falcidiæ, *l. 1. §. cum dicitur, tit. seq.* seruabitur voluntas defuncti, & ratione doli exceptionis, vt ait *l. 12. hoc tit.* quæ scilicet heredi volenti debitum legatariis reputare, opponi potest, quia facit contra voluntatem testatoris, iuxta *l. apud Celsum §. præterea, de doli except.* vel potius, quia exceptio doli suppletur officio arbitri, si omissa sit à legatariis, quasi tacite huic negotio insit, vt in *l. vnum ex familia §. sed si vno, de leg. 2.* Ratione, inquam doli exceptionis, & tacitæ compensationis, quæ inducetur officio arbitri, hereditatis cum debito compensatio fiet, atque ita debitum bonis paternis non deducetur, nec reputabitur legatariis, vt *d. l. 12. & l. cum pater §. Titio, in secunda parte, de leg. 2. & l. Lucius §. maritus, inf. ad Treb.* Compensatio

autem fiet, vt Papinianus ait hoc loco, *fini quadrantis,* A hoc est, *Falcidia, quã ex hereditate patris filius cum effectu percipit.* sicut in superiore §. dixit, fructus debito compensari *pari pecunia,* id est, fini quantitatis fructuum. Ergo si in Falcidia plus, vel tantum sit, quantum in debito fideicommissi in ponenda ratione legis Falcidiæ, debitum filius non deducet, non detrahet bonis patris. si plus sit in debito fideicommissi, superfluum dodranti deducet, & quod inde restabit solum præstabit legatariis: fac, in bonis patris esse quadringenta, in debito 100. filius iure Falcidiæ deducet centum, iure crediti nihil, quia creditum Falcidia compensat: si non compensaret, deduceret 175. 100. iure debiti, 75. iure Falcidiæ ex trecentis. Et hæc est sententia huius §. Nihil admodum refert, dixerit testator velle se debitum here- B ditate sua compensari, an nolle se debitum legatariis reputari, vt *d.l.21.* Nam quocunque iudicio voluntatis eam compensationem ad finem Falcidiæ fieri subindicat, §. *quod auus.* Indicium autem est satis apertum, si vetuerit testator debitum legatariis reputari. Quid enim est hoc aliud, quam vetare debitum retineri & detrahi suis bonis? & iniquum, atque ineptum est dicere, si vetuerit debitum legatariis reputari, tum quantulamcunque Falcidiam compensationi sufficere: nam omnis compensatio fit semper ad finem concurrentis quantitatis, paris quantitatis duntaxat, *l. cum alter, sup. de comp. l.4. C. eod.* nec vnquam maior summa compensata est minori, nisi quoad concurrentem quantitatem. Igitur, & vetito herede legatariis debitum reputare, si in bonis fuerint 400. in debito 150. dicam centum compensari C cum Falcidia, quæ ex bonis cum effectu apud heredem remansura est, residua autem 50. dodranti detrahi. Ait autem Papin. *Falcidiam cum effectu ex hereditate percipi,* quia ab herede iure perpetuo retinetur, & post multum tempus detrahi potest, *l. 58. h. tit.* nec auelli ei vlla ratione potest: dodrans etiam percipitur ab herede, sed non cum re, non cum effectu, quia præstari eum & erogari legatariis oportet. Ratio autem dubitandi in specie proposita hoc loco hæc erat: quia pater, qui Falcidiam debito compensari iubet, quodammodo fraudem facit legi Falcidiæ. quo argumento? quia si tantum sit in debito, quantum in Falcidia, heres Falcidiam retinere non videtur, quia quod Falcidiæ nomine retinet, iam ante ei debebatur: & tamen receptum est hac in re, lege potiorem potentio- D remque esse voluntatem testatoris, quę tamen alias consulta opera Falcidiam minuere, vel auferre non potuit ante Iustinianum, vt in §. *1. & vlt. h.l.* nempe, quia præsumimus fraudandæ legis animum non habuisse patrem, qui eam compensationem indixit. Et hoc existente casu, tutius erit vtiliusque filio, vt idem Papin. suadet in *d.l. cum pater* §. *Titio,* repudiato testamento patris, si ab intestato hereditatem patris possederit. Quod citra metum edicti, *si quis omissa causa testamenti,* facere potest, cum id non faciat, vt eos circumscribat, quibus quid ex testamento deberi potuit, si repudiatum non fuisset, sed vt fraudem à se propulset, atque propellat, *d.* §. *Titio.* Potest autem hodie tentari argumento eorum, quæ fauore filiorum constituta sunt, in *l. iubemus, C. ad* E *Trebell. & l. scimus, C. de inoff. testam.* qua de re diximus ante, vt scilicet fructus medio tempore perceptos, vel alia aduentitia lucra filij non imputent in Falcidiam, tametsi id iusserit pater, ita nec filios inuitos, etiamsi hoc iusserit pater, debito Falcidiam debere compensare, quæ locum obtinet quadrantis legitimæ portionis, quæ vulgo dicitur deberi iure naturæ. Sicut & Paulus Castrensis in *superiore* §. dixit, non sine ratione, nec cum alio debito filios compensare fructus medio tempore perceptos, quod omnimodo constitutiones filiorum lucro cedere volunt: neque enim lucrari viderentur, quod cum suo debito compensare cogerentur. Et illud etiam, quod posse tentari supra dixi, audet Accursius affirmare prima, tertiaque interpretatione ad hunc §. illud ipsum hunc §. velle, vt scilicet inuito & vetante patre filius debitum bonis paternis deducat, nec compenset cum Falcidia. sed merito ab omnibus explosa vtraque interpretatio est. Alia ratio dubitandi ad hunc §. perperam adsumitur ex *l.14. hoc tit.* quod dicat, frustra iubere patrem Falcidiam cum dote compensare filiam heredem institutam, quia in specie dictæ *l.14.* non dotem pater, quam ipse debuit filiæ, iubet compensari, sed quam maritus debuit filiæ, quod iussum inutile est: non possum inducere compensationem eius, quod non ipse debeo, sed alius, sicut nec eius, quod non mihi debetur, sed alij, *l. eius, C. de compens.* Et nihil amplius est in hoc §. Sequitur §. *ex donationibus,* qui erit breuissimus.

Ad §. ex donationibus.

Ex donationibus in vxorem collatis, quod heres eius reddere viro cogitur, in bonis mulieris non erit: nam ita fit locupletior, vt tanto pauperior esse videatur. quod autem heres inde minuit, viro non perit.

Quia in ponenda ratione legis Falcidiæ per arbitrum legis Falcidiæ bonorum quantitas æstimatur, monet nos Papinianus in hoc §. in bonis defuncti non esse, quod defunctus vel heres eius alij reddere debet, id enim æri alieno connumeratur, quod in primis bonis detrahi oportet. Et ideo in bonis defunctæ vxoris non esse res à viro, qui vxori superuixit, ei donatas, quia heres vxoris viro eas reddere debet, propterea quod donatio non valet, & cogi potest, vt reddat condictione sine causa, vel ex iniusta causa, non quidem, vt eas reddat in solidum, sed eatenus, quatenus vxor ex donatione locupletior facta est, *l. si spõsus* §. *vlt. & l. seq. sup. de donat. inter vir. & vxor.* Ratio dubitandi hæc erat, quam obiiciebant legatarij heredi vxoris, volenti deducere bonis, quod à viro vxori donatum viro restituere debet, quia, hæc erat ratio, qua legatarij vtebantur, æs alienum ideo deducitur, quod tanto pauperior videatur defunctus fuisse. At ex donatione vxorem factam esse locupletiorem: alioquin, si non esset facta locupletior, donatio valeret, nec reuocari posset condictione sine causa, vt puta, si donata mulier male consumpsisset, *d.l. si sponsus* §. *pen.* consumptione huiusmodi donatio conualescit & confirmatur. Quod si facta est locupletior, non pauperior igitur: & si non pauperior, ergo in ære alieno, bonis donatio deducenda non est: laudanda est ea ratio, vt subtilis, fugienda, vt minus subtilis, quoniam vt eleganter ait Papinianus, *vxor ita fit locupletior, vt tanto pauperior esse videatur,* quia condici ei potest reuocata donatione, quasi dicat, his opibus à viro in se collatis, vxorem inopem esse, & heredi eius abesse videri id in quo viro obligata est, *l. si quis mandato, de negot. gest.* Reddere autem heres vxoris debet res pecuniasve donatas vxori & consumptas. Nam extantes vindicari possunt, non in solidum, sed in quantum vxor locupletior ex eis facta est, *d.l. si sponsus* §. *vlt. l. de his, C. de donat. int. vir.* vt si donata sint vxori centum, & vxor LX. soluerit creditori suo atque ita se pœna, vel vsuris liberauit, alia XL. male consumpserit. LX. quæ versa sunt in rem vxoris, quibusve vxor intelligitur facta locupletior esse, viro restitui oportet, non XL. ea enim viro quasi domino pereunt, *l. id quod donatum, eod. t.* Præterea reddere heres vxoris debet quodcunque ex rebus donatis ipse consumpsit bene vel male. Nam consumpta ab herede post mortem vxoris nullo modo pereunt viro, quia vir heredi donatum noluit. Et hoc est, quod ait in fine huius §. *Quod autem heres inde minuit,* id est, consumpsit bene vel male, *viro non perit.*

Ad §. fructus.

Fructus prædiorum sub conditione verbis fideicommissi relictos, in causa fideicommissi non deductos, heres in ratione Falcidiæ sic accepto facere sibi cogitur, vt quartam, & quartæ fructus ex die mortis, bonorum quæ mortis tempore fuerunt, habeat, nec ad rem pertinet, quando Falcidia lex admissa sit. Nam etsi maxime post impletam conditionem fideicommissum locum habere cœpit, tamen ex die mortis fructus quadrantis apud heredem relinqui necesse est.

INitio huius §. in vulgaribus & in Florentinis Pandectis ita scriptum est: *fructus prædiorum sub conditione relictos*, cum sit legendum, *fructus prædiorum sub conditione relictorum. Relictorum*, non *relictos*, vt in Basilic. οἱ καρποὶ τοῦ ὑπὸ αἵρεσιν ληγατευθέντος ἀγροῦ. Et in Cyrilli interpretatione, οἱ καρποὶ τῶν ὑπὸ αἵρεσιν ληγατευθέντων ἀγρῶν: *fructus prædiorum sub conditione relictorum.* Et ita etiam legunt Albericus & Imola, & nihil est euidentius. Species autem & sententia huius responsi hæc est: Testator ab herede instituto multa prædia Lucio Titio sub conditione per fideicommissum reliquit: heres medio tempore, id est, post mortem testatoris, & ante diem legati cedentem, siue pendente conditione fideicommissi fructus percipit. post impletam conditionem fideicommissorum si interuenerit lex Falcidia, Papinianus ait, heredem fructus medio tempore perceptos imputare in Falcidiam & Falcidiæ fructus, quod est verissimum, *l.18. §.vlt.hoc tit.l.qui 400.§.vlt.hoc tit.* Et in hoc titulo plures alij sunt loci, quibus id manifestum fit, *l.Papinianus §.vnde, de inoffic.testam.l.mulier §.si heres, inf. ad Trebellian.* fructus autem omnes, quos heres medio tempore percipit, id est, pendente conditione fideicommissorum, quasi iure hereditario percepti, imputat in Falcidiam & Falcidiæ fructus, præterquam eos, qui maturi erant mortis testatoris tempore, qui quasi pars prædiorum veniunt in restitutionem fideicommissi, *l.9.h.tit.* Regula igitur hæc fit: cæteros omnes fructus, quos heres percepit pendente conditione fideicommissorum imputari in Falcidiam, & Falcidiæ fructus, quoniam omnimodo heres debet habere saluam quartam partem hereditatis, & quartæ partis fructus, quartam, inquam, saluam & illibatam. cuius regulæ duæ sunt exceptiones. Vna hæc est, si filius heres institutus sit. Nam, vt ante dixi, fructus filius non imputat in Falcidiam, nec restituit fideicommissario, *l.iubemus, C.ad Trebell.* Est beneficium Zenonis Imperatoris, quod solis filiis datur, non aliis liberis. Altera exceptio hæc est: si specialiter rogatus fuerit fructus restituere medij temporis, *l. in fideicommissariam, ad Trebell.* qua de causa in hoc §. ponitur, fructus non fuisse deductos in causam fideicommissi, non imputarentur heredi in Falcidiam, sed in fideicommissi restitutionem venirent, non tantum percepti post impletam conditionem fideicommissorum, sed etiam percepti pendente conditione. Nã cũ de iis sit regula superior, & exceptiones ei subiectas de iisdem esse necesse est: quod tamen quidam imprudenter negauit: & quod attinet ad fructus Falcidiæ, in quos imputari dixit fructus ex prædiis sub conditione per fideicommissum relictis medio tempore perceptos, ait, nihil interesse, quo tempore lex Falcidia emergere & locum habere cœperit, quia non ex eo die tantum, quo Falcidia locum habere cœpit, sed etiam retro fructus Falcidiæ heredi debentur, puta, ex die mortis testatoris, quia & retro Falcidia cœpisse intelligitur. fac, post impletam conditionem fideicommissorum Falcidiam emersisse, non ex eo die tantum Falcidiæ fructus heredi debentur, sed & retro ex die mortis testatoris, quia quasi retro acta conditione fideicommissorum, & retro Falcidia trahitur, & recurrit ad tempus mortis testatoris. *fideicommissum*, scriptum est in

A Florentinis pro *fideicommissorum*, κατὰ συγκοπὴν, vt in *l. 19.de heredit.instit. pretium* pro, *pretiorum.* & ait, *fideicommissorum*, quia quot prædia relicta sunt, tot sunt fideicommissa, *l.5.de leg.2.* Hæc est sententia h. §. Ei tantum videtur obstare *l.30.& 73.inf.hoc tit.* cum ait, *fructus perceptos post mortem testatoris ad lucrum heredis pertinere*: nam ex eo recte colliges, heredem igitur fructus non imputare in Falcidiam. Verum vt respondeam, illæ leges non loquuntur de fructibus legatorum aut fideicommissorum ex die, vel sub conditione relictorum, qui medio tempore ab herede percipiuntur, quos constat interueniente Falcidia, in Falcidiam imputari, sed loquuntur de aliis fructibus rerum hereditariarum, non legatarum, vel etiam de fructibus legatorum sub condi- B tione relictorum, qui pari quantitate facta imputatione in Falcidiam, supersunt, quos omnes constat heredis lucro cedere, nec imputari in Falcidiam, nec proficere legatariis, siue non augere hereditatem, quia in bonis mortis tempore non fuerunt, quod solum tempus spectari visum est in exquirenda quantitate bonorum, *d.l. 73.* Ineptissimus autem est Accursius, qui scribit hoc loco, in Falcidiam imputari fructus satos mortis testatoris tempore: postea satos, non imputari, quia certo certius est, satos mortis tempore, si & maturi erant hereditati imputari, *l. 9.sup.hoc tit.* hereditatem augere. Immaturos autem vel satos post mortem, & perceptos ex fideicommissis conditionalibus, vel in diem, cum ea fideicommissa Falcidiæ subiiciantur, Falcidiæ imputari. Sequitur §.penultimus.

C

Ad §.fideicommissum.

Fideicommissum portionis supplendæ gratia, pro qua matrem filius heredem instituit, eidem matri datum ratione Falcidiæ minuitur. Et eam pecuniam mater supra quartam portionis suæ percipiet.

FIlius matrem heredem instituit ex minori parte quam efficiat quarta legitimæ portionis, quæ dicitur vulgo deberi iure naturali, adiecto matri coherede: & quia portio illa, quam adscripsit matri, non implebat portionem legitimam, ideo supplendæ legitimæ, & debitæ portionis causa, vt in Basilic, εἰς ἀναπλήρωσιν τοῦ κεχρεωστημένου καὶ νομίμου μέρους: *implendæ debitæ & legitimæ* D *portionis gratia*, matri etiam verbis fideicommissi, vt impleret ei legitimam, fundum prælegauit. Ita sunt accipienda illa verba, *supplendæ portionis gratia*: nam absurda est glossæ interpretatio, *supplendæ*, id est, augendæ portionis hereditariæ gratia: fundum autem illum mater partim iure hereditario capit à seipsa, pro modo portionis sibi adscriptæ, partim à coherede iure fideicommissi. Hoc est ius prælegati, hæc conditio seu natura prælegati, vt diuerso iure capiatur, *l.eum qui §.pen.de iis, qui b.vt indig.* Facito, coheredi matris cõpetere beneficium legis Falcidiæ: competere etiam matri. In singulis heredibus separatim poni rationem legis Falcidiæ certissimum est, *l.in singulis, inf.hoc tit.* Verum quæritur, an E etiam coheres possit detrahere Falcidiam ex parte fideicommissi matri relicti, quam à coherede mater accipit iure fideicommissi? Et respondet, detrahere posse: recte, quia & prælegata Falcidiæ subiiciuntur, *l.qui non militabat, sup. de hered. instit. l. à coherede, C.ad leg.Falcid* Quod autem ex ea parte, detracta Falcidia à coherede, supererit, rursus quæritur, an mater id debeat imputare in Falcidiam, si & ipsa in parte hereditatis sibi relicta Falcidia vti velit? Et ait non imputari quod superest ex ea parte in Falcidiam sibi competentem, nimirum, quia iure fideicommissi id capit, & in Falcidiam ea tantum imputantur, quæ iure hereditario capiuntur, non quæ iure legati, vel fideicommissi, vel alio iure, *l. Nesennius, & l.quod autem, & seq.* & *l.in quartam, hoc tit.* Quod

iam pridem oſtendi eſſe verum in quacunque Falcidia, non ea tantum, quæ directo detrahitur, ſed etiam in ea, quæ detrahitur ex fideicommiſſaria hereditate, ex Senatuſconſ. Pegaſiano, & hodie Trebelliano. Nam & in hanc ea tantum imputantur, quæ iure hereditario capiuntur, quod oſtendit Obſeruatio 8. Et quod ait vexata illa lex *1. de leg. 1. per omnia exæquata eſſe legata fideicommiſſis*, non in omnibus dicit eſſe exæquata, ſed id ſcripſit Vlpianus, cum oſtendere vellet, exæquata eſſe legata fideicommiſſis in imputatione Facidiæ, non in omnibus cauſis: & *fideicommiſſis* dixit, generaliter comprehendẽs tam fideicommiſſa hereditatum, quam fideicommiſſa pecuniarum, hac ſententia, vt quæ imputantur in Falcidiam, quæ detrahitur legatis, ea etiam & quidem ſola imputentur in Falcidiam, quæ detrahitur ex quibuſcunque fideicommiſſis. At non omittendum eſt, in quartam legitimæ portionis, quam dicunt deberi iure naturæ, quæ ſcilicet excludit querelam inofficioſi teſtamenti, imputari etiam ea, quæ iure legati, vel fideicommiſſi capiuntur, §. *vlt. Inſtitut. de inoffic. teſtam.* Quamobrem & in hoc §. vlt. ponitur, *ſupplendæ eius quartæ gratia fideicommiſſum relinqui.* Idque aliquando etiam Iuſtinianus ipſe probauit, ſed mutauit tamen ad extremum in *Nouella 115. &* in eam quartam ea tantum imputari vult, quæ iure hereditario capiuntur, ſiue titulo inſtitutionis, quod idem eſt. Cæterum, quia in Falcidiam, quam mater ex legatis à ſe relictis retinere deſiderat, non imputat, vt diximus, id quod à coherede capit iure prælegati, ideo Papinianus ait, eam pecuniam, quam ſcilicet à coherede conſequitur iure fideicommiſſi, matrem habituram ſupra quartam, id eſt, ſupra Falcidiam ſuæ portionis, vt in *l. filium quem, C. famil. ercif.* Id habens, inquit, *ſupra quartam*, id eſt, id neque imputans in quartam, neque cõpenſans cum quarta, & in *l. in quartam, hoc tit. extra quartam*, id eſt, quod à coherede accipitur, non imputatur in Falcidiam, id eſt, in quartam Falcidianam. Reſtat §. vltimus.

Ad §. vltimum.

Quarta, quæ per l. Falcidiam retinetur, æſtimatione, quam teſtator fecit, non magis minui poteſt, quam auferri.

IN ponenda ratione legis Falcidiæ apud arbitrum Falcidiæ, bona, quæ moriens teſtator reliquit, æſtimantur vero & præſenti pretio, *l. 42. 62. & l. ſeq. inf. hoc tit.* Vero, inquam, pretio, id eſt, non formali pretio, vt ait *l. 62.* id eſt, non impoſititio pretio, quod quiſquam fecerit pro libidine, vel affectione ſua. Baſil. formale pretium vocant, τετυπωμένην διατίμησιν, id eſt, *formalem æſtimationem*, quam ſcilicet format & fingit ſibi quiſque, non inſpecta vera facultate & dignitate rei. Non ergo etiam æſtimanda ſunt bona pretio, quod fecerit ipſe teſtator, æſtimato forte ſuo patrimonio trecentis, quod in veritate dignum eſt quadringentis; quam æſtimationẽ, ſi ſequeremur, Falcidia minueretur heredi: vel patrimonio, quod erat quadringentorum, æſtimato octingentis, quam æſtimationem ſi ſequeremur, Falcidia prorſus auferretur heredi & abſumeretur. at huius æſtimationis ratio non habetur in ponenda Falcidia, *l. ſi fundum, §. ſi libertus. ſup. de leg. 1.* ſicut nec in aliis cauſis, *l. 1. C. arbit. tut.* Ergo æſtimatio teſtatoris Falcidiam neque minuit, neque aufert. Nec poſt Nouellam Iuſtiniani, quæ dat poteſtatem teſtatori interdicendæ Falcidiæ, hodie dicam æſtimatione à teſtatore ſui patrimonij facta, non ſtatim interpretabor, voluiſſe eum ob id prohibere Falcidiam. quod vel pluris, vel minoris bona æſtimauerit, non dicam eum voluiſſe derogare l. Falcidiæ, quia falli potuit in æſtimandis ſuis bonis, nec duci ſtudio abrogandæ Falcidiæ. Qua in re hallucinatur Accurſius hoc loco, dum ait, *ex ea Nouella, hodie æſti-* A *matione patrimonij facta, Falcidiam abrogari*; quia hoc voluiſſe teſtatorem ex ſola æſtimatione, quam fecit, non ducitur idoneum argumentum. Et hic eſt finis huius legis.

Ad l. vlt. de obſeq parent. vel patr. præſt.

Liberta ingrata non eſt, quod arte ſua contra patroni voluntatem vtitur.

CErtum eſt, libertis datam libertatem reſcindi, libertis redactis in ſeruitutem, ſi ingrati fuerint erga patronos, id eſt, ſi violauerint obſequia debita patronis. Qua de cauſa & ſub hoc titulo *de obſeq. præſt. patr.* tracta- B tur de libertis, quos patroni accuſant vt ingratos reuocandæ manumiſſionis cauſa, *l. 3. & 4.* & hoc loco. cuius accuſationis exitus & effectus eſt, ſeruitus, capitis deminutio maxima liberti, §. *1. Inſtit. de cap. dem.* & vel leuis offenſa ſufficit, leuis cauſa ingratitudinis, *l. 2. C. de lib. & eorum lib.* At nulla eſt cauſa offenſæ, ne leuis quidem, ſi libertus artem quam nouit, quaque tolerat & tuetur ſe vitamque ſuam, exerceat inuito patrono, ſi vetanti patrono ne eam exerceat, morem non gerat, veluti artem medicinæ, vel negotiationem aliquam licitam, quia nec iure eum patronus prohibet ab arte vel negotiatione licita, *l. 2. l. quæro, ſup. tit. prox. l. 45. inf. tit. prox.* & ſi forte prohibeat patronus, veluti ne libertus medicinam faciat, qui medicinæ peritus eſt, forte quod & ipſe patro- C nus medicus ſit, ductus æmulatione quadam, vel lucri ſtudio, vt multo plures haberet ſibi imperantes medicinæ gratia, ſi inquam, hoc vel illo ſtudio libertum medicum prohibeat medicinam facere, & indicat ei quaſdam alias operas, quas ſibi exhibeat, ob eam rem non obtemperante liberto, non iudicium ingrati in libertum patrono dabitur, ſed iudicium operarum tantum, in quo veniet æſtimatio operarum, *l. medicus, inf. tit. prox.* In qua lege & illud præclarum eſt, quod ait, à libertis eſſe exigendas liberales operas, non ſeruiles operas, puta, vt eum ſinat patronus, dum ei dat operam, valetudinis & honeſtatis ſuæ rationem habere, nec excruciet eum indictis operis continuis, aſſiduis, & vt ſinat, inquit, eum acquieſcere meridiano tempore, quod Latinis eſt *meridiari*, & μεσημβριάζειν ſimiliter Græcis, quod populo D Rom. & patribus quoque illis rerum dominis, gentique togatæ, fuiſſe ſolemne Procopius indicat *3. de bello VVandalico*, quum illis meridiantibus narrat vrbem Romam captam fuiſſe ab Alarico Gotthorum rege, ἁπάντων, inquit, ὕπνον ὡς τὸ εἰκὸς, ἡμέραν μέσην. *Omnibus*, inquit, *meridiantibus, vt ſolent, poſt prandium.* Varro de re ruſtica, *ſi non diffinderem*, inquit, *meo inſtititio ſomno meridie, viuere non poſſem.* Quod autem ait eadem *l. medicus*, patronum medicum prohibuiſſe, ne libertus eadem arte vteretur, vt ipſe multo plures ſibi imperantes haberet, de quo ſermone Alciatus, & Duarenus aliquid ſcripſerunt; iis tam nouus videri non debet: nam *imperare & iubere* eſt commune nomen ægroti & medici. Obſtetrix quæ mulier medica eſt apud Terentium in E Andr. act. 3. ſc. 2. *quod iuſſi ei*, inquit, *dari biber, & quantum imperaui, date.* ſcribendum eſt, *biber*, non *bibere*, vt 1. Tuſcul. *Ganymedem à diis raptum propter formam, vt Ioui biber miniſtraret*, ex veteribus: nam impreſſi perperam dicunt, *vt Ioui pocula adminiſtraret*, & Gaius Fannius: *domina eius*, inquit, *vt ad villam venerat, iubebat biber dari.* & Cato: *date huic mulieri biber, iracunda eſt*, apud Chariſium. Verum tranſeamus ad *l. 8. de public. & vectig.*

Ad l. 8. de public.

Fraudati vectigalis crimen ad heredem eius, qui fraudem

contraxit, commissi ratione transmittitur. Sed si vnus ex pluribus heredibus rem munem causa vectigalis subripiat, portiones cæteris non auferuntur.

LOquitur Papinianus in hac lege de crimine fraudati vectigalis, quod vno verbo dicitur, κλεψιτελώνημα & σφετερισμὸς, illud à Græcis interpretibus, hoc in glossis Philoxeni; vt si quis negotiator merces subiectas præstationi vectigalis publici & munificas suppresserit, nec ad publicanos lege Censoria, vti oportet, professus fuerit, cuius criminis pœna hæc est, vt merces in commissum cadant, id est, committantur fisco, recidant in fiscum, nisi forte per errorem transierit negotiator improfessis mercibus, nisi per errorem in commissum inciderit: nam hoc casu merces ei restituuntur, nec retinentur B à fisco, si modo duplum vectigal inferat, hoc casu duplo vectigali publicanos contentos esse oportet. Et interea tamen duplo ille error, illaque incuria plectitur. Etiam ignorantia sæpe plectitur in iure nostro, quod & definitio legis demonstrat. & id quod dixi de duplo vectigali proponitur in *l. vlt. §. Diui quoque fratres, hoc tit.* hoc autem crimen fraudati vectigalis, ait Papinianus hoc loco ad heredem eius, qui crimen contraxit, transmitti, id est, & heredem eius teneri commissi ratione, id est, non nisi commissi ratione, videlicet etiam si viuo reo nihil ea de re cum eo actum sit, heredem, inquam, teneri, vt merces commissæ, quæ peruenerunt ad eum (nam hoc ponendum est omnino) quibusque locupletior factus est, ei auferantur. Et hoc est quod ait, hoc crimen transmitti ad heredem commissi ratione, vt scilicet commissum, quod habet, ei eripiatur, sicut & peculatus, & C residuorum, & repetundarum crimen dicitur ad heredem transmitti, etiamsi viuo reo accusatio mota non sit, & transmitti ratione subreptæ pecuniæ, quæ peruenit ad heredem, *l. ex iudiciorum, inf. de accusat. l. vlt. inf. ad l. Iul. pecul.* Et quod hic ait Papin. id ipsum est, quod proponitur in *l. commissa, inf. hoc tit.* commissa vectigalium ad heredem transmitti: quia, inquit, quod commissum est, statim ipso iure desinit esse eius, qui fraudem contraxit, & publico adquiritur, publico vindicatur. Ea propter commissi persecutio etiam heredem adficit. Et de hoc quoque genere commissi est accipienda *l. 1. inf. de iure fisci.* Quo loco ait, nuntiationem siue delationem fieri ad fiscum, quotiens aduersus commissum factum est, aduersus leges Censorias, scilicet quas Censores dicunt in locandis publicis vectigalibus. Varro de re rustica: D *Greges ouium ad publicanos profitentur, ne si inscriptum pecus pauerit, lege Censoria committant.* Verum additur in hac lege, si plures fuerint heredes eius, qui in commissi pœnam incidit, & vnus ex eis rem munem vel non immunem vectigalis causa, rem obnoxiam vectigali subripuerit, in eum solum transmitti pœnam, quia nihil peruenit ad cæteros, nullæ sunt portiones, quæ auferri possint cæteris coheredibus. Et rem munem dicit rem munificam, vt in *l. 4. §. 1. infr. h. tit.* quod est muneri publico & vectigali subiectum. Plautus in Mercatore, *gratum me & munem forte*, non *memorem*, vt quidam libri scribunt, id est, officiosum & munificum, vt Festus interpretatur. Porro aliæ res sunt munes, aliæ immunes E à præstatione vectigalis: vt in militia alij sunt milites munifices, *l. 18. de verbor. signif.* & apud Festum, qui explent munera militaria: & munifices Iulius Firm. recte συνεργοὺς interpretatur *lib. 1.* vnde & in epistola Diui Pauli ad Corinth. θεοῦ ἐσμεν συνεργοί, *Dei sumus munifices;* alij autem sunt immunes, beneficiarij, principales: vt in mulieribus aliæ mammæ munifices, quæ lacte abundant, vel mammæ mimæ, quibus lac deficit, apud Plin. & Varr. Si igitur ex pluribus heredibus eius, qui crimen fraudati vectigalis contraxit, vnus rem munem causa vectigalis, id est, vectigali & commisso obnoxiam subripuerit, in eum solum transfertur crimen defuncti, nihil

A petitur à coheredibus: *coheredibus*, inquit, *portiones non auferuntur*, quia nullæ portiones ex eo crimine ad eos peruenerunt. Et quod notandum, communis etiam ea res heredum non est, quoniam statim dominio fraudatoris abscedit, *l. commissa, inf. hoc tit.* Quo argumento recte dices, vulgo & in Basil. etiam hoc loco, male scriptum esse, *rem communem*, quia non est communis inter heredes, sed statim facta est fisci. Recte Florentini, *rem munem.* Papiniano placent antiqua verba, & antiquæ rationes loquendi, vt fini peculij, fini quadrantis, & insuperhabere, & betere.

Ad l. 42. de mort. cauf. donat.

Seia, cum bonis suis traditionibus factis, Titio cognato donationis causa cessisset, vsumfructum sibi recepit & conuenit, vt, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titij mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent. Igitur si res singulas heredes L. Titij vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. bonæ fidei autem iudicio constituto, quærebatur, an mulier promittere debeat, se bona cum moreretur, filiis restituturam? incurrebat hæsitatio non extorquendæ donationis, quæ nondum in personam filiorum initium acceperat: sed nunquid interposita cautione, prior donatio, quæ dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? Vtrum ergo certæ conditionis donatio fuit, an quæ mortis consilium ac titulum haberet? Sed denegari non potest mortis causa factam videri. sequitur vt soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. Muliere denique postea diem functa, liberi Titij, si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.

IN hac l. sunt duo responsa, quæ simul explicabuntur: prioris hæc est species: Seia donationis causa L. Titio cognato suo, bonis suis cessit in iure. perficitur donatio etiam cessione in iure, *l. 1. C. Hermog. de don.* si & exhibitio & traditio rerum, quæ donantur, corporalis interueniat, quæ peragitur, eas res accipiente & vindicante eo, cui ceduntur, & prætore addicente, apud quem fit cessio, id est, in iure. Perficitur ergo donatio cessione in hac specie, & traditione, eoque modo donatario adquiritur & quidem plenum dominium, nisi donator sibi receperit vsumfructum, vt in hac specie proponitur, Seiam sibi recepisse, & retinuisse vsumfructum. Cessione ergo & traditione, nuda tantum proprietas transiit in Titium: donationi autem subiecta hæc lex, & conuentio est, vt si Titius prior moreretur, eorum bonorum proprietas ad Seiam rediret, quæ conuentio valet, *l. 2. C. de donat. quæ sub modo.* ac præterea, si post mortem Titij Seia moreretur superstitibus filiis Titij, vt tunc ad eos ea bona pertinerent. hæc est conuentio, quæ donationi adiecta est *in exordio*, vt ait, id est, ex continenti, siue tempore donationis: Titius præmortuus est, relictis heredibus, id est, filiis, qui & ei heredes extiterunt; nam illo loco huius legis, *heredes L. Titij*, id est, filij. heredum appellatione filij significantur, vt in *l. 6. §. 1. de bon. libert. Heredibus eius D. Marcus opem tulit*, id est, filiis eius; nam id, quod agitur in ea lege, habet tantum locum in filiis, & in *l. ex facto §. vlt. ad Trebell.* hæc conditio, *si sine herede moriaris*, sic accipitur, sine liberis. Porro filij L. Titij, & heredes, si eorum bonorum, quæ Seia Titio donauit, res singulas à Seia vindicent, vt possunt ipso iure, quia per cessionem & traditionem earum rerum dominium Seia transtulit in Titium, cui heredes extiterunt: si, inquam, eas res vindicent sigillatim, repellentur, vt ait, opposita exceptione doli mali, quia contra legem dictam dona-

tioni & contra conuentionem eas res petunt, quia conuenit, vt mortuo Titio, ad Seiam superstitem proprietas rediret; Sed quia, & hoc conuenit inter Seiam & Titium, vt mortua Seia, ea bona ad filios Titij pertinerent; Quæritur, an interim, dum viuit Seia possint heredes L. Titij desiderare caueri sibi ab ea, de restituendis bonis post mortem suam? Mouet Papinianum, quod vindicationi opposita exceptio doli mali iudicium in rem, quod non erat bonæ fidei, fecerit bonæ fidei; nam vt Dorotheus auctor τῶ πλάτους, hoc loco definit, opposita doli mali exceptio omni modo bonæ fidei iudicium facit, nimirum, quia, vt Dialectici dicunt, exclusio vnius contrarij, positio est alterius. Porro dolo malo cõtraria est bona fides, *l. 3. in fin. pro soc.* Excluso igitur dolo malo, necesse est iudicium fieri & peragi ex fide bona, ac si ab initio mota fuisset actio bonæ fidei. Quod & quodammodo confirmat *l. 3. de excep.* dum ait, replicationem doli oppositam iudicium tutelæ facere bonæ fidei, quia scilicet quamuis actio tutelæ sua natura sit bonæ fidei, prætore actioni tutelæ nominatim adiiciente exceptionem vel replicationem doli, quæ etiam non adiecta inesset bonæ fidei iudicio, *l. sed & si ideo, sol. matr.* tunc tamen non tam videtur actio tutelæ per se bonæ fidei esse, quam fieri beneficio & potestate exceptionis, aut certe, quam maxime fieri bonæ fidei, adiectione exceptionis doli expressa. In bonæ fidei autem iudiciis quum nondum dies venit præstandæ rei, pecuniæve, constat recte agi ad cautionem interponendam interim, de re pecuniave soluenda cum dies venerit *l. in omnibus, sup. de iudic. l. si constante § quotiens, sol. matr.* quæ cum illa coniungenda est, *l. quotiens § si semel, de pecul. l. quod si, de petit. hered.* In hac igitur specie, an recte intendunt filij L. Titij, Seiam officio iudicis cauere oportere, bona cum moreretur sibi restitutum iri? Quod videtur, quia actionem in rem, quam filij instituerunt aduersus Seiam, opposita exceptio doli mali bonæ fidei actionem fecit: & vt diximus, in bonæ fidei actionibus officio iudicis huiusmodi cautiones interponuntur. Verum ne hoc admittat & concedat Papin. mouetur alia ratione, quæ est subtilissima, quia si filij L. Titij inuitæ Seiæ illam cautionem extorqueant, inuitæ donationem extorquent, quod non potest fieri, nec ex persona Titij, quia morte eius resoluta & reuocata donatio est: nec ex persona filiorum, quia nondum in persona eorum donatio initium accepit viuente Seia. nemo inuitus donat alteri: si inuitæ Seiæ posset extorqueri cautio illa, inuitæ donatio extorqueretur, quoniam cautio illa, promissio donationis est, ergo non potest extorqueri, neque exprimi Seiæ inuitæ. Et hoc Papinian. vt faciat euidentius, quærit, quid sit dicendum, si filij Titij ex consensu Seiæ, vltro oblatam, non extortam cautionem acceperint; vtrum cautione huiusmodi prima donatio, quæ collata est in Titium, retinetur, id est, vtrum cautio illa non est promissio secundæ donationis factæ filiis Titij, sed primæ donationis factæ Titio, quæ reuocata fuit morte Titij, retentio & renouatio, puta, conuentionis in ea adiectæ, vt post mortem Seiæ bona pertinerent ad filios Titij, quæ etiam filiis proficere potuisset, *l. quodcunque § si ita quis, de verb. oblig.* nisi & principalis donatio reuocata esset: nam principali donatione reuocata, & conuentio ei adiecta nulla constituitur. Vtrum igitur eo ipso quod eam cautionem Seia vltro præstitit, videatur perseuerasse in donatione prima, & lege ac conuentione ei adiecta in continenti? an vero Seia præstita illa cautione intelligitur secundam donationem cauisse & promisisse filiis Titij. Et hoc subindicat esse verius, cautionem Seiæ sponte præstitam, secundam donationem esse factam filiis Titij stipulantibus. non dum est satis. Quæritur rursus, vtraque donatio prima & secunda, sitne donatio inter viuos facta sub lege &

A conditione certa, an donatio causa mortis? Et ait, non posse negari mortis causa donationem factam videri; quia conditiones donationis, sunt conditiones, quæ nõ solent adiici, nisi donationib. causa mortis. Et ex eo subtiliter efficit Papin. resumpta prima quæstione, an inuitæ Seiæ a filiis Titij cautio supradicta extorqueri possit, quæ est principalis quæstio, resumpta, inquam, ea quæstione principali ex definitione subsequẽtium aliarum duarum quæstionum Papin. efficit, resoluta donatione prima morte Titij, Seiæ non posse extorqueri illã cautionem, quia ea cautio, secunda donatio est, & nemo inuitus donare cogitur. Quod ergo dicitur in bonæ fidei iudiciis agi posse ad interponendam cautionem illam; non pertinet ad cautionem quæ donatio est, aut donationis promissio: sed ad cautionem, quæ simplex securi-B tas, non donatio est, quod maxime notandũ est. At subiicit Papinian. quod si vltro Seia cum nõ posset cogi, eam cautionem præstiterit filiis Titij, postea Seia mortua iisdem filiis superstitibus, consequi ex superioribus & inferri, quia ea cautio donatio est causa mortis, siue promissio donationis causa mortis, in ea donatione filios Falcidiam pati, si lex Falcidia interueniat: vel vt ait contributioni propter Falcidiam filios Titij teneri, vt in *l. 15. in prin. ad l. Falcid.* dixit, *bonis contribui propter Falcidiam debitum remissum mortis causa.* & in secundo responso huius legis, *bonis contribui donationes Falcidiæ causa.* In donationibus causa mortis, quæ instar legatorum sunt, lex Falcidia locum habet ex constitutione Seueri, *l. 2. C. de mort. caus. donat. l. 5. C. ad l. Falcid. l. cum pater §*
C *1. de leg. 2. l. 1. §. in mortis, si cui plus quam per leg. Falcid.* quam constitutionem Seueri intelligit in secundo responso huius legis, illo loco: *non ad aliam constitutionem pertinere*; D. Seueri scilicet. In donationib. autem inter viuos locum Falcidia non habet, *l. 27. h. t.* Quod & in secundo responso huius legis ostenditur; cuius species hæc est.

Ad §. cum pater.

Cum pater in extremis vitæ constitutus emancipato filio quædam sine vlla conditione redhibendi donasset, ac fratres & coheredes eius bonis contribui donationes Falcidiæ causa,
D *vellent, ius antiquum seruandum esse respondi. Non enim ad alia constitutionem pertinere, quam quæ lege certa donarentur, & morte insecuta quodammodo bonis auferrentur, spe retinendi perempta: eum autem, qui absolute donaret, non tam mortis causa, quam morientem donare.*

Pater filio emancipato quædam donauit sine vlla conditione redhibendi, reddendiue. donatio est inter viuos, non mortis causa, licet, vt ait, in extremis vitæ constitutus eam donationem fecerit filio emancipato: donatio mortis causa habet certas conditiones redhibendi, reddendæ rei donatæ, si donator conualescat, si donatorem donationis pœnituerit, si prior donatarius decesserit, *l. 16. & 30. h. t. l. non omnis, sup. de reb. cred.* At donatio nullam habuit conditionem redhibendi; ergo fuit donatio inter viuos, non mortis causa. Ex quo efficitur, in ea donatione Falcidiam locum non habere, sed
E in ea seruari ius antiquum, id est, quod in omnibus donationibus seruabatur ante constitutionem Seueri, quæ etiam Falcidiæ subiecit donationes tantum mortis causa, non donationes inter viuos, & donationes mortis causa subiecit Falcidiæ, non nisi facto testamento, quia facto testamento recte donationes causa mortis comparantur legatis, non ab intestato, vbi nulla comparatio legatorum existit, *l. si filius, de leg. præst.* Quod & hic Græci recte notarunt. Sed hodie ex constitutione Gordiani, id est, ex *l. 2. C. eod. tit.* etiam ab intestato in donationibus causa mortis, sicut in fideicommissis ex con-

stitutione D. Pij lex Falcidia locum habet, quod plenius ostendit *caput.6.Obseruat.20.* Concludit ergo Papinian.in specie secundi responsi,constitutionem Seueri pertinere tantum ad ea,quæ certa lege donarentur, & morte insequuta donatoris quodammodo bonis auferrentur, spe retinendi perempta mortuo donatore. In hac specie non fuisse donationem ita factam, sed filio emancipato patrem absolute & pure donasse. Nec mutare quod decumbens donarit, mortique proximus, quia non ideo tam mortis causa donauit,quam moriens donauit. Denique moriens donauit sed inter viuos,non mortis causa: nam & moriendi momentum vitæ deputatur,non morti.Quod valde notandum est.

Ad l.21.de manumiss.

Seruum dotalem vir, qui soluendo est, constante matrimonio manumittere potest. si autem soluendo non est, licet alios creditores non habeat, libertas serui impedietur, vt constante matrimonio deberi dos intelligatur.

SCiendum est, legem Iuliam prohibere alienationem fundi dotalis: de fundo loquitur,non de seruo dotali: de alienatione, non de manumissione. Nam seruum dotalem marito, qui modo locuples & soluendo sit, proculdubio, quia dominus est,seruum dotalem manumittere licet in testamento, vel inter viuos constante matrimonio,etiam inuita vxore, *l.3.C.de iur.dot.l.1.& vlt.C.de ser.pign.dat.* & eius serui dotalis, quem manumiserit patronus efficitur, & ad legitimam hereditatem eius vocatur,*l.intestat.§.1.sup.de suis,& legit. hered.* Verum si liberto heres extiterit ab intestato iure legitimo, vel ex testamento, debet etiam constante matrimonio vxori restituere portionem bonorum liberti, quæ debetur iure patronatus condictione ex l.Iulia, *l.hæc actio, sol.matr.l.filius §.vlt. ad l.Corn.de fals.* Cætera bona liberti, quæ ad eum peruenerunt restituit soluto matrimonio,iudicio seu actione dotis, *l.dotalem,sup.sol.matrim.* & ipsius quoque serui, vt certum est, æstimationem, quem manumisit,licet æstimatus in dotem datus non fuerit.Et hoc de marito locuplete, qui seruum dotalem manumisit. Sed si maritus egenus & non soluendo sit,frustra manumittit seruum dotalem,quia libertati obstat lex Ælia Sentia, quæ in fraudem creditorum datam libertatem irritam & nullam facit ipso iure, *l.27. inf. qui & à quibus manum.* Nam etsi alios creditores maritus non habeat, semper tamen seruo dotali, quum non est soluendo, intelligitur dare libertatem in fraudem mulieris, quæ est creditrix, id est, cui etiam constante matrimonio dos debetur, quum maritus incipit labi facultatibus,*l.constante,sol.matr.l.vbi, C.de iur.dot.* Et dos,quæ alias non repetitur,nisi soluto matrimonio, hoc casu,nempe marito vrgente ad inopiam, etiam manente matrimonio repeti potest,aut cautio exigi idonea de dote restituenda soluto matrimonio,*d.l.si constante,§.quotiens,& c.l.pen.ext.de donat. inter. vir. & vx.* quia de dote iudicium bonæ fidei est.& vt sup.diximus, in omnibus bonæ fidei iudiciis ante diem præstandæ pecuniæ,in hoc agi potest,vt cautio interponatur. Vulgo ex hac lege notant, rem mobilem datam in dotem alienari posse,quod equidem verum esse arbitror,qualiscunque res mobilis seu mouens fuerit. Sed id parum apte ex hac l.colligi dico: quia aliud est manumissio,de qua hic agitur:aliud alienatio. alienatio est mutatio dominij *l.1.C. de fund.dot.*manumissio non est mutatio dominij. Et obseruandum in *d.l.1.C.de fun.dot.* quod ait, alienationem esse omnem actum,per quem dominium transfertur eis verbis non tam proponi definitionem alienationis, quam significari omnem omnino alienationem fundi dotalis l.Iulia prohiberi,vt in *l.sed si maritus §.vlt. inf. qui & à* A *quib.man.liberi non fiant.* quæ l.*sed si maritus*, & *l.prospexit,eod.tit.*& *l.ex iudiciorum,de accusat.* manifesto separant alienationem à manumissione: adeo autem verum est res mobiles,vel se mouentes l. Iulia non contineri,vt nec res omnes immobiles contineantur ,sed res soli tantum,vt est proditum in *Instit.tit.quib.alien. licet, vel non.* Quæ cohærent solo,hæ tantum res alienari vel obligari non possunt inuita vxore; ac ne volente quidem vxore,in prouinciis: hodie nec in Italia,nec in prouinciis ex constitutione Iustiniani, de rei vxoriæ actione,cuiusmodi sunt fundi, & ædes ædificiaque omnia. Hæ sunt res soli, quæ l. Iulia continentur: nam etsi l. Iulia de fundo tantum loquuta videatur, tamen idem ius est in ędibus,*l.13. inpr. sup. de fun. dot.* sicut l. XII. B Tab. quæ est de fundo tantum biennio vsucapiendo, pertinet etiam ad ædes, vt M. Tull. docet in Topic. & in Orat. pro Cæc. Non pertinet autem l. Iulia ad superficiem ædium dotalium: pertinet ad ædes dotales, sed non ad superficiem ædium, *l.si ex lapidicinis,de iure dot.* quia superficies est quidem res immobilis, sed non res soli,vt ædes ipsæ integræ. Ergo l.Iulia non pertinet ad res omnes immobiles, & multo minus ad res mobiles vel se mouentes, veluti seruos dotales vel pecora dotalia, nisi forte serui dotales partes faciant fundi dotalis, vt seruus rusticus, frutex, vt per ridiculum vocatur ,qui pars fundi sit, *l.3.de diu.temp.præscrip. l.hac edictali §. illud, C.de sec. nupt. & Nouel.7.* nam l.Iulia pertinet etiam ad partem prædij,*l.13.§.1.sup.de fun.dot.* Transeamus ad *l.10.de diuers. temp.præscr.*

C

Ad l.10.de diu. & temp. præscr.

Intra quatuor annos vacantium bonorum delator facta denuntiatione destitit. post quatuor annos secundo delatori venienti, prior nuntiatio, quo minus præscriptione temporis summoueatur,non proderit: nisi prioris præuaricatio detegetur, quo declarato præscriptio, sed & negotij quæstio perimetur.

TOta lex est de præscriptione quadriennij, qua repellitur fiscus,vel quicunque agit fisci nomine,qui vindicat bona vacantia, id est, bona sine domino, vel potius bona defuncti domini, quorum nullus successor extitit, bona ἀκληρονόμητα, quæ alius nullo iure possidet;vindicat ea fiscus intra quadriennium ex l. Iulia caD ducaria,*l.quidam §.quotiens, de leg.1.* Quod & Vlpian. scribit *lib.reg.tit.de bon.poss.* Si post quadriennium ea vindicat à possessore, etsi sit iniustus possessor, repellitur præscriptione quadriennij, quasi post quadriennium meliore causa possessoris in pari causa, *l.1.C.de quad.præscr.*Cæterum præscriptio illa quadriennij interrumpitur, & perpetuatur actio fiscalis denuntiatione eorum bonorum facta fisco à delatore, & lite contestata cum possessore: litis contestationem exigo, si modo delator non destiterit à lite. Nam si destiterit, & litem inchoatam deseruerit, non intelligitur interrupta esse præscriptio quadrienij,quia qui destitit à lite, nec litem inchoasse videtur. Et ideo lite destituta à priore delatore, si alius post quadriennium ea bona fisco deferat, præscriptione quadriennij submouetur, quæ pro E interrupta non est, arg. *l.1.§.vlt.de iur.fisci.* Papin. hoc loco vtitur verbo *destitit*,quod est,prorsus deposuit animum litigandi, vt *l.destitisse, de iure fisci.* Aliud enim dicendum est,si prior delator traxit negotium tantum, nō destitit: nam & vltra quadriennium tracta causa bonorum vacantium deferri,aut peragi potest, *d.§.vlt.* At si destitit prior delator, alius delator post quadriennium non admittitur, excepto vno tantum casu,si alius delator prioris delatoris præuaricationem arguerit & conuicerit: nam detecta præuaricatione, ei non obstat præscriptio quadriennij, & reus pro conuicto habetur,

maxime si priorem delatorem probetur fuisse pretio corruptum, vt præuaricaretur & se vinci pateretur à possessore bonorum vacantium, §. *vlt. & l. eius qui, & l. in fisci, eod. tit. l. 1. C. de sent. adu. fisc. lat. non rec. lib.* 10. Et hoc est quod ait Papinianus hoc loco, prioris præuaricatione detecta præscriptionem quadriennij perimi: sed & perimi negotij quæstionem, quia scilicet possessor bonorum vacantium, qui priorem delatorem corrupit, pro conuicto, & condemnato habetur.

Ad §. quadriennij.

Quadriennij tempus, quod bonis vacantibus nuntiandis præscriptum est, non ex opinione hominum, sed de substantia vacantium bonorum dinumeratur. Quatuor autem anni post irritum testamentum factum & intestati possessionem ab omnib. repudiatam, qui gradatim petere potuerunt, vel temporis finem, quod singulis præstitum est, computabuntur.

IN hoc §. additur, quadriennium aut quadriennij tẽpus non ex opinione hominum dinumerari, sed de substantia vacantium bonorum, id est, non ex die, quo homines existimauerunt ea bona vacare, & id scilicet fisco forte denuntiauerunt, sed ex eo die, quo in veritate ea bona vacare cœperunt, nullo existente herede, aut successore defuncti, nullisque creditoribus ea bona persequentibus, vt *l. 50. sup. de man. test. l. 1. §. Diuus, inf. de iure fisci. l. pen. C. de bonis vac. lib. 10. de substantia*, inquit, *bonorum vacantium*, id est, de vero nomine substantiæ bonorum vacantium, vt in *l. Arrianus, C. de liber. causa.* Ex quo scilicet id nomen *vacantium bonorum*, eamque appellationem adepta sunt, ex eo scilicet die quatuor anni dinumerantur & computantur. Quod & ita esse declarat manifestius in §. *vlt. huius legis*, vt si post irritum factum testamentum, id est, post repudiatam hereditatem ab herede scripto, vel omissam, id est, non aditam intra constituta tempora, & post repudiatam quoque intestati hereditatem, aut bonorum possessionem ab agnatis, cognatis, patronis, consortibus, viro, vel vxore, vel etiam post omissam ab his omnibus intestati successionem, id est, iis omnibus tempore exclusis quod singulis præfinitum est ad successionem amplectendam, ab eo die, quo percensitis omnibus gradibus successionis apparuerit, nullum successorem existere, ab eo, inquam, die, quadriennium computatur. Et hoc distat maxime hæc causa fiscalis de bonis vacantib. ab aliis fiscalibus causis, quæ non perimuntur, nisi præscriptione vicenij, *l. in omnib. inf. hoc tit.* quia in iis causis vicennium numeratur à die nuntiationis, quo primum bona fisco delata sunt, *l. 1. §. pen. de iure fisci.* In causa autem bonorum vacantium quadriennium numeratur, etiam ante diem nuntiationis, si iam ante percursis omnibus gradibus constiterit, nullum defuncto successorem extare: post omnes enim vocatur fiscus lege Iulia ad bona vacantia intra quadriennium ex eo tẽpore, quod diximus connumerandum. Huic legi adiungenda est *l. 38. de iure fisci*, quæ ex eodem libro est etiam de bonis vacantibus.

Ad l. 38. de iure fisci.

Fiscus in quæstione falsi testamenti non obtinuit, priusquam autem ea quæstio decideretur, alio nuntiante, bona postea vacare constitit. fructus post primam litem absumi non oportuisse, respondi: neque enim ad Senatusconsulti beneficium, scriptum heredem pertinere controuersia mota.

CVius hæc est species: Quidam delator siue accusator bona quædam fisco denuntiauit quasi vacantia, dicens falsum testamentum esse, ex quo, qui hereditatem bona fide possidebat, existimabat, & vero contendebat, se defuncto heredem esse: & in quæstione falsi testamenti non obtinuit re iudicata secundum possessorem in testamento heredem scriptum: pendente autem falsi testamenti cognitione, necdum finita, alius quidã delator, eadem bona fisco denuntiauit quasi vacantia non ex causa falsi testamenti, vt prior delator, sed ex alia causa, veluti iniusti, aut rupti testamenti, vel quod incapax aut indignus heres esset scriptus in testamento; & post finitam quæstionem falsi testamenti, in qua, vt diximus, prior delator non obtinuit, hic posterior probauit bona vacare, & obtinuit. Quæritur, ex quo tempore possessor eorum bonorum fructus fisco restituere debeat, vtrum ex die, quo prior lis mota & contestata est, in qua delator siue accusator fisci nomine non obtinuit, an ex die cœptæ posterioris litis, in qua accusator siue delator obtinuit? Est quæstio elegantissima, & responsum valde singulare: Respondet Papinianus, à die, quo prior lis contestata est, quamuis in ea fiscus non obtinuerit, fructus fisco esse restituendos, quos possessor percepit, vel quos cum percipere potuit, non percepit, quia bonæf. possessor post litem contestatam, motamque controuersiam, malæ fidei possessori similis est: post litem contestatam omnes possessores pares sunt, *l. sed etsi lege §. si ante litem, de petit. her. l. 1. C. eod. tit.* Et post motam priorem litem possessori, semper de hereditate, & perpetuo facta controuersia est, nullo intermisso interuallo temporis, quod fuerit vacuum à lite fiscali eorum bonorum causa. Nam finita priore lite, posteriore stringebatur eiusdem fisci nomine, in qua fiscus eum condemnauit. Ergo à die prioris litis, in diem condemnationis secutæ ex posteriore lite, fisco fructus restituere debet. Nam vt ait, beneficium Senatusconsulti, Adriani scilicet, de petitione hereditatis, vt in *d. l. 1.* quod scilicet datur bonæ fidei possessori, vt scilicet fructus consumptos restituere non teneatur, pertinet tantum ad fructus consumptos ante litem motam, non ad consumptos post litem motam, *l. heredem, sup. de iis quib. vt indign. l. certum, C. de rei vind.* Ergo æstimatio fructuum, fisco, qui posteriore iudicio vicit, à tempore prioris iudicij omnimodo præstanda est, quanti in litem iuratum fuerit, quod plerunque immensum & iniquum pretium est: vel si interim possessor ideo fructus absumpserit, quod tempore essent perituri, quanti reuera fuerint, *l. item veniunt §. quod si quis, sup. de petit. hered.* Et hæc est sententia primę partis huius legis. Recte autem posui posteriorem delatorem, non ex eadem causa fisco nuntiasse vacare bona, ex qua agebat prior, sed ex alia, quia ab alio delatum ex eadem causa alius deferre non potuit, *l. si tamen §. vlt. sup. de accus. l. vbi de crimine, C. eod.* nisi prior destiterit, nec peregerit litem, & posterior veniat intra constituta tempora, vel etiam prioris præuaricatione detecta, post legitima tempora, id est, post quadriennium: non enim admittitur post quadriennium, nisi prioris pręuaricationem detexerit, ex *l. 10. de diuers. tempor. præscript.* Posui etiam speciem in bonæ fidei possessore: Nam malæ fidei possessor omnes fructus restituit quocunque tempore perceptos, vel percipiendos ante vel post litem motam, *d. l. heredem, d. l. certum.* Post litem vero motam, vt dixi, omnes possessores pares sunt, quantum attinet ad fructuum restituendorum causam, non in omnibus causis. Nam vt hoc demonstrem duob. exemplis, re, qua de agitur, fato perempta post litem contestatam, bonæf. possessor non præstat fatum & mortalitatem, malæ fidei possessor plerunque eam præstat, *l. illud, sup. de pet. heredit.*

Item possessor non restituit, quod seruus, quo de agitur, ei interim adquisierit ex re sua, malæ fidei possessor & hoc quoque restituit, *l. 20. sup. de rei vindic. l. 1. C. eod. tit. l. per seruum donatum, sup. de adquir. rer domin.*

Ad §. delatoria.

Delatoria opera non esse functum respondi, qui fisci pecuniam, quam alius tenebat, ad sui temporis administrationem pertinere, quamuis probare non potuisset, contendit, quoniam propriam causam egerit.

Delator est, qui agit causam fiscalem spe præmij, quod erat vulgo quadruplum, & inde delatori quadruplatoris nomen. Denique delator est, qui spe præmij agit causam fiscalem, non qui agit causam propriam. Ille delator, si non obtineat, notatur infamia tanquam calumniator & συκοφάντης, *l. 2. in princ. hoc tit. l. nostris, C. de calumniat.* Is, qui propriam agit, si non obtineat, non notatur. Et ideo, vt in hoc §. proponitur, qui detulit, verbi gratia, à curatore Reip. qui sibi in ea administratione Reipubl. successit, detineri pecuniam fiscalem, quæ ad sui temporis administrationem, atque adeo ad suum periculum pertinebat, vt *l. 3. §. 1. inf. de admn. rer. ad ciuit. pert.* nec obtinuit, non habetur pro delatore, nec fit infamis, quia principaliter id sua, non fisci causa fecit. Delator non est, qui protegendæ suæ causæ gratia, aliquid nuntiat, ad fiscum, siue defert, *l. 47. inf. hoc tit.*

Ad l. 8. ad leg. Iul. maiest.

In quæstionibus læsæ maiestatis etiam mulieres audiuntur. Coniurationem denique Sergij Catilinæ (Fuluia) mulier detexit, & M. Tullium Consulem indicium eius instruxit.

Lex 8. *ad leg. Iul. maiest.* docet, non tantum infames, qui plerunque ius accusandi non habent, aut deferendi, vel milites, qui etiam propter sacramentum ius accusandi non habent, vel seruos etiam dominos suos deferentes, hos omnes tamen audiri in quæstionibus læsæ maiestatis, *l. prox. sup.* Sed non hos tantum, sed etiam mulieres, vt ait, quæ alias causas deferre non possunt, *l. deferre, inf. de iure fisci.* causam læsæ maiestatis deferre posse, & in ea audiri propter publicam vtilitatem. Et ita Papinianus hoc loco scribit, Fuluiam mulierem detexisse coniurationem Sergij Catilinæ, & M. Tullium Consulem indicium, id est, delationem eius mulieris instruxisse, & edocuisse insidias paratas Reip. *Iulia*, habent, non *Fuluia*, Florentini, & Dorotheus auctor τῦ πλάτους, & Gratianus 15. *q. 3.* vt in veterib. libris scriptum est, *Iulia* pro *Fuluia*. Sed *Fuluia* esse rectius & verius præter Sallustium, Annæus Seneca siue Florus ostendit libro 4. *Tanti*, inquit, *sceleris indicium per Fuluiā emersit.* Et Plutarchus in Cicerone: τοῦτο φουλβία γυνὴ ἐπήγγειλε τῷ Κικέρωνι: Et Appianus 2. *de bell. ciuil.* φουλβία οὐκ ἀφανὴς ἐμήνυε τῷ Κικέρωνι. οὐκ ἀφανὴς legendum, id est, *non ignobilis mulier*, non οὐκ ἀφανές; nam & Plutarchus ait, fuisse τῶν ἐπιφανῶν, & Sallustius nobilem mulierem, quod Grammatici male accipiunt in malam partem, quasi nobile scortum.

Ad l. 12. ad leg. Cornel. de fals.

Cum falsi reus ante crimen illatum aut sententiam dictam vita decedit, cessante Cornelia, quod scelere quæsitum est, heredi non relinquitur.

Sicut in *l. 8. de public. & vectigal.* supra dixit idem Papinianus, *fraudati vectigalis crimen ad heredem transmitti commissi ratione*, id est, ratione rerum fisco commissarum, quæ ad heredem peruenerunt, etiamsi ea de re non sit actū cum defuncto, vel condemnatus ob eam rem defunctus non sit, vt puta, si vita decessit ante illatum crimen aut sententiam dictam. Ita falsi crimen mortuo falsario *ante crimen illatum*, id est, ante accusationem, vel post accusationem, ante condemnationem hoc loco ait, ad heredem transmitti, sed ratione tantum lucri, quod ex eo scelere defunctus fecit, & transtulit ad heredem. Nam quod scelere quæsitum est, semper heredi etiam innocenti fiscus aufert, *l. Lucius, inf. de iure fisci, l. in heredem, sup. de calumniat. l. quod diximus §. vlt. sup. de eo, quod metus causa*, ne heres scelere alieno ditetur, vt ait *l. vnica, C. ex delict. defunct. in quant. hered. conuen.* Crimen quidem ipsum falsi extinguitur morte falsarij, & pœna l. Corneliæ non transmittitur ad heredem eius, quod hoc loco significat his verbis, *cessante Cornelia*, sed turpe lucrum heredi aufertur. Quod & in omnibus criminibus generaliter obtinet, *l. defuncto, de publ. iud. l. sicuti, de reg. iur.* si plures sint heredes, singulis eius, quod scelere quæsitum est, portiones auferuntur, nisi id totum vnus ex heredibus subripuerit aliis, vt in *d. l. 8. de publ.* quæ cum hac lege commodissime coniungi potest. Hic est finis huius libri 13.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XIV. Responsorum Æmilij Papiniani.

Ad leg. pen. de his, quæ vt indign.

Si gener socerum heredem reliquerit, taciti fideicommissi suspitionem sola ratio paternæ affectionis non admittit.



Huius legis verba hæc sunt, quod sequitur, ex Claudij notis ad 30. librum D. Scæuolæ huius tit. l. vlt. est. Et vulgo male, ex ijs duabus legibus conficitur vna. Basilica eas diuiserunt rectissime. Species autem l. penult. hæc est. Maritus cum per leges ei non liceret vxorem heredem instituere, quia lex Iulia & Papia vxorem ex testamento viri, & contra, virum ex testamento vxoris, solidum capere vetat, ideo non vxorem heredem instituit, quæ est incapax, sed heredem instituit socerum, id est, patrem vxoris. Quæritur, an sola institutio soceri sit iusta præsumptio taciti fideicommissi à socero vxori relicti in fraudem legis Iuliæ & Papiæ, cui facile illudi poterat per tacita fideicommissa & clancularia? Videtur præsumptio taciti fideicommissi duci posse ex adfectione soceri erga filiam, affectione paterna, qua motus socer induci potuerit ad fidem tacitam interponendam restituendæ hereditatis filiæ. Præsumptio hæc facit, vt non tam videatur pater reipsa heres generi, quam administer taciti fideicommissi. Et sane si hoc probaretur manifestissimis probationibus, vt exigit *l. 3. §. tacita, inf. de iure fisci.* socerum tacitam fidem interposuisse restituendæ hereditatis filiæ, cuius ea est incapax, socero sane, vt indigno hereditatem fiscus auferre posset, *l. 1. C. de iis, qui se def. lib. 10.* Verum recte ait Papinianus, ex eo solo non duci iustam præsumptionem taciti fidei-

commiſſi, leuiſſimum id argumentum, leuiſſimam præſumptionem eſſe & obſcuriſſimam, non manifeſtiſſimã. *Sola*, inquit, *ratio paternæ affectionis erga filiam*, quæ nupſit teſtatori, *non admittit*, non inducit, *ſuſpicionem taciti fideicommiſſi*. Et ita hanc legem ſecundo loco accipit Accurſius recte, & eam quoque eodem modo enarrant & explicant Baſilica: fere ita: quamuis vxorem heredem inſtituere non poſſim, tamen ſi partem eius heredem inſtituero, non ideo induco ſuſpicionem legati, aut fideicommiſſi vxori inutiliter relicti, in fraudem ſcilicet legis Iuliæ & Papiæ. Itaque tacito fideicommiſſo probando non ſufficiunt quælibet præſumptiones, ſed manifeſtiſſimæ requiruntur ſemper, quoties ex præſumptionibus, indiciis, coniecturis, argumentis extrinſecus probationes adſumuntur, *l. 3. §. præterea, de ſuſpect. tut. l. pen. C. de contr. & committ. ſtip.* Et certæ, inquam, præſumptiones ac iure proditæ & probatæ, *l. indicia, C. de rei vindic. l. cum citra, C. de iur. dot.* Quod eſt maxime notandũ. Nã non præſumptio ſufficit, quã quis ſibi adfingit vel adũbrat, ſed præſũptio, de qua nominatim mentio fit in iure, nec enim liberum nobis eſt comminiſci præſumptiones, aut coniecturas: huiuſmodi autem præſumptiones quas requirimus, nemo eſt, qui non videat, quam non ſit promptum, & facile præſtare. Ideoque recte etiam Quintilianus ſcribens de tacitis fideicommiſſis declamat. 325. ait, *natura eſſe difficile tacitum fideicommiſſum probare*.

Ad l. 11. de adſign. libert.

Alimentorum cauſa libertos filiis attributos, filiis adſignandos non videri reſpondi. cùm ea ratione libertis conſuli patronus voluerit, quo facilius voluntatis emolumentum conſequatur ſaluo iure communi.

SCiendum eſt, patronum, qui plures liberos habet in poteſtate, ſi vni ex eis libertum, vel libertos ſuos adſignarit, ad eum ſolum, cui adſignati ſunt liberti, ius patronatus pertinere, quod potiſſimum conſiſtit in hereditate bonorumue poſſeſſione liberti, excluſis fratribus, quibus adſignati non ſunt. Nec enim fratres aliter admittuntur ad bona liberti fratri adſignati, quam ſi is frater repudiauerit, vel omiſerit ſucceſſionem liberti, aut capitis libertum ſibi adſignatum accuſarit, aut ſine liberis vita deceſſerit. Nec enim ad extraneos heredes tranſmittit libertos ſibi adſignatos, fratribus ſuperſtitibus, ſed ad liberos tantum. Quod & verba Senatuſconſulti demonſtrant propoſiti initio legis 1. h. tit. & §. *ſed is cui, ead. l. & l. 3. §. ſi capitis, de bon. libert.* vbi Accurſius rectiſſime notauit, quoniam vitiatus eſt contextus vulgo, atque etiam in Florentinis, alias ita legi, *alter frater cui adſignatus non eſt poteſt ſuccedere, &c.* Eam ſcripturam & ipſa iuris ratio, & Baſilic. aperte veriſſimam eſſe demonſtrant. At Senatuſconſultum propoſitum in *l. 1. huius tit.* non hunc tantum caſum excipit, ſi is cui adſignatus eſt libertus, ſine liberis vita deceſſerit, ſed & generaliter, ſi is cui adſignatus eſt libertus, in ciuitate eſſe deſierit, vt puta, ſi in inſulam deportatus fuerit, nullis relictis liberis & fratrib. ſuperſtitibus. Nam & hoc caſu ſuperſtites eius liberi excludunt patruos, & retinent libertos paternos, licet pater per deportationem amiſſa ciuitate ad peregrinitatem redactus fuerit, & ſubierit magnam capitis deminutionem: deportato auferuntur bona, etiam ſi habeat liberos: liberti conſeruantur liberis, & iura patronatus igitur, *l. eorum, inf. ad leg. Iul. maieſt. l. 4. ſup. de iure patr. l. 4. §. ſi deportatus, de bonis libert.* Verum huic ſententiæ valde obſtat *l. 3. ſup. de interd. & releg.* quæ ait, eum qui ciuitatem amiſit, veluti deportatum, liberis ſuis non tantũ adimere hereditatem ſuam, quam fiſcus occupat, ſed etiam libertos ſuos. Verum obſeruandum eſt, eam leg. 3. ſcriptam eſſe ab Alpheno vetere Iuriſconſulto ſecundum ſtrictam rationem iuris, quæ olim obtinuit, & viuo Alpheno. Nam hoc iure liberi eius, qui ciuitatem amiſit, veluti deportati, retinent tantum ea quæ à genere eis tribuuntur, vel ſtirpe, & à ciuitate, & à rerum natura, veluti legitimas hereditates conſanguineorum vel agnatorum, atque tutelas eas retinent, quas accipiunt à maioribus, non à patre, id eſt, à genere & ſtirpe; verum non retinent ea, quæ à patre ad eos peruentura erant, ſi deportatus non fuiſſet: non retinent bona vel legitimam hereditatem patris: non retinent legitimam hereditatem libertorum paternorum, nec in hac cauſa deportatus mortuo comparatur, ſicut nec in ſpecie *l. intercidit, de condit. & demonſtr. l. ſed & ſi mors, de donat. inter vir. l. ex ea §. in inſulam, de verb. oblig.* Nõ in omnibus cauſis deportatus mortuo comparatur, in hac cauſa nullo modo, ſecundum rigorem iuris. Mortuo enim patri ſuo fato vtique liberi heredes exiſterent, libertiſque paternis: patre deportato non item. Et hæc quidem in libertis ita ſe habent ſummo iure, vt dixi, veteri iure, de quo Alphenus ſcripſit: ſed poſtea benigne placuit, vt liberi hereditatem legitimam, non patris quidem, quoniam bona patris deportati publicantur, ſed liberti, vel libertorum paternorum retinerent. Idque placuit ſupradicto Senatuſc. quod proponitur in *d. l. 1. hoc tit.* vt apertiſſime demonſtrant illa verba, *vtique ſi ex liberis, quis in ciuitate eſſe deſiiſſet, neque ei liberi vlli eſſent.* Quæ verba ſatis oſtendunt eum, qui deſijt eſſe in ciuitate, libertos, quos ipſe habuit non adimere. Deinde benigniſſime, vt ait *l. 4. ſup. de iure patron.* Seuero & Antonino placuit, vt etiam liberti eius, qui perduellionis damnatus eſſet, quod eſt omnium maximum crimen, liberis eius conſeruaretur: hoc in illis benigne conſtitutum eſt, in his benigniſſime, quoniam vel in crimine perduellionis, iuris rigor obſeruandus eſſe videbatur: qui tamen remittitur, quod ad libertos attinet, ſiue iura patronatus libertorum perduellis & condemnati ex ea cauſa. Ego hic libenter quæſierim, quid opus fuerit Senatuſc. quo adprobaretur adſignatio liberti vel libertorum facta vni ex liberis? Senatuſconſultum factum fuit Claudij Imperatoris temporibus. Cur ante Claudium? Ante SC. non licuit patri libertum adſignare vni ex filiis remotis fratribus? Ratio hæc fuit, quia vt pacto mutari non poteſt ius legitimum hereditatum, *l. vlt. inf. de ſuis & legit. hered.* ita nec teſtamento: quod non poteſt fieri pacto, nec teſtamento, & è contrario, *l. pactum, ſup. de pact.* quod non inſtrumento, nec teſtamento, vt ecce, nemo teſtamento ſuo efficere poteſt, quo minus ſe mortuo filij ſui ſibi inuicem, id eſt, fratres fratribus ab inteſtato ſuccedant. Ac ſimiliter non poteſt efficere, ne poſt mortem ſuam, liberto ſuo inteſtato defuncto, ei liberto omnes liberi ab inteſtato ſuccedant. Ius enim commune, quod vocat Papin. in hac lege, ius publicum hoc eſt, cui derogare teſtator non potuit, *l. 15. §. 1. ad leg. Falcid.* quod tamen agit, qui vni ex liberis libertum ſuum adſignat, vt is ſolus excluſis fratribus ad liberti hereditatem vel bona admittatur: & ideo SC. opus fuit, quo ea adſignatio comprobaretur, id eſt, quo permitteretur teſtatori derogare iuri communi, & iuri patronatus, quod ab inteſtato commune eſt omnibus liberis patroni. Ius igitur SC. huius ſingulare eſt. Qua de cauſa & in *l. vlt. §. vlt. h. tit.* ait Iuriſc. diligenter eſſe obſeruandum finem SC. nam ius ſingulare, quod recedit à iure communi, ſtrictius accipiendum eſt. quamobrem ait, non poſſe libertum adſignari in diem certum, ſed debere adſignari in perpetuum. Quoniam Senatus, inquit, huic negotio finem propoſuit, quem ſequi oportet ſtricte & deſtricte. Quem finem? Vt ſcilicet is, cui adſignatus eſt libertus, in eum diem iura patronatus ſolus obtineret, quod deſineret eſſe in ciuitate, vel morte naturali,

vel deportatione, quod maxime notandum est. In hac A autem l. 11. vni ex filiis, cui liberti attributi sunt alimentorum causa, id est, vt is alimenta libertis præstaret, erogaret, distribueret, quæ patronus eis relinquebat, ei, inquam, filio hoc modo non videri adsignatos libertos. Nam adsignatio libertorum fit filij causa: hæc autem libertorum attributio fit libertorum causa, vt habeant à quo alimenta percipiant & petant, nec à singulis petendo destringantur, vt ait *l. 3. de alim. leg. Ils seroient trop empeschez*, si à singulis heredibus, vel à singulis filiis minutatim cogantur alimenta petere: melius est, habere vnum à quo solo alimenta petant, quam destringi petendo à singulis, vt in *l. vlt. rempub. salu. fore.* & apud Ann. Florum eleganter, *eos, qui per insidias volunt capere vrbem aliquam, prius vrbem destringere incendiis: pour les empescher à esteindre le feu.* proinde aliud B est adsignare libertum simpliciter, aliud adsignare alimentorum causa. quæ est sententia huius legis: adsignare, & attribuere idem est: adsignare nomina in *l. vlt. de distrah. pign.* attribuere nomina in *l. 3. fam. ercisc.* sequitur *l. 3. de manumiss.*

Ad l. 3. de manumiss. quæ seruis ad vniuersit. &c.

Seruus ciuitatis iure manumissus, non ademptum peculium retinet, ideoque debitor ei soluendo liberatur.

NEmo est, qui nesciat, seruum priuati hominis, manumissum inter viuos, retinere peculium, C quod habuit, si ademptum non sit, nec necessarium est, vt nominatim ei côcedatur, satis est si non adimatur, videtur ei data libertas simul & peculium, quod habuit, *l. vn. C. de pec. eius qui libert. meruit. §. peculiũ, Institut. de leg.* vt & hæc lex 3. ostendit, idem esse in seruo ciuitatis iure manumisso. Iure, id est, decreto ordinis, & auctoritate Præsidis, vt *l. 1. & l. 2. C. de seruis Reipublic. man. Seruus ciuitatis,* inquit, *iure manumissus inter viuos retinet peculium, quod ei Respub. non adimit.* Ex quo efficit, debitorem peculiarem ei recte soluere, soluendo liberari, nec quod soluit condicere posse: quod vsque adeo verum est, vt etsi ademptum sit manumisso peculium, debitor peculiaris ei soluendo liberetur, si modo ignorauit ademptum ei esse peculium: quod Accur- D sius hic notauit recte. concesso peculio aut non adempto, quod idem est, nullus est labor, quoniam in confesso est, omnib. debitorem peculiarem ei soluendo liberari. Et obseruandum, nos loqui tantum de manumisso inter viuos. Nam manumisso testamento non videtur concessum peculium, quod non est ademptum, nisi nominatim legatum sit, *d. l. vnica.* Et ratio differentiæ euidens est: quia qui manumittit inter viuos, neque peculium sibi retinet aut recipit, neque in alium transfert: ergo manumisso relinquere videtur. At qui manumittit testamento, id transferre videtur in heredem suum, cum vniuerso iure, si id nominatim manumisso non legauerit.

Ad l. 51. de man. testam.

Testamento centurio seruos suos venire prohibuit, ac petit prout quisque meruisset eos manumitti, libertates vtiliter datas, respondit, cum si nemo seruorum offenderit, omnes ad libertatem peruenire possunt, quibus per offensam exclusis, residui in libertatem perueniunt.

MIles seruos suos alienari prohibuit ab herede in testamento, & rogauit heredem, vt prout quisque eorum promeruisset, eos seruos manumitteret. Quæritur, an his verbis, iure sit data eis fideicommissaria libertas. dubitationem facit, quia placet testamento seruis libertates dare nominatim, §. *libertas, Instit. de leg.* quod esse ex l. Fusia Caninia Vlpian. scribit *lib. reg. tit. 1.* & Paulus 4. *sent. tit. vlt.* Qua de causa & quid sit nominatim explicatur in *l. 24. & 47. hoc tit.* quia scilicet in testamentis nominatim manumittere licet, & in testamento etiam militis hoc locum habuisse argumentum præbet §. *incertis, Instit. de leg.* qui ne militem quidem ait, incertæ personæ potuisse legare, & incerta quodammodo est, cuius nomen non adscribitur. In specie proposita nomina seruorum non sunt expressa. Et ideo quæritur, an sint eis vtiliter datæ libertates? At quod eadem lege Caninia cautum erat, ne quis testamento omnes seruos suos manumitteret, nõ habuisse locum in testamento militis hic locus arguit, quo proponitur centurio seruos suos, prout quisque meruisset, heredem testamento manumitti iussisse: atque adeo omnibus dicitur deberi libertas fideicommissaria, si omnes bene meriti sint de herede, aut non male meriti, quod satis est, non indigni libertate. Omnib. videtur data libertas contra Caniniam legem: non habuit igitur locum in testamento militis. Si tamen non omnes bene meriti sint de herede: ait, bene meritos, aut non male meritos tantum esse manumittendos, indignos & immerentes repellendos. Quæ autem omnibus generaliter testamento militis, vel cuiuscunque, quanquam non cuiuscũque vtiliter per legem Caniniam, sed militis tantum, quę, inquam, omnibus generaliter testamento videtur dari libertas, satis videtur dari nominatim, *l. Titius, sup. de lib. & post.* In hac igitur specie, iure data est libertas, quia data est omnib. quæ omnibus iure dari potuit à milite, & quia etiam à milite dari debuit nominatim, & nominatim data intelligitur, quæ data est toti familiæ, si modo promeruisset heredem.

Ad §. cum ita.

Cum ita testamento adscriptum esset, serui, qui sine offensa fuerunt liberi sunto, conditionem adscriptam videri, placuit, cuius interpretationem talem faciendam, vt de his in libertate danda cogitasse non videatur, quos pœna coercuit, aut ab honore ministrandi, vel administrandæ rei negotio remouit.

SVperius responsum est de fideicommissaria: hoc vero de directa libertate data testamento, hoc modo: *serui, qui sine offensa fuerunt, liberi sunto,* id est, qui quamdiu vixi sine offensa fuerunt, qui me non offenderunt, contra quos offensus non fui: sic accipienda sunt ea verba testatoris, *serui, qui sine offensa fuerunt, liberi sunto:* verba illa, *liberi sunto,* sunt directa: & præterea libertas, quæ data est superiori responso, est pura. quoniam hæc verba, quæ diriguntur ad heredem scriptum, *prout quisque meruerit,* pro boni viri arbitrio accipiuntur, *l. fideicõmissaria, 3. §. 1. tit. seq. l. 20. hoc tit. l. 11. §. sed etsi, de leg. 3.* Boni viri autem arbitrium est certum, nec inest E ei vlla mora vel conditio, sed statim est certum, sicut æquitas est certa, cuius magister est bonus vir, *l. 1. de leg. 2.* Hæc autem manumissio, *serui, qui sine offensa fuerunt, liberi sunto,* conditionalis est, vt ait, quia hæc ei iniecta esse conditio intelligitur, *si me testatorem non offenderunt.* Et ideo hi tantum vocantur ad libertatem, qui non offenderunt testatorem, non cæteri qui offenderunt: & definit, qui offendisse intelliguntur, qui locus est singularis. Offendisse dominum intelliguntur, quos pœna coarguit, quos vinxit compedibus pœnæ causa, quos compunxit notis pœnę causa, qui στιγματίαι dicuntur, & à Tertulliano *subuerbusti, qui ont flestris au visage,* vt Galli loquuntur, non stigmi, vt Alciatus tentat. Nam stigmi non dicitur à stigmate, sed ab ordine quodam, serie, versu. Offendisse etiam dominum is

dicitur,

dicitur, quem dominus remouit à dispensatione & actu rerum, administratione rerum suarum, id est, quem noluit amplius esse actorem rerum suarum, qui erat summus honor in familia. Offendisse etiam dominum intelligitur is, quem remouit ab honore ministrandi, honor est accumbenti domino ministrare cibos aut pocula, aut stare ad cyathum, vel prægustatorem esse, qui locus est singularis.

Ad l. 2. ne de statu def. post quinq. quær.

Non esse libertatis quæstionem filiis inferendam, propter matris vel patris memoriam, post quinquennium à morte non retractatam conuenit. Nec in ea re, quæ publicam tutelam meruit, pupillis agentibus restitutionis auxilium tribuendum est, quod quinque annorum tempus, cum tutores non haberet, excesserit. Præscriptio quinque annorum, quæ statum defunctorum tuetur, specie litis ante mortem illatæ non fit irrita, si veterem causam, desistente, qui mouit, longo silentio finitam probetur.

Senatusconsultum, de quo agitur in *h. t. ne de statu defunctorum post quinquennium quæratur*, quod factum esse opinor D. Marci temporibus, præscriptione quinquennii repellit eum, qui post quinquennium quam defunctus est, qui vt liber in diem mortis vixit sine controuersia, sine interpellatione, de statu capitis quæstionem mouet, adserens eum non ingenuum, sed aut seruum suum, aut libertinum fuisse. Qua de re non agit quidem, nec agere potest principaliter in defunctum, quia cum defuncto nulla est lis. In defunctum liberale iudicium non est, *l. principaliter, C. de lib. caus.* Sed agit de ea re propter aliam causam, veluti propter peculium siue bona, quæ defunctus reliquit, quæ ad se tanquam dominum aut patronum eius pertinere contendit, vel propter filios eius: Finge, defunctam esse matrem, propter cuius conditionem asserat, filios ex ea natos seruos suos esse, quod mater sua esset ancilla: & auditur quidem post mortem matris intra quinquennium, non post quinquennium, nisi seruus fugitiuus fuerit, qui se pro libero gesserit, vt Athenio & Spartacus duces seruilis belli, *l. vlt. C. eod. tit. l. 1. C. de long. temp. præscript. quæ pro lib.* Nam de fugitiui statu quæri potest etiam post quinquennium mortis eius, & post vicennium, *d. l. vlt.* At si seruus fugitiuus non fuerit, qui communi opinione dum vixit pro libero habitus est, & agat de statu L. Titij viuentis, quasi filij defuncti: fac, matrem L. Titij mortuam in ciuitate ante quinquennium, quam dicis ancillam tuam, atque adeo L. Titium filium eius, seruum tuum fuisse, tibi agenti de statu L. Titij viuentis post quinquennium mortis matris, ne præiudicium fiat matris statui, obstat quinquennij præscriptio, quia non potest quæri de statu L. Titij viuentis, quin & de statu quæratur matris eius defunctæ ante quinquennium, *l. 2. C. eod. tit.* Et hoc est quod ait, *non esse libertatis quæstionem filiis inferendam*, hoc est, non esse filios petendos in seruitutem, *propter matris memoriam*, quæ dicitur fuisse ancilla petitoris, videlicet, si hoc intendat petitor post quinquennium mortis matris, quæ communi opinione vixit semper vt libera. Et additur in hac lege, *vel patris, propter matris, vel patris memoriam*, quæ verba, *vel patris*, prima specie videntur abundare, quia non à patre, sed à matre seruitutem trahimus, aut libertatem, & sicut natus ex libero & ancilla seruus est, quod constat inter omnes, *l. partum, C. de rei vind.* ita natus ex seruo & libera, liber est, spectata conditione matris, non patris, *l. Seuerus, inf. de decur. l. 1. C. de mulier. quæ se prop. ser. iunxer. §. 1. Institut. de ingen.* quia natus ex seruo & libera habetur pro spurio, siue vulgo quæsito, hoc est, nato incerto patre. Nã ser-

A uus incertus homo est, ac pene nullus iure ciuili: vt ergo natus ex incerto patre, non matre, quæ nunquam potest esse incerta, sequitur conditionem matris, quæ certior est parens: ita natus ex seruo incerto homine & libera, pro spurio habetur, *l. 3. C. sol. matrim. l. 6. C. de suis & legit hered.* Si igitur semper spectanda est conditio matris, siue fuerit libera siue serua, cur hic Papin. de patris conditione mentionem iniecit? *propter matris*, inquit, *vel patris memoriam*, & conditionem scilicet, vt *l. 2. C. eod.* ait, propter matris conditionem, nec addit vel patris. At vt hoc expediamus, dico, vt ex seruo & libera liber nascatur, hoc esse ex constitutione Alexandri Seueri introductum fauore libertatis, *d. l. Seuerus, de decur.* cuius Imperatoris tempora, non attigit Papinianus. Nam iure veteri ex seruo & libera natus, B deterioris parentis conditionem & memoriam sequebatur: sicut & ex peregrino & ciue Romana natus, vt Vlp. scribit *lib. regul.* Cui iuri prorsus simile est illud, quod in legib. Niuernensium exprimitur his verbis, *le mauuais emporte le bon*, id est, *nati sequuntur deteriorem conditionem parentis.* Nam vt hoc magis atque magis probem, & quod hodie placet, natum ex ea, quæ libera concepit, ancilla peperit, liberum esse, spectato conceptionis potius quam partionis siue editionis tempore: id olim non obtinuit. hodie obtinet ex constit. & extortum dicitur fauore libertatis à Paulo *2. Sentent. tit. de lib. agnosc.* Iure enim veteri tempus editionis tantum spectabatur, non conceptionis, *l. 9. ad municip.* & Caius 1. *Instit.* hodie etiam conceptionis tempus fauo- C re libertatis, *l. 5. de statu hom.* vbi placuit, Principibus scilicet. Nam aliud erat iure veteri. Quod autem additur in hac lege, valde singulare est: nec pupillos, qui intra quinquennium de statu defuncti agere supersederunt, etiamsi ideo supersederint, quod tutores non haberent, restitui posse in integrum aduersus præscriptionem quinquennij, vt post quinquennium à morte, ea de re agant, quia libertas, vt ait, publicam tutelam meretur aduersus omnes, nec mirum, cum dicatur libertas esse res publica, *l. si quis rogatus, sup. de fideic. libert.* vnde quod *publicæ vtilitatis gratia* in *l. si hereditas §. vlt. de test. tut.* in eadem specie est, *libertatis gratia, l. etsi non adscripta, C. de fideic. libert.* vnde & olim cuilibet agere licuit pro libertate cuiuslibet, vt est in *Instit.* D *tit. de iis per quos agere poss.* Tit. Liuius. 3. *In iis, qui adseruntur in libertatem, quiuis lege agere potest*, id est, publica actio est. Pupillorum etiam fauor est magnus, *d. l. si hereditas §. vlt. l. 3. §. præterea, de susp. tut. l. 1. §. vlt. sup. de vsur. l. pen. C. de necess. seru. l. pen. C. de ser. pign. dat. manum.* Et pupillorum causa sicuti libertatum etiam publicam tutelam & curam mereri dicitur, *l. 2. sup. qui pet. tut. l. 2. §. tractari, ad Tertull. l. 19. C. Theod. de decur.* sed præponderat & præualet libertatis fauor, quia libertatum causa ad multo plures pertinet, eique posthabetur pupillorum causa, & pupillis etiam hac in re Respublica comparatur *l. si mater, C. ne de statu def.* & fiscus, *l. 1. in prin. hoc tit.* vt eis non subueniatur E post quinquennium, vt aduersus eos omnes præscriptio quinquennij currat, nec aduersus eam restitui possint in integrum: & si in pupillis hoc iuris est, & in minoribus XXV. annis multo magis idem dicendum erit: si in hac causa non parcitur pupillis, nec puberibus igitur minoribus 25. annis. Neque obstat *l. vlt. C. in quib. caus. in integ. rest. non est necess.* quam adfert Accursius, quæ ipso iure tuetur minores aduersus præscriptiones omnes temporum, quoniam, vt breue faciam, ea lex loquitur de præscriptionibus, aduersus quas minorib. solebat tribui auxilium restitutionis in integrum: at aduersus hanc præscriptionem quinquennii, non potuit tribui auxilium restitutionis in integrum. Præterea notandum est huic præscriptioni quinquennii locum non esse, si ante mortem eius, de cuius statu quæritur, lis

mota fuerit, quoniam peragetur post mortem propter causam euictionis, vel propter causam bonorum, aut propter causam filiorum defuncti, *l. 3. C. eod. tit. l. 2. C. de adsert. toll.* excepto vno casu, nisi qui mouit litem viuenti, antequam is moreretur, ab ea destiterit, & longo silentio sopita ea lis fuerit, quoniam nec mota fuisse intelligitur hoc casu, *l. 10. inf. de diu. temp. præscr.* Et hoc est quod ait in hac lege, *præscriptio quinquennorũ, quæ statum defunctorum tuetur, &c.*

Ad l. 13. quib. ex caus. in possess. eatur.

Ad cognitionem Imperatorum à præside prouinciæ remissus, & si in cæteris litibus Romæ defendere se non cogitur, tamen in prouincia defendendus est. Nam & exilio temporario puniti, si defensor non existat, bona vaneunt.

PRæses prouinciæ causam aliquam remisit ad cognitionem Imperatoris, in vrbem, forte ex appellatione, vt in *l. 22. & 26. inf. de appell.* an in vrbem quum venerit, qui appellauit, & remissus est ad Principem, cogitur se in vrbe defendere, nõ in hac lite tantũ, sed & in cæteris omnibus, si in vrbe conueniatur à creditoribus? Et ait, non cogi, sed in ea tantũ re se defendere cogitur, quæ remissa est ad Principẽ, idque patet ex *l. 2. §. ei quoque, sup. de iud.* Verũ in cæteris litibus, etiã si sit in vrbe, defendendus est in prouincia, vbi domicilium habet, aut si non defendatur per procuratorem, creditores possunt mitti in possessionem bonorum, & bona distrahere, vt in *l. 1. inf. eum qui appell. in prou. def.* Nam vt subiicit, & damnatus exilio temporario, puta, relegatus ad tempus, vel qui exilii causa solum verterit, vt erat expressum in edicto prætoris, vt Quintiana ostendit, si non defendatur in prouincia, vbi domicilium habet, bona eius væneunt, quia imputatur ei quod procuratorem aut defensorem, quem potuit relinquere, non reliquerit, *l. Papin. de minor. l. sed et si per Prætorem §. 1. ex quib. caus. maior.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XV. Responsorum Æmilij Papiniani.

Ad l. 29. de test. tut.

Ex sententia SC. Liboniani, tutor non erit, qui se testamento pupillo tutorem scripsit. Cum autem patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non esset, nec admittendam excusationem, quam iure publico habebat: quoniam promisisse videbatur, nec vt suspectum remoueri.

CErtum est ex Senatusconsulto Liboniano, facto Tiberij Imperatoris temporib. teneri quasi falsarium, licet falsarius non sit, pœna legis Corneliæ de falsis, nisi veniam à Principe, vel senatu impetrauerit eum, qui alienum testamentum scripsit dictante testatore, si hereditatem, vel legatum, vel fideicommissum sibi adscripserit, quamuis id iussu testatoris fecerit, idque etiam sibi inutiliter adscripserit, quoniam pro non scripto est quod quis sibi adscribit in alieno testamento, *l. 1. inf. de iis, quæ pro non scrip. hab.* SCtum loquitur de hereditate tantũ, & legato, & fideicommisso & libertate, quod quis sibi adscripsit, cum adhibitus esset ad scribendum alienum testa-

A mentum. Sed ex sententia Senatusconsulti idem iuris est, si scriptor testamenti, cum esset ex liberis testatoris, sibi adscripserit adsignationem liberti, *l. 22. §. qui libert. ad leg. Cornel. de fals.* Ex sententia, inquam, Senatusconsulti, non ex verbis, quia adsignatio liberti, neque legatum, neque fideicommissum est, *l. 7. inf. de adsignat. lib.* Et similiter ex sententia Senatusconsulti tenetur scriptor testamenti alieni, qui sibi adscripsit mortis causa capionem, vt puta, qui legato alij relicto adscripsit conditionem sibi dandæ pecuniæ, qua pecunia demum data peruenit ad legatum legatarius, & capi dicitur ea pecunia mortis causa, quæ datur conditionis implendę gratia. Ergo ex sententia Senatusconsulti tenetur etiam is, qui legato alii relicto adscribit conditionẽ sibi dandę
B pecuniæ certæ, hoc est, qui sibi abscribit mortis causa capionem, *d. l. 22. §. pen.* Ex sententia, inquam, Senatusconsulti, non ex verbis, quia mortis causa capio, neque legatum, neque fideicommissum est, sed proprie quædam capiendi species, quæ commune nomen mortis causa capionis, fecit suum proprium, *l. 31. de mort. caus. donat. l. 8. inf. si quis omiss. cau. test.* Ex sententia etiam Senatusconsulti hoc loco ostenditur, teneri scriptorem alieni testamenti, qui & in iure sæpe dicitur testamentarius, id est, scriptor alieni testamẽti, & ennomio in glos. Phyloxeni. Teneri, inquam, testamentarium (ex sententia dico Senatusconsulti) qui sibi adscribit tutelam filij impuberis testatoris. Ex sententia, non ex verbis, quoniam & tutela, legatum aut fideicommissum pecunia-
C rium non est: ergo sicut legatum sibi abscribit inutiliter, ita & tutelam. Denique ex testamento tutor esse non potest, præterquam (hic enim casus est excipiendus) si testator ipse manu sua specialiter declarauerit, se eum tutorem esse velle, aut probare quæcunque is scripsisset, se dictante his verbis, *quod Luc. Titio dictaui, & recognoui.* Hoc casu tutor dabitur non ex testamento quidem protinus ipso, sed ex confirmatione, & decreto prætoris, vel Præsidis, quoniam prius inquirendum est, an sit idoneus, *l. vxori §. 1. inf. ad l. Cornel. de fals.* nam & hoc casu, qui sibi adscripsit legatum, legatum capit, quum testator specialiter subscripsit, *quod illi dictaui & recognoui, l. 1. §. inter, & l. 15. §. plane, eod. tit.* Tutor autem tum maxime dabitur ex inquisitione, decreto Prętoris vel Præsidis in casu excepto, quum eodem testamento
D alij tutores pupillo instituti non sunt: nam si cum eo alij sint in testamento tutores instituti siue dati, facilius ille curator dabitur & adiungetur aliis tutoribus, quam tutor, quoniam semper datiua tutela testamentariæ cedit, vt & de legitima tutela dicitur in *l. 9. §. 1. inf. de tut. & rat. distr.* Et qui confirmatur tutor testamento datus, datiuus est, non testamentarius proprie, *l. 5. tit. seq.* Et de huiusmodi casu, quem excipiendum esse diximus, ita respondit Papinian. hoc loco, *vt propter specialem subscriptionem testatoris, cum alij tutores dati sunt, & is, qui se tutorem cum aliis scripsit tutoribus curator adiungatur ex inquisitione.* Et adiicit: *Eum hoc casu, qui se tutorẽ scripsit, nulla excusatione vti posse, etiamsi quam habeat probatam iure publico, vel propter numerum liberorũ,*
E *vel propter aliam iustam causam, nullo modo potest se excusare à tutela, quã sibi adscripsit, excusationẽ, quam habuit, amittit.* In summario Bartoli ad hanc legẽ corrupte *executionem amittit*, pro *amittit excusationem.* Cur vero excusationem amittit, quam habuit iure communi, iure publico? quia promisisse, inquit, videtur, id est, fidẽ patri dedisse, se eam tutelã administraturũ, & cõsensisse voluntati patris, qui se eo iubente tutorem scripsit. Certũ autẽ est eos, qui patri promiserũt, se tutelã administraturos, nulla ratione excusari posse, *l. 15.* quę incipit *σπάδοντα §. 1. inf. de excus. tut.* Nuda igitur promissio aufert ius excusationis: nuda promissio, amissio excusationis est. Nec obstat *l. quũ quis decedẽs 30. in princ. inf. de leg. 3.* quã hic obiicit Accursius. Ex qua hoc tantũ efficitur,

ex nuda promiſſione, vel profeſſione actionem non naſci. Si quis, vt enarrem ſpeciem breuiter, rem ſuam ſibi legatam, quod legatum eſt inutile, & à ſe per fideicommiſſum alij relictam in iure profiteatur, ſe fideicommiſſario præſtiturum, & nihil facturum contra voluntatem defuncti: nam ea profeſſio nullam fideicommiſſario actionem parit, ſicut nec, vt rectiſſime Bartolus notauit, ſi quis rem meam me conſentiente alij legauerit, is conſenſus nullam legatario actionem parit, conſenſus me non obligat ad rem meam alij præſtandam, quia nudus conſenſus eſt. Hoc efficitur ex *d. l. quum quis decedens.* ergo nihil efficitur, quod pugnet cum hoc reſponſo, in quo hoc tantum dicitur, nudam promiſſionem promittenti adimere ius excuſationis, quod habuit ex iure publico. Vtrumque eſt verum, & quod hic & illic dicitur, nec aduerſum alij aliud. Pergamus igitur ad alia. B Addit in hac lege, non poſſe etiam eum, qui ſe tutorem ſcripſit, remoueri à tutela, vel cura vt ſuſpectum: Quum ſpeciali ſubſcriptione teſtator omnia probauit, quæ dictauit ei, & omnia recognouit, vt diximus ante: videbatur poſſe remoueri vt ſuſpectus, quod vltro videatur affectaſſe tutelam: imo non vltro affectauit, ſed iubente teſtatore, ac deinde etiam manu ſua ſubſcribente, & factum approbante. Suſpectus dicitur, qui operam ſuam ingerit inuito, *l. qui omnia* §. *1. de procurat.* inuito, non qui volenti. Et hæc eſt ſententia *h. l.*

Ad l. vlt. ſi quis al. teſta. prohib.

Virum qui non per vim nec dolum, quo minus vxor contra eum, mutata voluntate, codicillos faceret, interceſſerat, ſed (vt fieri adſolet) offenſam ægræ mulieris maritali ſermone placauerat: in crimen non incidiſſe reſpondi, nec ei, quod teſtamento fuerat datum, offerendum. C

CErtum eſt ex conſtitutione Adriani, de qua in hoc titulo agitur, coërceri crimen prohibiti per vim aut dolum, vel extorti teſtamenti, aut codicilli. Quomodo? nimirum à fiſco ablata hereditate vel legato, vel fideicommiſſo, veluti indignis, vt ait *l. 2. C. eod. tit.* veluti indignis eis, quibus teſtamento relictum eſt aliquid, videlicet ſi per vim vel dolum teſtatorem prohibuerint mutare teſtamentum in quo aliquid eis relictũ eſt: vel ſi prohibuerint teſtatorem facere codicillos, quibus adimere volebat relictum his legatum aut fideicommiſſum, ſi per vim aut dolum id egerint, ne hoc perficeret teſtator, forte dum ſcriptorem teſtamenti vel codicillorum, quem teſtator adſciuit, vel teſtes, quos rogauit, eximunt aut morantur, vel ludificantur quo minus veniant: merito iis vt indignis fiſcus aufert, quod relictum eſt, quia ſupremam defuncti voluntatem non habent: crimen eſt, ſi interueniat vis aut dolus, non ſi blanditiæ, aut illecebræ. Nam blanditiis, non prohibemur elicere hominum voluntates, benignitatem, προθυμίας. Et ideo ſi maritus, quæ eſt ſpecies huius legis, cui quid vxor teſtamento legauit, vxore legatum ei adimere volente, non vi adhibita, ereptis teſtibus aut erepto, vel expulſo teſtamentario, non dolo malo, veluti doloſis perſuaſionibus, aut calliditate quadam, mota, aut impedimento aliquo obiecto teſtibus vel teſtamentario, ne venirent, ne introirent, ſed maritali ſermone, vt ait, vtque ex hoc ipſo loco eſt ſcriptum in *l. vlt. C. eod.* hoc eſt, blando ſermone vxorem ægram animi & offenſam atque infenſam ſibi placauerit, atque ita effecerit, ne quod decreuerat, ad effectum perduceret, puta, ne mutaret voluntatem, ne codicillis legatum adimeret: hoc vero ait extra crimen eſſe, nec ob eam rem marito legatum eſſe auferendum vt indigno. in aliis pleriſque cauſis blanditiæ maritales vel vxoriæ cohibentur & reprimuntur, *l. 1. C. Theod. de inf. pœnis cæl.* veluti lege Iulia & Papia, quæ virum & vxorem A inter ſe ſolidum capere vetat, & lege Solonis recepta iure ciuili populi Romani, quę non vult inter virum & vxorem conſiſtere factas donationes. His legibus ſane cohibentur blanditiæ maritales, alioquin in immenſum donaret alter alteri, & in ſolidum bona ſua relinqueret alteri, ſed in ſpecie propoſita, non eſt quod blanditiæ, aut cohibeantur aut reprimantur.

Ad l. 18. de his quæ vt indign.

Eum, qui tacitum fideicommiſſum in fraudem legis ſuſcepit, eos quoque fructus quos ante litem motam percepit cogendum reſtituere reſpondi, quod bonæ fidei poſſeſſor fuiſſe non videtur, exemplo bonorum fiſco vindicatorum, poſt motam de tacito fideicommiſſo controuerſiam, ante pretia fructuum percepta cum vſuris eſſe reſtituenda reſpondi, ſed omnium fructuum, quorum pretia percepta fuerant. quod ſi fructus in vſu habuit, eorum pretia tantum reſtitui ſatis erit. Sed Diuus Seuerus bonorum tacite relictorum, citra diſtinctionem temporis, fructus duntaxat deberi, nõ etiam vſuras eorum benigne decreuit, quo iure vtimur.

IN hac lege ſunt tria reſponſa de tacitis fideicommiſſis, in primo reſponſo idem oſtenditur fere, quod in proximo ſuperiore: malę fidei poſſeſſorem omnes fructus debere reſtituere petentibus hereditatem, etiam eos, quos ante litem motam percepit, aut percipere potuit. Et ideo heredem, qui tacitam fidem interpoſuit, C tacitumue miniſterium ſuſcepit in fraudem legum incapaci reſtituendæ hereditatis, quia prædo & malæ fidei poſſeſſor eſt, *l. prædonis, ſup. de petit. hered.* fiſco cum hereditariis bonis etiam fructus debere reſtituere ante litem motam perceptos, aut conſumptorum fructuum pretia, *exemplo*, inquit, *bonorum fiſco vindicatorum*, id eſt, ſicut bona fiſco vindicantur ex cauſa taciti fideicommiſſi, ita & eorum bonorum fructus, etiam qui percepti ſunt ante motam litem. Quod autem ſequitur in hoc ipſo reſponſo, *poſt motam de tacito fideicommiſſo controuerſiam*, eſt etiam de fructibus perceptis ante motam litem: & his verbis *poſt motam controuerſiam*, hoc tantum ſignificatur, à tempore litis conteſtatæ, pretiorum, quæ percepit ante litem conteſtatam, D diſtractis fructibus, venditis fructibus, & in ſortem redactis cuiuſcunque generis fructus fuerint, quoniam ait, omnium fructuum, vſuras præſtare heredem à tempore litis conteſtatæ, qui tacitam fidem interpoſuit, vt in fraudem legis incapaci hereditatem reſtitueret: à tempore, inquam, litis conteſtatæ. Eius vero temporis quod præceſſit litis conteſtationem vſuras nullas præſtare; creſcit mala fides ex litis conteſtatione & contumacia poſſeſſoris fiſco non reſtituentis hereditatem, & vſurarum quoque additamento plectitur: & dixi, diſtractis fructibus, quia ſi is heres fructus non diſtraxerit, ſed in vſu ſuo habuerit & conſumpſerit, nec eos E in æs redegerit, ſatis eſt fructuum ante litem motam conſumptorum pretia reſtitui ſine vſuris pretiorum. Et hoc quidem ipſo iure ita ſe habet. Itaque ſe reſpondiſſe Papinianus ſcribit ante decretum Seueri, quod ſubiicit: nam poſtea Seuerus ſpecialiter in caſu propoſito, id eſt, fiſco bona tacite relicta vindicante ſatis habuit, *citra diſtinctionem temporis*, hoc eſt, non ſolum ante tempus litis conteſtatæ, ſed & poſt litem conteſtatam, pretia fructuum, qui venierunt ante litem conteſtatam, ſola fiſco reſtitui ſine vſuris, id eſt, nec vſuras deberi à tempore litis conteſtatæ, ſicut nec eius temporis quod præceſſit litis conteſtationem. Idque vt ait, Seuerus, ita benigne decreuit in gratiam heredum fiſco ſuo non fauens. Nec pugnat cum hoc decreto lex, *cum quidam* §. *in tacito, ſup. de vſur.* quæ heredi, quę

tacitam fidem accommodauit, dicit, auferri vsurarum emolumentum, quia de vsuris loquitur, quas heres percepit à debitoribus hereditariis, non de vsuris fructuum distractorum. Quia vero id tantum, benigne, vt ait, Seuerus decreuit in causa taciti fideicommissi: & quod benigne decretum est in vna causa, ad consequentias trahi non oportet, *l. qui negotia, mādati.* ideo illo casu excepto, alias regulariter statuimus, si agatur petitione hereditatis, malæfidei possessorem à die litis contestatæ pretia fructuum ante litem percepta cum vsuris debere restituere, etiamsi ex ea pecunia locupletior factus non sit, quia hi fructus auxerunt hereditatem. Et perinde ac cætera bona in hereditatis petitionem veniunt, id est, petita hereditate, & ipsi principaliter petiti videntur, vel pretia eorum, *l. 1. C. eod. tit. l. item veniunt §. fructus, l. illud §. prædo, l. heres furiosi, §. vlt. sup. de pet. hered. l. 2. C. eod. tit.* Et ideo eorum fructuum vel pretiorum, quæ ex iis redacta sunt, quia petiti intelliguntur petita hereditate quasi pars hereditatis, vsuræ eorum fructuum officio iudicis in petitionem hereditatis accedunt, quasi fructuum principaliter petitorum fructus. In petitionem hereditatis, inquam, non in condictionem fructuum specialem, vel in specialem in rem actionem, *d. l. 2. l. neque, sup. de vsur.* Et rationem diuersitatis inter actiones memini me latius exponere lib. *2. ad d. l. heres furiosi §. vlt.* quam differentiam actionū etiam recte obseruauit Accursius in *d. l. neque.* Et hæc de fructibus perceptis ante litem contestatam à malæ fidei possessore. Post litem vero contestatam fructibus aut pretiis fructuum perceptis, quoniam hi fructus petiti non sunt, qui nondum erant in rerum natura, nec principaliter venerunt in iudicium petitionis hereditatis, accedunt officio iudicis: si accedunt, ergo eorum vsuræ non prȩstantur, quia accessionis accessio esse non potest, *d. l. heres furiosi, §. vlt. d. l. neque.* accessio rei principalis est accessio, hoc est, rei petitæ principaliter, qualisqualis ea res sit, non accessionis. Et hæc de malæ fidei possessore. Bonæ fidei possessor (vt hoc quoque exponamus, quamuis prætermittatur à Papiniano) fructuum aut pretiorum consumptorum ante litem contestatam, nec ex tempore litis contestatæ vsuras præstat, quia nec fructus ipsos, nec pretia eorum præstat, sed eos tantum fructus, quibus locupletior factus est, quibus adoleuit ante litem, & ex die litis motæ, eorum vsuras, quibus auctior & locupletior factus est, vsuras ex die litis contestatæ. *l. 1. C. de pet. hered. l. illud §. in bonæ fidei, & d. l. heres furisi, eod. tit.* Post litem vero contestatam, quod ad fructuum rationem attinet, qui percipiuntur post litem, idem iuris est in bonæ fidei & malæ fidei possessore, *l. sed etsi lege, §. si ante, de pet. hered. l. 38. de iur. fisci.* In distractis quoque rebus hereditariis ante litem motam Vlpianus hanc differentiam inducit, interpretans *l. 1. C. de his quæ vt indig.* in *l. item veniunt §. cæterum, de pet. hered.* Quod ex die distractionis rerū hereditariarum, iam non loquimur de fructib. sed de corporib. siue prædiis hereditariis, aut de rebus immobilibus: quod, inquam, ex die distractionis, ex die distractarum rerum hereditariarum, quæ seruari poterant, malæ fidei possessor vsuras præstat ex die venditionis, vel res ipsas, atque fructus earum, si hoc malit actor, vel quanti in litem actor iurauerit, qui omnimodo vult res sibi restitui & fructus earum. Rerū autem distractarum, quæ seruando seruari non poterant, quæ onerabant magis hereditatem quam fructui essent, malæ fidei possessor vsuras præstat ex die tantum litis contestatæ. Et ita accipit Vlpianus *d. l. 1. C. eod. tit.* Bonæ fidei autem possessor omnium rerum, si locuples factus sit, præstat vsuras ex die tantum litis contestatæ, nunquam ex die venditionis, *l. 1. C. de pet. hered.* Et hȩc est huius quæstionis summa definitio.

Ad §. bonis.

Bonis vniuersis ex causa taciti fideicommissi fisco restitutis, heredem onus æris alieni non spectare conuenit: nec aliud seruatur morte non defensa. Si quid tamen ob aditam hereditatem, actionibus aut seruitutibus confusis, amiserit, auxilio restitutionis non merebitur.

IN secundo responso h. l. ostenditur, hereditatem ob causam taciti fideicommissi fisco vindicari cum onere æris alieni, onera æris alieni sequi fiscum, qui aufert hereditatem, quia fiscus heredis locum obtinet, fiscus est heres re, non nomine: heres scriptus, qui tacitam fidem accommodauit, heres est nomine, non re, quia qui semel adeundo extitit heres, non desinit esse heres, licet ei vt indigno auferatur hereditas, siue emolumentum omne hereditatis, *l. ex facto §. vlt. sup. de vulg. & pup. subst.* Et adiicit Papinianus in hoc secundo responso idem seruati, si fisco hereditas vindicetur ob causam inultæ necis defuncti, heredi erepta hereditate veluti ab ingrato & indigno, quod non vindicarit necem defuncti, quæ causa confiscandorum bonorum iustissima est, quondam etiam publico Francorum conuentu probata secundum leges Romanas, vt nominatim scribit Aimonius monachus hist. Francor. 4. ca. 28. *Secundum leges Romanas*, inquit., *quæ sanciunt paterna hereditate decidere eos, qui interfecti non vindicant necem.* Et ex hac quoque causa, vt diximus, bona in fiscum rediguntur cum onere æris alieni, eadem ratione, quia fiscus successor est vniuersi iuris, & heredis vicem obtinet, idcirco respondere debet omnibus creditoribus hereditariis. Excipitur tantum æs alienum, quod defunctus debuit heredi, qui postea indignus pronuntiatus est. Id enim quod heredi debuit aditione hereditatis confusum est & extinctum, nec euicta hereditate à fisco heredi restitui actionem, sicut nec seruitutem prædiorum aditione confusam, æquum est, quoniam malæ fidei possessor est, qui tacitam fidem accommodauit, vel qui sciens non est vltus necem defuncti: bonæ fidei possessori confusæ actiones & seruitutes restaurarentur, restituerentur & redintegrarentur, *l. prox. sup. l. propter §. 1. de Senatusc. Syllan. l. eius §. vlt. de iure fisci.*

Ad §. vltimum.

Pro parte heres institutus, prædij legatum acceperat, & in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat. quanquam legatum pro ipsius parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret, tamen ei prædium integrum esse relinquēdum respondi. neque enim rationem iuris ac possessionis varietatem inducere diuisionem voluntatis.

TEstator Lucio Titio heredi instituto ex parte fundum prælegauit. nemo est, qui nesciat prȩlegati ius hoc esse, vt pars eius possideatur pro herede, pars pro legato, id est, vt diuerso iure capiatur, partim iure hereditario, partim iure legati, *l. in quartam, ad l. Falcid.* At si pars hereditatis L. Titio auferatur vt indigno ex causa taciti fideicommissi: Quæritur, an etiam ei auferatur pars fundi prælegati, quam iure hereditario possidere videtur? Et respondet, nullam partem fundi ei auferri, quia ablata portione hereditatis, iam non iure prælegati, sed iure legati totum fundum habere videtur, vt extraneus, non vt heres, quia nec pro herede instituto habetur, qui non sui, sed incapacis gratia institutus est, vt ei mox restitueret bona. Fiscus igitur auferet, quia & tacitam fidem L. Titius accommodauit tantum in hereditate, id est, in portione hereditatis, non in legato; alioquin & legatum fiscus auferret.

Quum quis rogatur, quod maxime notandum eſt, portionem reſtituere ſimpliciter & abſolute, etiam prælegatum totum fideicommiſſo continetur: cum portionem hereditatis rogatur reſtituere, non continetur fideicommiſſo pars prælegati, quæ à coherede iure legati capitur, *l. Marcellus* §. *quidam. l. in fideicommiſſariam* §. *vlt. ad Treb. l. filium quem, C. fam. erc.* Itaque in propoſita ſpecie recte definit Papinianus, *rationem iuris ac varietatem poſſeſſionis*, vt ait, quod ſcil. diuerſo iure capi videatur prælegatum, partim hereditario iure, partim iure legati, euicta portione hereditatis, eam rationem iuris, ac varietatem, & eam ſubtilitatem iuris *non inducere diuiſionem voluntatis*, id eſt, non ſcindere legatum, ſed integrum legatum L. Titio eſſe præſtandum, ſicut eueniret, ſi nullo dato tacito fideicommiſſo L. Titius vltro repudiaſſet portionem hereditatis, non prælegatum: nam & hoc caſu totum prælegatum conſequeretur, *l. 17. §. vlt. & l. 18. l. quæſitum* §. *duobus*, *ſup. de leg. 1. l. cum reſpon. C. de leg.* quia ſeparare voluit L. Titius hereditatem à legato, hereditatem reſpuere, legatum amplecti. Aliud tamen dicendum eſt, ſi L. Titius ante aditam vel repudiatam hereditatem, dum deliberat, vita deceſſiſſet, quoniam hoc caſu totum prælegatum non transmitteret in heredem, ſed partem tantum, quæ à coherede capitur iure legati, quia mortuus eſt priuſquam ſepararet hereditatem à legato, *l. miles* §. *vlt. de leg. 2.* Poſt hanc legem 18. male huic libro tribuitur *l. Caius de manum ff.* quam Baſilica rectius indicant eſſe Pauli non Papiniani, & lex quoque ipſa, illo loco: *Paulus reſpondit*: & non eſſe Papiniani etiam ex eo patet, quod lex quæ præcedit *legem Caius*, ſit ex definitionibus Papiniani, & definitiones non ſolent præcedere reſponſa Papiniani, ſed ſubſequi, hic eſt ordo Pandectarum. Itaque omiſſa hac lege tranſitum faciamus ad *l. 2. de iure aur. annul.* Sed priuſquam ad eam legem veniamus, quæ eſt *de iure aur. annulorum*, quæ nobis ex ordine ſuggeritur, apertius explicabo, quod habemus in *l. 18. §. vlt. de his, quib. vt indign.* dum ait in ſpecie propoſita §. *vlt. rationem iuris ac varietatem poſſeſſionis non inducere diuiſionem voluntatis.* Hæc verba faciamus dilucidiora. heredi ex parte prælegato fundo, ratio iuris inducit varietatem poſſeſſionis, & varietas poſſeſſionis inducit diuiſionem voluntatis. *ratio iuris*, quia ſc. pro parte hereditaria eius, cui fundus legatus eſt, legatum inutile eſt, quaſi heredi à ſemetipſo relictum, quaſi à ſeipſo ſibiipſi debitum; quod fieri nequit, vt quiſquam ſibiipſi quicquam debeat, *l. legatum*, §. *1. de leg. 1.* Hæc ratio iuris inducit varietatem poſſeſſionis, id eſt, efficit, vt partem prælegati is heres poſſideat iure legati, partem iure hereditario, non iure legati, quia pro parte legatum non conſiſtit. Et rurſus hæc varietas poſſeſſionis inducit diuiſionem voluntatis teſtatoris, qui totum fundum ad heredem peruenire voluit iure legati, quia pars tantum ad eum peruenit iure legati, non etiam pars altera. Verum portione hereditatis heredi ablata ex cauſa taciti fideicommiſſi, ceſſat illa ratio iuris, quia non capit aut non retinet portionem hereditatis, atque adeo ceſſat varietas poſſeſſionis, & conſequenter indiuiſa voluntate teſtatoris, indiuiſoque legato totus fundus capitur iure legati, nec redigitur in fiſcum, quia heres tacitam fidem interpoſuit in portione hereditatis tantum, non in legato. Et fideicommiſſo quidem portionis hereditariæ capaci relicto vtiliter, ſane nec fideicommiſſo totum legatum contineretur, ſed pars hereditaria tantum, *l. in fideicommiſſariam* §. *vlt. ad Treb.* aut imputaretur in Falcidiam, *l. filium quem*, *C. fam. erc. l. in quartam, ad l. Falcid.* at fideicommiſſo portionis hereditariæ incapaci tacite relicto, quod fiſcus eripit, nulla pars legati fideicommiſſo continetur, quia heres ſcriptus, cui aufertur portio hereditatis, totum fundum capit iure legati, vt extraneus, nec iam vt heres, quia non eſt heres cum re, ſicut ſi vltro repudiaſſet por-

A tionem hereditatis. Et ita hæc verba illius legis ſunt explicanda. His verbis nihil videtur eſſe apertius. nunc veniamus ad *l. 2. de iur. aur. annul.*

Ad l. 2. de iure aur. annul.

Intra quinque annos pro ingenuitate ſententia dicta, reſciſſa fuerat. victum annulorum aureorum beneficium, quod ante ſententiam pro ingenuitate dictam acceperit, ac depoſuit, non retinuiſſe reſpondi.

Dicta pro ingenuitate ſententia ſciente patrono, pro veritate habetur, & ingenuum facit eum, qui ingenuus pronuntiatus eſt, *l. ingenuum, ſup. de ſtatu hom.*
B Sed ſi poſtea probetur, de ingenuitate actum per colluſionem, & colludente ac præuaricante aduerſario, pronuntiatum, eum fuiſſe ingenuum, cauſa ingenuitatis denuo retractari poteſt intra quinquennium, non poſt quinquennium, *l. pen. inf. ſi ing. eſſe dic. l. 29. §. vlt. de lib. cau.* Intra quinquennium vero retractari poteſt, ſi viuat is, qui ante ingenuus pronuntiatus eſt, luſorie agente aduerſario: ſi viuat, inquam, non etiam poſt mortem eius: imo & viuo eo, quæ cœpit retractari cauſa ingenuitatis extinguitur, ſi moriatur pendente cognitione, ex oratione D. Marci, *l. 1. §. ſed interdum*, *inf. ne de ſtat. defunct.* Et quod dicitur, de ſtatu defunctorum poſſe quæri intra quinquennium mortis cuiuſque, verum eſt, ſi is vixerit vt liber communi opinione hominum
C tantum, non etiam ſi liber & ingenuus pronuntiatus ſit: nam huius ſtatus poſt mortem reuocari in dubium nullo vnquam tempore poteſt: dum viuit, in dubium reuocari poteſt intra quinquennium retractata eadem cauſa, ex iuſta aliqua cauſa, vt puta, ſicut dixi, ſi priore iudicio per colluſionem ingenuus pronuntiatus ſit, *l. 2. inf. de colluſ. deteg.* Hoc cognito, fac retractata cauſa ingenuitatis, ſententiam pro ingenuitate olim dictam fuiſſe reſciſſam intra quinquennium, eo, qui ingenuus pronuntiatus fuerat priore iudicio, poſteriore iudicio pronuntiato libertino, aliquo detegente colluſionem prioris iudicij, quoniam quilibet admittitur ad colluſionem detegendam, *d. l. 2. §. vlt.* quæritur, an ſi hic, qui poſteriore iudicio, reſciſſo priore libertinus pronuntiatus eſt, & redditus ſuæ conditioni priſtinæ, an ſi ante ſententiam priorem pro ingenuitate dictam, habuerit
D ius aureorum annulorum, an libertinitati ſuæ, reddatur cum eodem iure aureorum annulorum, quod habuit ante? Et reſpondet, eum reſtitui libertinitati, non iuri, non honori, non beneficio aurei annuli, hac ratione: quia, vt ait, *ius aureorum annulorum depoſuit*, id eſt, eo honore ſe abdicauit, affectata ingenuitate, atque adeo ſæpe fit, vt qui captat plus, quam ſibi iure competat, id etiam amittat quod iure ſibi competit, vt in ſpecie *l. 16. de iis, quibus vt indign.* qui non iure captat aſſem, & ſemiſſem amittit, qui ei iure competebat. Quo argumento poſſumus vti quotidie in cauſis pleriſque. Et vero in hac l. 2. pridem ſe ita reſpódiſſe Papinianus ait. reſpondit autem libro 1. quod extat in *l. 1. huius tituli*, vbi
E & eadem ratione dicitur, eum, qui ingenuus pronuntiatus eſt, poſtea reſciſſa pronuntiatione, iudicio acto de integro, non admitti ad legatum alimentorum, quod libertis patronus reliquerat. reſtitui quidem libertinitati, ſed non reſtitui commodo libertinitatis, quia eo ſe abſtinuiſſe intelligitur affectata ingenuitate.

Ad l. 53. de fideiuſſoribus.

Capitis rei poſtulati fideiuſſores, ex contractu citra vllam præſcriptionem à creditore, qui reum poſtulauit, recte conueniuntur.

SEntentia hæc est: Creditorem, si debitorem suum reum fecerit capitis, & pendente cognitione criminis capitalis cum eo agat ex crediti causa, repelli à debitore præscriptione huiusmodi (hæc erit formula.) *Quod me in maius periculum vocaueris amittendorum omnium bonorum meorum*, quasi dicat, *non est æquum te reposcere pecuniam debitam pendente iudicio capitali, qui hoc agis, vt omnia mea bona publicentur.* Debitor ergo hac exceptione vti potest. Quæritur, an ex persona debitoris eadem exceptione fideiussor eius vti possit? Et respondet, non posse, quia ipse fideiussor etiam de suo capite non periclitatur: & est admodum singulare responsum. Cui non obstat *l. ex persona, sup. hoc tit. l. omnes, de except.* quia non hoc definiunt aut volunt, omnem exceptionem, quæ debitori competit, & fideiussori competere. Hoc enim est falsum, sed exceptionem, quæcunque fideiussori competit ex persona debitoris, etiam inuito debitore competere fideiussori, veluti exceptionem doli mali, *l. 16. hoc tit. l. fideiussori, sup. de donat.* non tamen omnis exceptio, quæ debitori competit, & fideiussori competit, non quæ cohæret personæ debitoris, vel rei, qua de agitur, *l. 7. sup. de except.* non exceptio, si non bonis cesserit, quum debitor cessit bonis, *§. vlt. Institut. de replic.* Non etiam in hac specie exceptio hæc, quam aliter concipiamus, eodem sensu tamen, si non in ea causa sit debitor, vt capitis deminutionem & bonorum ademptionem patiatur. Hæc exceptio dabitur debitori reo postulato capitis, non fideiussori eius: nam & capitis deminutione ademptis bonis debitor liberatur, fideiussor non liberatur, *l. 1. C. de fideiuss. l. 11. C. de except.* de capitis reo est etiam ex eodem libro *l. pen. de accus.* quam breuiter explicabimus.

Ad l. pen. de accus.

Capitis reus, suspenso crimine, causam fisco deferre non prohibetur.

DAmnatus capitis, quod certum est, causam fisco deferre non potest, non est iustus delator, *l. 18. de iure fisci.* At capitis postulatus tantum, nondum damnatus, *suspenso crimine*, deferre causam fiscalem non prohibetur, sibi nouos honores petere prohibetur, *l. reus, inf. de muneríb. & honor. l. 1. C. de reis post. lib. 10.* fisco causam deferre non prohibetur, quandiu est in reatu, nec dum damnatus, & hoc loco, suspenso crimine dicit, vt *l. propter, de Senatusc. Syllan.* quod suspensa cognitione, *l. Papin. §. 1. de adquir. hered. l. pen. C. de crim. expil. heredit.* ante euentum cognitionis, *l. pater §. ex quadrante, de doli except.*

Ad l. penult. de publ. iud.

Accusatore defuncto, res ab alio, iudicante præside prouinciæ peragi potest. Ad crimen iudicij publici persequendum frustra procurator interuenit: multoque magis ad defendendum, sed excusationes absentium ex Senatusconsulto iudicibus allegantur, & si iustam rationem habeant, sententia differtur.

PRimum ostendit, defuncto accusatore, non reo (nam morte rei extinguitur crimen, *l. defuncto, sup. h. tit.* rem ab alio apud eundem iudicem peragi posse, an & reum? an defuncto accusatore & res & reus apud eundem iudicem peragi potest? Sic videtur, licet mortuo accusatore reus abolitionem impetrauerit, vt nomen eius eximeretur numero reorum: nam & post abolitionem impetratam reus repeti potest eiusdem criminis, intra 30. dies vtiles à die impetratæ abolitionis, *l. 3. §. vlt. l. si tamen §. vlt. tit. seq.* hoc est apertissimum. At sequitur aliud in hac lege, *ad crimen publici iudicij persequendum* A *frustra procuratorem interuenire*, hoc est, *accusationem criminis publici iudicij per se instituendam, per procuratorem institui non posse.* ciuiliter agimus per procuratorem recte, criminaliter haud recte, *l. 1. inf. an per alium caus. appell. l. tunc conuenit, C. de accus. l. 2. C. ad leg. Fabiam, de plag. l. 16. ad l. Cornel. de fals. l. vlt. C. vbi Senatores vel clar.* Paulus 5. Sentent. *Crimen*, inquit, *quod vindictæ, aut calumniæ iudicium expectat, per alios intendi non potest.* Et cum dixisset Papinianus, ad accusandum iudicio publico frustra procuratorem dari, adiicit, multo magis ad defendendum eum, qui reus postulatur iudicio publico. Cur ait, *multo magis?* Quia scilicet præsentia rei magis, quam actoris necessaria est, vt reus componatur cum testibus, dicimus, *confronté qu'il soit*, & vt ex ore eius & vultu iudex veritatem eruat. B Regula hæc sit: in criminalibus causis, neque ad accusandum, neque ad defendendum procuratorem dari posse, sed causam agi oportere per ipsum accusatorem ipsumque reum. Excipiuntur tantum illustres viri, tam legitimi, quam honorarij, qui non omne quidem criminale iudicium, sed iudicium tantum criminale iniuriarum possunt agere per procuratorem, sed necesse est, initio, vt ipsi si accusent iniuriarum, inscribant in crimen, & condemnatio quoque in eorum persona facienda est, *l. vlt. C. de iniur.* Quod datur etiam in eodem iudicio criminali iniuriarũ Episcopis & Presbyteris in *Nouel. Valentiniani, de Episc. iud.* Additur hoc loco etiam, excusationes absentium reorum vel accusatorum posse allegari per alios, per amicum, per procuratorem voluntarium, quod in idiotismo est, *exonier*, C quod verbum non ex Græco venit, vt quidam somniant, sed ex Barbaro Latino, *exidoneare*, hoc est allegare, cur non sit quis idoneus modo sistendi se in iudicio, cur impediatur venire in ius. Non possumus igitur per procuratorem accusare, vel defendere crimen, sed possumus absentiæ causam allegare, & vt loquuntur, *exidoneare absentem*, & si iustæ causæ videbuntur, sane iudicium differetur, quod Papinianus ait esse ex Senatusconsulto, vt absentia possit excusari per alium, quod ostenditur etiam in *l. inter, sup. hoc tit.* Addo ad Papinianum, in capitalibus criminibus, non in omnibus criminibus, sed in capitalibus tantum, non tantum absentiam posse per alium excusari, sed etiam innocentiam, tota D causa acta per alium, qui suscipiat rei defensionem vltro, sua sponte, sine mandato rei, qui periculi rei commisereatur, quoniam aperte proditum est in *l. seruum §. publice, de procur.* in capitalibus criminibus quemlibet pro absente verba facientem, & innocentiam eius purgantem audiri. Idque esse ordinarium, id est, legitimum & constitutum quoque ab Alexandro Seuero, videlicet in *l. 3. C. de accusat.* Innocentiæ nomen non totam causam criminalem complectitur, sed eam tantum, quæ capitalis est, nec nouum scilicet videri debet: nam & quilibet appellans pro eo, qui ducitur ad supplicium, qui non vult appellare, forte auditur, *l. non tantum, de appellat.* Si auditur, qui appellat pro eo, qui ducitur ad supplicium, suæ salutis nullam rationem habens, cur non audietur etiam, qui paratus est excusare innocentiam absentis, nec reatum quo tenetur curantis, maxime in causa capitali, vt dixi? nam in crimine non capitali non E auditur, qui absentis innocentiam purgare paratus est, *l. miles, §. ea quæ, ad leg. Iul. de adult.* Hoc tantum receptum est in capitalibus criminibus, quia honestum est expedire salutem desperati hominis. Et nihil est præterea in hac lege.

Ad l. 39. ad l. Iul. de adult.

Vim passam mulierem, sententia præsidis prouinciæ continebatur, in l. Iulia de adulteris non commisisse respondi: licet iniuriam suam protegendæ pudicitiæ causa, confestim marito renuntiari prohibuit.

INitio oſtenditur non poſſe adulterij,nec ſtupri accuſari eam, quam vi fuiſſe compreſſam conſtat ex ſententia iudicis, qua forte damnatus eſt raptor: denique non fuiſſe adulteram eam, in quam per vim adulterium commiſſum eſt, quia mens eſt,quæ peccat,non corpus. Nec mutat,vt ſcribit Papinianus, quod mulier eam iniuriam confeſtim viro non renuntiauit, aut ab aliis renuntiari non permiſit. Pudor ei fuit renuntiare, nec quod voluerit poſtea factumque probauerit, videtur celaſſe maritum, ſed vt tegeret, ſiue protegeret pudicitiam ſuam,vt & in Baſil. ἐρυθριῶσα τὸ γεγονός, *ayant honte de ce qui luy eſtoit aduenu.* Recte Epigraphus in Terent. *Veniam fieri tribus modis,vi, caſu,ignorantia.* nihil eſt facilius.

Ad §. nupta.

Nupta quoque muliere, tametſi lenocinij vir prior non poſtuletur, adulterij crimen contra adulterum ab extrario poterit inferri.

IN §. 1. oſtenditur, conſtante matrimonio ab extero quolibet, quoniam hoc crimen publicum eſt,adulterum poſſe adulterij accuſari, etiamſi prius maritum,qui retinet vxorem in matrimonio non poſtularit, vt lenonem,& productorem vxoris ſuæ.De adultero loquitur, quem dicit etiam manente matrimonio ab extraneo poſſe adulterij accuſari, etiam non probato lenocinio mariti,cui eſt adfinis,qui retinet adulteram. De adultera non loquitur, quia etiam aliud iuris eſt in adultera, quæ retinetur in matrimonio, nec poteſt ab extraneo adulterij accuſari, niſi prius extraneus maritum reum fecerit,& arguerit lenocinij,*l. conſtante,ſup.hoc tit.* Quæ differentia inter adulterum & adulteram, proculdubio eſt ex lege Iulia, quæ propter pudorem viri conſtante matrimonio noluit temere traduci mulierem, quam is probat & retinet.Ignominia eſt quædam,& fuit ſemper in ore vulgi,quod & hodie iactatur,vt Artemidorus indicat lib.2.ibi,γυνή σε,&c.Adulteræ igitur,quæ mãſit in matrimonio lex propter virum pepercit, niſi vir leno iudicaretur: adultero autem non pepercit. Rata igitur hæc differentia eſt, ab extraneo adulterum ſtatim etiam conſtante matrimonio accuſari poſſe: adulteram non ante poſſe,quam lenocinium mariti arguatur ab eo, qui vult accuſare adulteram.Verum adnotandum eſt, hodie ex conſtitutione Imperatoris Conſtantini ſublatam eſſe hanc differentiam inter adulterum & adulteram: nam ex ea conſtitutione conſtante matrimonio adulter, vel adultera ab extraneo,vel à propinquo quolibet accuſari non poteſt,*ne ſit in poteſtate, & libidine cuiuſque bene concordantia matrimonia conturbare,& infamare,* ſed ſoluto matrimonio à quolibet publice. Conſtante autem matrimonio adulter,vel adultera non poteſt accuſari, niſi à patre mulieris,vel à fratre, vel à patruo, vel ab auunculo,*l. quamuis,C. eod.tit.* quoniam has quatuor perſonas iuſtus & verus dolor, & familiæ ſuæ dedecus ad accuſationem impellit. Itaque facile admittuntur etiam manente matrimonio. Extraneum autem ad accuſationem impellit,vel odium criminum, vel audacia & proteruia, quæ vtique cohibenda eſt, maxime maritis bene concordibus. Eadem conſtitutio permiſit etiam marito, & id quidem marito in primis, vt conſtante matrimonio vxorem ex ſuſpicione ream faceret adulterij, ex ſuſpicione, inquam, quia deprehenſam,aut damnatam adulterij maritus citra crimen, pœnamque lenocinij in matrimonio retinere non poteſt, ſuſpectam adulterij tamen retinere poteſt,*l. 2. C. eod.* Et ſuſpectam quoque ac retentam accuſare ex eadem conſtitutione poteſt: ante quam tamen olim, neque retentam adulteram maritus accuſare potuit, ne ex ſuſpicione quidem, neque ea retenta adulterum, *l. 11. C. eod. tit. l. miles* §. *volenti, ſup. hoc tit.* qui quidem §. vt & is, qui præcedit, quique ſequitur,eſt accipiendus de marito accuſatore, quem ait, neque retentam accuſare poſſe, neque eum, cum quo ſuſpicatur eam adulterium commiſiſſe,de marito, inquam, accipiendus eſt, non de extraneo: nam extraneus, vt in hoc §.1.oſtenditur, etiam retenta muliere in matrimonio, adulterum accuſare poteſt, maritus neque adulteram,quam retinet, neque adulterum. Et ita quoque eum §.eſſe accipiendum,& *d. l. 11.* argumentum præbent Baſilica,à quibus abeſt *d. l. 11. & d.* §. *volenti.* quod ſint abrogata ea iura conſtitutione Conſtantini,atque etiam Iuſtiniani,ex qua etiam retentam in matrimonio ex ſuſpicione marito accuſare licet,non etiam dimiſſam & reductam,*l. ſi vxor* §. *vlt. hoc tit.* Reduci poteſt,non, quæ deprehenſa vel damnata eſt, ſed quæ ſuſpecta dimiſſa eſt,quæ ſuſpicio & criminatio omnis aboletur, ſi reducatur, vt, quod Poëtæ fingunt,*ſuſpecta adulterij Procris,* vt maritus eius Cephalus ait apud Ouid.

----*Dum cenſus dare me pro nocte,*

non,*promitto*, ſed legendum, *pro nocte.*

----*Muneraque augendo, tandem dubitare coegit.*

Paulo poſt.

Redditur, & dulces (cum Cephalo) *concorditer exigit annos*,7.Metamorphoſ.

Ad §. in matrimonio.

In matrimonio quoque defuncta vxore, vir iure adulterum inter reos recipi poſtulat.

OStenditur in hoc §.etiam mortua muliere in matrimonio ante accuſationem & reatum, maritum intra conſtituta tempora poſſe adulterum, qui ſuperuixit,lege Iulia reum poſtulare. Et ratio hæc eſt, quia crimen commune duorum, quale eſt adulterium mortuo vno, in mortui quidem perſona extinguitur, ſed non etiam in perſona ſuperſtitis, *l. vlt. hoc tit. l. 1. C. ſi reus vel accuſ. mort. fuer.*

Ad §. nupta.

Nupta, prius quam adulter damnetur, adulterij non poſtulatur, ſi nuptias denuntiatio vel ad domum mulieris miſſa non preceſſit.

SEquitur in hoc §. mulierem ex adulterio, quod in priore matrimonio admiſit, poſtquam ſecundo viro nupſit, non poſſe accuſari, antequam adulter conuictus & condemnatus fuerit, vno caſu excepto, ſi nupſerit alteri poſt denuntiationem criminis,non dico poſt accuſationem, ſed poſt denuntiationem criminis: nam hoc caſu etiam ab ipſa accuſator incipere poteſt, poſthabito adultero, quod etiam *l. Iulia* nominatim comprehenſum eſt, *l. 1. l. 2. in pr. l. miles,* § *licet, l. qui vxori, & ſeq. hoc tit. l. ſi dum, C. eod.* Sed ſi ante denuntiationem criminis in priore matrimonio admiſſi,alij nupſerit,accuſator ab adultero incipere,non nuptam iam alij ſtatim inceſſere, ſi vidua permanſerit, in arbitrio eſt accuſatoris, à quo velit incipere, ab adultero,an ab adultera, verũ vtrumque ſimul accuſare non poteſt, vt poſtea demonſtrabimus in §. *duos.* Et notandum, quod hoc loco ſcribit Papinianus, ſatis eſſe denuntiationem criminis fieri, non ad iudicem, ſed ad mulierem, & neceſſe etiam non eſſe denuntiationem fieri in perſonam mulieris, fieri aut mitti poſſe ad domum mulieris voce præconis, vel adfixo libello ad domum, ob portum, vt XII. tabul. loquuntur,quia nemo inuitus de domo ſua extrahitur, vt, vel in ius vocetur, vel aliquid in perſonam eius denuntietur,ſatis eſt denuntiationem fieri ad domum,*l. 4.* §. *toties, de damn. inf.* quæ coniungenda eſt cum *l. 19. & l. 21. de in ius voc. l. 5.* §. *1. quod vi aut clam l. 13. de excuſ. tut. l. 1.*

§.1.de agnosc.lib.l.2.C.de annal. except. In quibus locis omnibus denuntiatio recte fit ad domum, & *l. 1. C. Theod. si certum pet. Nouel. Theodos. 1. de inuasoribus.* Quod sequitur in §. *mulierem*, est apertissimum.

Ad §. mulierem.

Mulierem ob latronum societatem exulare iussam, citra pœnæ metum in matrimonio retineri posse respondi, quia non fuerat adulterij damnata.

MVlier damnata adulterij in matrimonio citra lenocinij crimen & pœnam retineri non potest, hoc est certissimum ex l. Iulia. At damnata quasi latronum socia, impune, vt ait, in matrimonio retineri potest: nam nec ideo habetur pro adultera, quod cum latronibus coierit societatem. Idemque est, si quolibet alio crimine mulier damnata fuerit, cuius pœna non soluat matrimonium, præterquam si crimine adulterij, hæc honeste in matrimonio retineri non potest.

Ad §. præscriptione.

Præscriptione quinque annorum crimen incesti coniunctum adulterio non excluditur.

REgulariter crimina extinguuntur præscriptione xx. annorum, *l. si quis, C. ad leg. Cornel. de fals.* quo iure vtimur hodie omnino, vt post vicennium non audiatur accusator. At crimen adulterij simplicis, quod contractum sit sine incesto, aut sine vi, breuiori tempore constringitur, & l. Iulia non tam fuit seuera, quam par erat adulterij criminis executio: nam & ad accusationem adulterij non admittebantur minores xxv. annis, qui ad alias accusationes admittuntur, & pœna adulterij non erat capitalis, & eludebantur multis præscriptionibus, & multis exceptionibus, *l. ita cordi, C. eod.* & simul ambo mas & fœmina non poterant accusari adulterij, sed ordine accusandi erant, quia forte absolutio prioris, & tacite absoluit alterum, nec interim alter traducitur frustra. Ac præterea ex l. Iulia adulterium simplex in adultero tollitur præscriptione quinquennij continui, in adultera præscriptione sex mensium vtilium. Ita tamen, vt non egrediantur quinquennium continuum, possunt sex menses vtiles siue iudiciarij superare quinquennium, possunt & minus quinquennio contineri, puta, biennio tantum, *l. mariti §. sex mensium, hoc tit. l. 3. C. eod. l. 1. §. accusationem, inf. ad Turpill.* In definienda præscriptione temporis, quo crimen adulterij extingui placuit silentio, lex Iulia fauet adultero minus quam adulteræ, sexui imbecilliori: quia breuior plerunque est præscriptio sex mensium vtilium, quæ datur adulteræ, quam quinquenniorum continuorum, quæ datur adultero. Dixi adulterium simplex: nam adulterium per vim illatum nulla præscriptione perimitur. Adulterium quoque iunctum incesto nulla temporis præscriptione perimitur, quia nec vis, aut incestum simplex vlla præscriptione perimitur, quæ est vna differentia inter adulterium & incestum. adulterium perimitur præscriptione quinquennij, aut sex mensium, incestum non nisi præscriptione vicennij, vt cætera crimina. Notatur etiam alia differentia inter incestum & adulterium in §. *duos & in §. pen. & vlt.*

Ad §. duos. & §. penult.

Duos quidem adulterij, marem & fœminam propter commune crimen, simul non iure, nec à viro postulari conuenit. Cum tamen duobus denuntiatum fuisset, ab eo, qui postea desistere volebat, abolitionem esse necessariam in vtriusque personam respondi.

§. 4. Incesti commune crimen aduersus duos simul intendi potest.

QVod commune crimen incesti aduersus duos simul ab eodem intentari potest: commune autem crimen adulterij aduersus duos ab eodem simul intentari non potest, *l. si maritus 2. §. vlt. l. nihil § vlt. h. tit.* Quod & l. Iulia de pudicitia nominatim cautum fuisse proditum est in *l. reos, C. eod. tit.* Et in hanc rem, ex hoc loco etiam Papiniani auctoritate vtitur Marcianus in *l. 1. §. atqui, inf. ad Senatusc. Turpill.* Ergo vterque mas & fœmina simul accusari, ne iure quidem mariti potest. Cohibuit lex in hac causa nimium accusatoris studium, duos simul deferentis, nec voluit temere ambos traduci, quia prior potest absolui. alia crimina communia simul omnia ab eodem deferri possunt. Sed notanda hic est differentia inter denuntiationem & accusationem: mas & fœmina vterque simul adulterij ab eodem accusari non potest. vtrique tamen crimen denuntiari potest, etiam extra iudicium: & in denuntiatione, atque in accusatione hoc tamen commune est, vt non tantum accusatio, sed etiam denuntiatio, eum, qui desistit ab accusatione, vel denuntiatione, & tergiuersatur, obliget pœnæ Senatusc. Turpilliani, si desistat sine abolitione, id est, sine venia omittendæ accusationis, vel denuntiationis semel inchoatæ. Itaque necessaria est abolitio non tantum in persona accusatoris, sed etiam in persona denuntiatoris nondum progressi ad accusationem. Quod sequitur in hac lege (aliud esse in incesto, quod & aliud est in omnibus criminibus.) incesti commune crimen aduersus duos intentari posse, id Marciani notis tribuitur ad Papinianum in *l. qui pupillam §. vlt. sup. hoc tit.* Summa hæc sit, aut secunda differentia hæc sit, adulterij crimen simul aduersus duos ab eodem intentari non posse: incesti crimen posse. Quæro quid sit dicendum, si iunctum sit incesto adulterium? hoc non definitur hoc loco, sed argumento eorum, quæ ante dicta sunt, & mox dicentur in §. *vlt.* dicemus adulterium incesto coniunctum simul aduersus duos intentari posse, quia quoties duplex est crimen, sumere oportet quod in altero ex duobus iura durius constituerunt: nam & hoc sequimur, & adsumimus in 3. differentia inter adulterium & incestum, proponitur in §. *vltimo.*

Ad §. vlt.

De seruis quæstionem in dominos incesti postulatos, ita demum habendam respondi, si per adulterium incestum esse contractum dicatur.

QVod in crimine adulterij serui torquentur in caput domini, vel dominæ, *l. si postulauerit § haberi, h. tit.* non in crimine incesti, non in crimine stupri, non in aliud quodcunque crimen præterquam maiestatis. hæc igitur est 3. differentia, quod in crimine adulterij serui torquerentur in dominos: in crimine incesti non item, *l. 4. & 17. inf. de quæst. &* in *l. 17.* quæ est ex libro seq. rationem explicabimus. Quid vero si incesto sit iunctum adulterium, an serui torquentur in caput domini? Et in §. *vlt.* torqueri posse ostenditur, vt in *l. si quis viduam, inf. de quæst.* nam quoties iuncta sunt crimina, id vt diximus adsumimus, quod in alterutro durius constitutum est, sicut in præscriptione temporis, §. *præscriptione, sup.* & in duobus reis simul postulandis. Quod diximus de incestu seruos torqueri non posse in dominos, pugnare videtur cum eo, quod M. Tullius scribit in Milone his verbis: *de seruis nulla lege quæstio est in dominum nisi de incestu*, vt fuit in Clodium, inquit, quoniam incestum illud fuit etiam adulterium, vt idem M. Tullius ait, *in puluinaribus sanctissimis comprehensum fuisse.* Et semper adsumimus,

adſumimus, quod in alterutro crimine durius eſt recepum, vel conſtitutum. A

Ad l.13. ad l. Cornel. de falſ.

Falſi nominis vel cognominis adſeueratio, pœna falſi coercetur.

INitio huius l.3. oſtenditur, falſi nominis vel cognominis adſeuerationem lege Cornelia quaſi falſum coerceri, puta, ſi quis falſum ſibi nomen, vel cognomen impoſuerit in fraudem alterius, vt Græci interpretes ſupplent rectiſſime, Ἐπὶ βλάβῃ τινὸς ἢ ἀπάτῃ. & Paulus 5. *Sent. eod. tit.* quo quid alienum interciperet vel poſſideret: nam ſine fraude & captione alterius liber homo non prohibetur ſibi mutare, nomen, *l.1. C. de mut. nom.* ſicut nec ſcutorum δείγματα, quæ ſic vocat Vegetius, *digmata*. Domus Franciæ mutauit ſæpius digmata. Primum enim habuit tres coronas, non bufones: deinde lilia innumera, & poſtremo ex conſtit. Caroli Sexti lilia tantum tria. Quo exemplo & vnuſquiſque ſibi poteſt mutare digma, ſine fraude alterius poteſt ſibi mutare nomen, & ſcuti ſui digma. Seruus autem homo huius rei arbiter non eſt: ſeruus non eſt dominus ſui nominis: ſeruus ſibi mutare nomen inuito domino non poteſt ſine iniuria domini, *d.l.1.* Plautus in Milite glorioſo. B

Iniuria eſt, inquit, *falſum nomen poſſidere, Philocomaſium poſtulas; at iſtud non decet, & meo adeo hero iniuriam facis.* Denique iniuriam domino facit, qui ſeruo mutat nomen vel qui ſeruus ipſe ſibi mutat nomen.

Ad §. ordine.

Ordine decurionum decem annis aduocatum motum, qui falſum inſtrumentum cognoſcente præſide recitauit, poſt finem temporis dignitatem reſpondi recuperare, quoniam in Corneliam falſo recitato, non facto, non incidit. Eadem ratione plebeium ob eandem cauſam exilio temporario punitum, decurionem poſt reditum recte creari.

QVæritur hoc loco, an lege Cornelia falſi reus ſit aduocatus, qui Præſide prouinciæ ſedente pro tribunali & cauſas cognoſcente, ſciens prudenſque apud eum falſum inſtrumentum recitauit, quod acceperat à ſuſcepto, id eſt, à cliente ſuo, cuius cauſam defendebat: Et an ſi ex ea cauſa aduocatus, cum eſſet etiam decurio ciuitatis ſuæ, ordine remotus fuerit in decem annos, an expleto decennio redeat in ordinem, in curiam, & priſtinam dignitatem decurionatus recipiat? Et reſpondet, recipere hac ratione, *quoniam*, inquit, *in Corneliam falſo recitato, non facto, non incidit.* Sic rectiſſime & in Florentinis, atque in Baſilic. *quoniam in Corneliã falſo recitato, non facto, non incidit.* Quibus verbis ſignificatur l. Cornelia de falſis teneri eum, qui falſum fecit, non qui recitauit: ac proinde aduocatum illum, vt falſarium lege Cornelia de falſis damnatum non videri, quum ordine motus eſt in decennium ob eam cauſam: nam ſi damnatus videretur lege Cornelia, ſane non poſſet recipere priſtinam dignitatem, reuerti in curiam non poſſet, nec finito tempore pœnæ, quia damnatus iudicio publico, quale eſt iudicium legis Cornel. de fal. infamis eſt, *l. infamem, ſup. de pub. iud. l.4. §. adulterij*, coniuncto §. *ad tempus, infra, de re milit.* Infamia, quæ ſemel inuſta eſt, nunquã aboletur ſine ſpeciali beneficio Principis. Omnis infamia eſt perpetua, & infami neque aditus, neque reditus patet ad dignitates, *l.8. inf. de interd. & rel. l.1. inf. ad leg. Iul. de vi priu. & l.8. C. de decur. lib.10. l.2. C. de dign. lib.12.* Marc. Tullius pro Cluentio: *Turpi iudicio damnati, in perpetuum omni honore ac dignitate priuantur.* Tertullianus de ſpectaculis: *Damnati*, inquit, *ignominia & capitis minutione arceantur curia, roſtris, ſenatu, equite, cæteriſque honoribus omnibus, ſimul & ornamentis quibuſdam.* In ſpecie igitur huius §. ideo poſt decennium decurio in curiam redit, quia non fuit damnatus lege Cornelia; non fuit damnatus publico iudicio, ſed extraordinario, ex cauſa non famoſa: ſi famoſa cauſa damnationis fuerit, finito tempore non aliter recipit priſtinam dignitatem, quam ſi grauiore pœna, quam ſit lege præſcripta, affectus ſit, quoniam duriore pœna, duriore ſententia, cum eo de fama & exiſtimatione conſeruanda tranſactum videtur, *l. ordine, ad municip. l. quid ergo §. pœna, de iis qui not. infam.* Si ergo clementiore, aut legitima pœna affectus ſit ex cauſa famoſa, puta ordine motus ad tempus, etiam finito tempore pœnæ infamia perdurat, *l.3. in princip. & l.5. inf. de decurion. l.4. §. ad tempus, inf. de re milit.* Et ita quidem obtinuit fere ante edictum Antonini Imperatoris, de quo in *l.3. inf. de decurion. l.1. C. de iis, qui in exil. dati vel ordin. moti ſunt, libro 10.* quo edicto præcepit Antoninus, quacunque ex cauſa famoſa, vel non famoſa, quis ordine motus ſit ad tempus: ne poſthac, inquit, quoniam antea aliud obſeruabatur facta diſtinctione cauſæ famoſæ, & non famoſæ, ſed iam nunc indiſtincte, ne poſthac vltra tempus pœnæ prorogetur infamia contra ſententiæ fidem, ſed ſtatim, qui expleuit tempus pœnæ, redeat in curiam, & ſit decurio, vt fuit ante pœnam, non etiam ſuſcipiat nouos honores in Republica, ſi cauſa famoſa fuerit, quia qui rediit in curiam perfunctus pœna ſua, nouis honoribus tanto tempore abſtinere debet, quanto decurionatu caruit, *d.l. ordine, & l.2. C. de iis, qui in exil. dati, libro 10.* ſi cauſa non fuerit famoſa, vt in ſpecie propoſita, expleto tempore pœnæ, non tantum decurionatum recipiat, ſed etiam ad nouos honores admitti poteſt. His conſequens eſt, quod ſubiicit Papinianus, & aduocatum plebeium, non decurionem, qui ob recitatum in iudicio falſum inſtrumentum ad tempus relegatus eſt, quæ pœna non eſt capitis deminutio, finito tempore poſt reditum decurionem recte creari poſſe, ſiue Senatorem municipalem, quod idem eſt, quaſi integræ famæ & exiſtimationis virum, quia in legem Cornel. de falſis ob eam cauſam commiſiſſe non videtur.

B C D E

Ad leg. vlt. ad l. Iul. repet.

Qui munus publice mandatum accepta pecunia ruperunt, crimine repetundarum poſtulantur.

SEntentia hæc eſt: eos, quibus publicum munus iniunctum eſt, ſi pecunia corrupti in eo munere exequendo, in fraudem Reipublicæ ſegniter aut malitioſe ſe geſſerint, teneri iudicio publico ex l. Iulia repetundarum, cuius poena eſt infamia & exilium plerunque, *l.7. §. vlt. hoc tit.* vel quadrupli redhibitio, *l.1. C. hoc tit.* Ita tamen, vt corruptori, quia turpiter pecuniam dedit, nec datæ pecuniæ repetitio competat, *l.2.3.4. ſup. de cond. ob turp. cauſ.* ſed quadruplum, vel totum redigatur in fiſcum, vel diuidatur, vt plerunque ſolebat, inter accuſatorem & fiſcum. Vtitur autem Papinianus antiquo verbo *ruperunt*, pro *corruperunt*, quo & lex XII. tabul. vſa eſt, & lex Aquilia, *l. ſi ſeruus §. inquit, ad leg. Aquil. l. qui tabulas, in fin. ſup. de furt.* Et munus corrumpere eum ſignificat, qui eo fungitur, ſi corrumpatur ipſe, quo minus eo fungatur bene, & ſordeſcat accepta pecunia.

Ad leg. 4. ad Senatuſc. Turpill.

Mulier, quæ falſi crimen iniuria propria poſt interpoſitam denuntiationem deſiſtens omiſit, ex Senatuſconſulto Turpilliano teneri non videtur. Poſt abolitionem idem

crimen ab eodem, in eundem instaurari non potest.

Potest dici probabiliter, quod & quidam dixerunt, in hac lege sic esse legendum addita negatione *mulier, quæ falsi crimen non iniuriæ propriæ*, quod iam Marcianus in *l.1.§.accusationem, hoc tit.* refert, Papinianum respondisse, mulierem, quæ idcirco ad falsi accusationem non admittitur, quod suam suorumve iniuriam non persequatur: nam regulariter mulier non potest accusare, nisi suam suorumve iniuriam persequatur, non si publicam tantum vindictam persequatur. mulier igitur quæ idcirco non potest accusare falsi, quod suam iniuriam non persequatur, si tamen denuntiationem criminis, vel accusationem intulerit, id est, si non iure intulerit, & mox poenitentia ducta destiterit non impetrata abolitione à iudice, ideo ea non plectitur lege Petronia, siue SC. Turpil. quod est factum in tergiuersatores, qui scil. ab accusatione temere desistunt. loquitur illo loco Marcianus ex Papin. responsis, de ea, quæ intulit falsi crimen, non iniuriæ propriæ causa. Quamobrem & hic videtur esse legendum, *non iniuriæ propriæ*. At sane nihil mutandum est hoc loco: nam & Dorotheus sine negatione legit eodem modo, Γυνὴ τὸ τοῦ πλαστοῦ ἔγκλημα. Potuit vtrumque Papin. respondisse, non incidere in Turpilianum mulierem, quæ desistit sine abolitione, siue suæ iniuriæ causa, siue alienæ accusationem instituerit. Et vero cum hoc loco id respondisset, in ea, quæ falsi crimen intulerat suæ iniuriæ causa, hoc est, quæ iure intulerat, huic responso subiecisse Papin. videtur, quod est relatum in *d.§.accusationem*, idem multo magis esse dicendum, si non suæ iniuriæ causa falsi crimen intulerit. Ergo siue propriæ, siue non propriæ iniuriæ causa mulier falsi crimen denuntiauerit reo, vel intulerit, etiamsi destiterit non petita abolitione, non petita venia omittendæ accusationis, non plectitur Senatuscons. Turpiliano. Et ratio hæc est euidentissima, quia nec si iusta sit accusatio mulieris, mulier nunquam subscribit in crimen, nec de calumnia tenetur, parcitur imbecillitati sexus, *l.de crimine, C.qui accus.non poss.l.2. C.de calum.* Verissima autem est illa definitio, eos de quorum calumnia quæri non potest, nec si desistant ab accusatione, & tergiuersentur non petita abolitione, non incidere in Senatuscons. id est, eos, de quorum calumnia quæri non potest, nec posse quæri de tergiuersatione eorum, *l.in Senatusc.§.eos, hoc tit.* Ergo nunquam mulier incidit in Senatusconsultum. Turpilianum; vno tantum casu excepto, nisi mulier cum reo turpiter depecta sit accepta pecunia, atque ita destiterit, vt recte Theodorus accepit leg. *pen.C.eod.tit.* nam hoc casu, & de mulieris, propter turpitudinem, & propter turpem depectionem, quæ depectio semper dicitur in malum: de mulieris, inquã, & de cuiuscunque calumnia vel tergiuersatione, de qua alias quæri non potest, propter turpem depectionem quæri potest, propter auaritiam & lucri cupiditatem accusatoris desistentis: excepto hoc vno casu, de eorum tantum tergiuersatione quæri potest, de quorum etiam calumnia quæri potest, & ij si desistant non impetrata abolitione, in pœnam Senatusc. Turpilliani incidunt, non tantum si accusationem inchoarint, sed etiam si crimen duntaxat denuntiauerint, *l. vim §.duos, ad leg.Iul.de adult.* non etiam si comminati tantum sint, se denuntiaturos vel accusaturos: nam ij impune desistunt, vt in *l.seq.l.quæsitum, in princip.sup.ad leg. Iul.de adult.* Et definitioni *dicti §.eos*, vt impune desistãt ij, de quorum calumnia quæri non potest, iampridem ostendi nihil obstare *l.abolitionem, C.ad leg.Iul.de adulter.* quæ ait, maritum ab accusatione adulterij impune non desistere. Recte: quia & de mariti calumnia quamodo manifestissima sit quæri potest, *l.is cuius §.vlt.sup. de adult.* In extremo huius legis, ait, *post abolitionem idem crimen ab eodem, in eundem instaurari non potest.* Sententia hæc est: qui impetrata speciali abolitione destitit ab accusatione, non potest rursus pœnitentia actus, eundem reum ex eadem causa repetere, vel si repetat, repellitur præscriptione desertæ accusationis, *l.4.C.eod. tit.* nec aliter potest reum repetere instaurato eodem crimine, quam si id specialiter Princeps concesserit, *l.3.C. eod.tit.l.1.C.de abolit.* Alium accusare vel eundem alio crimine accusare non prohibetur qui destitit petita abolitione: At qui destitit non petita abolitione, nec eundem, nec alium quenquam vnquam damnatus Senatusconsulto Turpilliano, eodem vel alio crimine reum deferre potest, *l.2.hoc tit.l.quæsitum §. vlt.sup. ad leg.Iul.de adult.l. abolitionem, C. eod.* Hoc dicimus de abolitione speciali, vt qui eam impetrauit, non possit eundem reum repetere ex eadem causa: nam concessa abolitione generali à Principe, vel Senatu, vt fit plerunque, nemine postulante, ob hilaritatem aliquam, rei ab iisdem accusatoribus possunt repeti intra triginta dies; non coguntur eos repetere, sed si velint repetere, possunt intra xxx. dies, quod Accurs. notauit: & aliæ leges huius tituli demonstrant.

IACOBI CVIACII
IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XVI. Responsorum Æmilij Papiniani.

Ad l.2. de veter. & milit. succes.

Bona militis intestati defuncti castrensia fisco non vindicantur: cum heres legitimus ad finem quinti gradus extitit, aut proximus cognatus eiusdem gradus intra tempus possessionem acceperit.



Æc l. accipienda est de milite capite damnato ex delicto militari, non communi, qui intestatus vita decessit. de eo accipiendam esse, argumentum præbet vicinitas *l.1.* quæ de eod. est. & quod hæc l.2. quærit, an fiscus veniat in bona militis exclusis agnatis & cognatis, quod non quæreret, si fisco locus esse non posset: atquin fisco locus esse non potest, aut esse videri, nisi milite damnato capitis. Ac præterea totum hunc librum 16. certissimum est esse de reis capitalium criminum. Ergo & hæc l.2. accipiatur de milite capite damnato ex militari delicto, & vt ait l.1. intestato defuncto. Docet ergo Papinianus hoc loco, milite capite damnato, & intestato defuncto ad bona castrensia fiscum non vocari, sed fisco anteponi agnatos, non in infinitum, vt fit in successione paganorum: sed vsque ad quintum gradum duntaxat. Denique fisco anteponi agnatos in bonis castrensibus vsque ad quintum gradum duntaxat, & iis deficientibus cognatos vsque ad eundem gradum, eodemque quoque gradu comprehenso in hunc numerum. Hoc si miles intestatus decesserit. Sin autem damnatus miles testamentum fecerit, quod ex constitutione Adriani ei permitti solet; sententia damnatis de bonis castrensibus tantum hoc casu etiam in bonis castrensibus heres testamentarius fisco præfertur. De bonis igitur castrensibus, miles, qui

capitis damnatus eſt, teſtamentum facere poteſt, permittente eo in ſententia, qui damnauit, non etiam de paganis bonis. Imo ſi quod de paganis ante fecerit teſtamentum, protinus damnatione irritum fit. Ab inteſtato autem in bona pagana fiſcus ſtatim vocatur, non in caſtrenſia, ſi extent agnati vel cognati ad finem quinti gradus. Quæ omnia comprobantur partim hac *l. 2.* & partim *l. ſi quis, in pr. §. miles, de leg. 3. l. cum hic ſtatus §. ſi miles, de donat. inter vir. & vxor. l. 6. §. ſed & ſi quis, de iniuſto rup. teſtam. l. ex militari, ſup. de mil. teſtam. l. & militibus, C. eod. tit.* Verum quod hæc lex ſignificat, poſt agnatos & cognatos quinti gradus fiſcum vocari ab inteſtato, pugnare videtur cum *d. l. 6. §. eius qui, in fine, & cum l. 2. C. de hered. dec. vel mil.* quæ ll. fiſco præferunt in ſucceſſione inteſtati deficientibus agnatis, vel cognatis, conturbernales, & commilitones, ſiue legionem aut vexillationem, in qua merebat miles. Verum illæ ll. loquuntur de milite non damnato: hæc vero l. de milite damnato capitis ex delicto militari. In damnati bona caſtrenſia, fiſcus ab inteſtato agnatis, & cognatis, qui ſunt vltra quintum gradum, & legioni atque vexillationi præfertur. In non damnati militis bona omnia pagana vel caſtrenſia ab inteſtato ſuccedunt agnati in infinitum, & cognati vſque ad ſextum vel ſeptimum gradum, ſicut in paganorum ſucceſſione receptum eſt, *§. vlt. Inſt. de ſucceſſ. cognat.* Et poſt eos coniux, & poſt coniugem legio aut vexillatio ſuccedit fiſco remoto, fiſcus poſt omnes vocatur. Hæc omnia obtinent in milite damnato ex cauſa militari; in milite damnato ex communi delicto ſequimur ius commune ſucceſſionum ab inteſtato. Commune delictum eſt veluti adulterium, ſtuprum, furtum, plagium: militare delictum eſt veluti armorum abalienatio, vel amiſſio turpis, ſeditio, contemptio diſciplinæ militaris, emanſio, & his ſimilia.

Ad l. vlt. de publ. iud.

Generi ſeruis à ſocero veneficij accuſatis, præſes prouinciæ patrem calumniam intuliſſe pronunciauerat. Inter infames patrem defunctæ non habendum, reſpondi: quoniam etſi publicum iudicium inter liberos de morte filiæ conſtitiſſet, citra periculum pater vindicaretur.

SVnt quidam accuſatores, de quorum calumnia quæri non poteſt, *l. in SC. §. eos, inf. ad Turpil.* vt mulieres, quæ ſuam vel ſuorum iniuriam perſequuntur, *l. 2. C. de calumniator.* vel heredes, qui iuſſu defuncti veneficij accuſant eum, quem ſibi venenum infudiſſe defunctus cauit, *d. l. 2.* vel filius, qui perſequitur cædem patris, *l. 4. C. eod. tit.* vel maritus, qui iure mariti ex ſuſpicione aliqua iuſta, non calumnia, aut malitia mala ac manifeſta vxorem accuſat adulterij, *l. iure mariti, & l. quamuis, C. ad l. Iul. de adult.* Quod & de patre ſimiliter dici poteſt, qui iure patrio accuſat mœchum filiæ. Nam & in hac lege dicitur, patrem, qui filia veneno necata ira & dolore cæco incenſus ſeruos generi ſui accuſat veneficij, extra periculum eſſe calumniæ, ac ſi forte præſes prouinciæ pronuntiarit patrem calumniam intuliſſe, qui accuſauit ſeruos generi veneficij, non notari tamen patrem infamia, quia etſi liberos homines pater veneficij accuſaſſet, non probato crimine pater non haberetur pro infami calumniatore. *Pater*, inquit, *vindicaretur citra periculum calumniæ*: iuſtus enim & grauis dolor eum excuſat: *inconſultus calor calumniæ vitio caret*, vt eleganter ait *l. 1. §. quæri, inf. ad Senatuſ. Turpill.* Et ſententia præſidis, quam ne dixeris, nullam eſſe aut iniuſtam, vt vulgo, valet enim ea ſententia, qua pronuntiauit præſes patrem calumniam intuliſſe: verum non irrogat infamiam patri. Cur ait? quia non pronuntiauit, eum eſſe calumniatorem, ſed calumniam intuliſſe: poteſt quis inferre calumniam, nec tamen calumniari, aut calumniandi animum habere: ſicut mendacium dicere poteſt quis, nec tamen mentiri: non temere quis iudicatur calumniator fuiſſe, niſi iudex dixerit fuiſſe, & hoc ipſo verbo vſus fuerit, *es calumniator*, vel, *calumniatus es.* Si abſoluto reo, ſimul & de conſilio accuſatoris iudex ita pronunciauerit adſeuerantius, *calumniatus es*; proculdubio hæc ſententia irrogat infamiam, ſententia, inquam, non interloquutio, *l. 1. §. ſed non vtique, ad Senatuſconſ. Turpill. l. verbum, C. quib. ex cauſ. infam. irrog.* Sin autem ita pronunciarit: *calumniam intuliſti*, vel vt eſt in epiſt. Cælij ad Cicer. *calumniam tuliſti: Scito*, inquit, *C. Sempronium Rufum calumniam maximo plauſu tuliſſe, quod M. Tuccium reum lege Plautia de vi fecit*: Si pronunciarit igitur calumniam intuliſſe vel tuliſſe, hæc ſententia non irrogat infamiam, quia perinde eſt ac ſi dixiſſet, *mendacium dixiſti*; vel, *quod propoſuiſti non probaſti*; vel, *quod propoſuiſti verum non eſt*, quia non adſeuerat calumniatorem eſſe, niſi qui dicit conceptis verbis, *calumniator es*, vel, *calumniatus es, l. 3. C. de calumniat.* Ac præterea tentari poteſt accuſato ſeruo non potuiſſe de calumnia accuſatoris quæri, ſicut nec ſeruo accuſato adulterij, conſtat non poſſe quæri de lenocinio accuſatoris, *l. quoniã, C. ad l. Iul. de adult.* Et ideo addit Papinianus hoc loco, nec libero homine quaſi veneficio à patre accuſato, quæri poſſe de calumnia patris, quia pater citra periculum calumniæ perſequitur necem filiæ. ſi accuſato libero homine nullum eſt periculum calumniæ, quia pater accuſator eſt, & multo magis ſeruo accuſato nullum eſt periculum calumniæ patri: & altera ratio eſt, quæ excludit periculum calumniæ, quia ſeruus nulli poteſt accuſatori referre aliud crimen, vel calumniæ puta, vel lenocinij. Et ita hæc lex explicanda eſt. Quod autem tractat Accurſius in hac lege, an furti damnatus innocens infamis fiat, actio furti eſt famoſa, hoc eſt certiſſimum, ſed quod tractat, an etiam infamis fiat innocens, qui furti damnatus eſt, collatis inter ſe duabus legibus atque commiſſis, quæ inuicem pugnare videntur, *l. non poteſt, ſup. de furt. l. ſi furti, C. quib. ex cauſ. inf. irrog.* primum dico, non poſſe ea de re tractari illæſa auctoritate rei iudicatæ, quia res iudicata pro veritate habetur: & ideo nec debere ea de re fruſtra tractari, & damnatum furti etiam innocentem infamiam ſequi. Et quod ad pugnam earum legum attinet, ita diſtinguendum ex *l. quid ergo §. pen. ſup. de iis, qui not. inf.* circumſcripta admodum magna gloſſa Accurſij inutili & inconſtanti ad *d. l. ſi furti.* Diuiſio & diſtinctio hæc eſt: ſi damnatus fur eſt iudicio ciuili, quod pecuniarium eſt in duplum, vel quadruplum, vel triplum, vt inf. oſtendam, etiamſi durior ſententia fuerit, quæ irrogat pœnam pecuniariam tantum, vt ſi in quadruplum condemnarit eum, vel triplum, qui damnari tantum debuit in duplum; ſententia etiam durior irrogat infamiam, *d. l. non poteſt, & d. l. quid ergo §. pen.* Si damnatus eſt iudicio extraordinario, pœna extraordinaria, quæ non eſt pecuniaria, qua etiam furtum poſſe vindicari conſtat, *l. interdum, §. qui furem. l. vlt. ſup. de furt.* veluti ſi damnatus ſit fuſtium animaduerſione, ſententia durior non irrogat infamiam. Et ita eſt accipienda *d. l. ſi furti*: nam quod ait, mulierem damnatam furti, quod ipſa fecit citra fuſtium verbera, famæ damnum ſubiiſſe: ſignificat & demonſtrat, eam fuiſſe fuſtibus cæſam, non mulctatam pœna pecuniaria, quod & Baſilica ponunt, nec tamen fuſtium ictum eam feciſſe infamem, *l. neminem, C. eod. tit.* ſed cauſa furti, facti ſcil. *l. ictus, ſup. de iis qui not. inf.* Et facto furto, dico pœnam fuſtium non eſſe duriorem, quæ abſoluit etiam pœna pecuniaria dupli vel quadrupli. At vt ponitur in eadem lege, ſi ipſa mulier furtum non fecit, ſed apud ipſam ignorantem res furtiua comperta & concepta ſit, quæſita & inuenta ſit, & ob eam cauſam mulier fuſtibus cæſa fuerit, duriore ſententia videtur cum

ea transactum de existimatione conseruanda. Et hoc casu damnata furti concepti non fiet infamis: alioqui furti concepti damnatus pœna pecuniaria, quæ fuit in triplum, vt Aulus Gellius scribit lib. xi. cap. vlt. famosus efficitur. Paulus 2. *Sentent. tit. vlt. furti quocunque genere damnatus famosus efficitur.* quocunque genere, id est, vel manifesti, vel non manifesti, vel concepti, vel oblati. Hæc sunt quatuor furtorum genera: in furto concepto maxime, si res furtiua apud ignorantem concepta fuerit, durior est ictus fustium quam damnatio tripli, *l. in seruorum, in fi. inf. de pœn.* quæ lex non est accipienda de quocunque genere furti. Sed ad eam ex *d. l. seq.* commodissime potest exemplum poni, in ignorante. ob casum furti concepti fustibus cæso, hic non fit infamis, quia duriore pœna affectus est: compensatur durior pœna cum conseruatione existimationis, quæ remanet integra.

Ad l. vlt. de accusat.

Alterius prouinciæ reus apud eos accusatur, apud quos crimen contractum ostenditur, quod etiam in militibus esse obseruandum, optimi Principes nostri generaliter rescripserunt.

Hoc tantum ostenditur, in qua quis prouincia crimen contraxit, in ea accusari, & damnari eum posse, licet alterius prouinciæ sit, indistincte, siue paganus sit, siue miles, non habet præscriptionem fori, non potest reuocare domum, *il ne peut demander son renuoy*, quoniam vt vulgo dicitur, *ratione criminis sortimur forum, l. 7. §. pen. & vlt. hoc tit. l. 1. C. vbi de crimin. agi. oport.* Sed ait Papinianus, optimos Principes idem rescripsisse generaliter esse seruandum in militibus, vt ibi puniantur, vbi crimen admiserunt. *Optimos Principes*, id est, Seuerum & Antoninum, vt patet ex *l. 3. de re milit.* vbi idem refertur ex rescripto Seueri & Antonini nominatim. Idque confirmat etiam *l. 1. C. ad l. Corn. de sicar. & Theodos. Nou. 2. de amota militibus fori præscriptione*, dum ait, *veteres quoque leges fori præscriptionibus delicta subtrahere, nec pati aliquem, qui quid in prouincia aliqua criminose commiserit, eis se præscriptionibus defendere.* Notandum tamen est, ex causa, Præsidem prouinciæ, in qua crimen contractum est, reum posse remittere ad præsidem prouinciæ, vnde is homo est, *l. non dubium, tit. seq.* vel militem posse remittere ad ducem suum, aut magistrum militum, maxime si militare crimen fuerit, veluti desertio militiæ, non commune, *d. l. 3. l. de militib. tit. seq. l. 1. de exhib. reis.*

Ad l. 17. de quæst.

Extrario quoque accusante, seruos in adulterij quæstione contra dominum interrogari placuit, quod D. Marcus ac postea Maximus Princeps iudicantes secuti sunt. Sed & in quæstione stupri serui aduersus dominum non torquentur.

Qvod diximus superiori libro ad *l. vim passam §. vlt. ad l. Iul. de adult.* In adulterij quæstione seruos interrogari, & torqueri posse in caput domini vel dominæ, verum est, non tantum patre vel marito accusante, vt *l. patre, sup. hoc tit. l. 3. C. ad l. Iul. de adult.* sed etiam, vt ait initio h. l. accusante extrario. Inter extrarium & extraneum, & exterum Papin. & cæteri auctores iuris nullam differentiam faciunt: licet Festus fecerit aliquam. Id autem, vt quocunque accusante adulterij serui possint torqueri in caput domini, Papini. scribit hoc loco, etiam D. Marcum & Maximum principem, id est, Septimium Seuerum in iudicando secutos. Rem igitur

A carere dubitatione. Et tamen in quæstione incesti, quod non sit iunctum adulterio, & in quæstione stupri certum est, seruos non posse torqueri contra dominum, sicut nec in aliis quæstionibus criminalibus vel ciuilibus, *l. 4. hoc tit.* Ammianus Marcellinus *28. Mancipia*, inquit, *squalore diuturno marcescentia, in domini caput adusque vltimum lacerabat exitium: quod*, inquit, *in stupri quæstione fieri vetuere clementissimæ leges.* Ex quo loco manifeste apparet, Basilica perperam hoc loco scribere adfirmate, & in quæstione stupri seruos torqueri aduersus dominos. Hoc enim receptum est in quæstione adulterij, non stupri, vel incesti, quæ sunt crimina adfinia adulterio. Hoc in quæstione adulterij primum lege Iulia permitti cœpit patri vel domino tantum accusatori, vt idem Papin. scribit libro singulari de adult. vt scilic.
B quemadmodum idem ait, pater, ac maritus dolorem animi sui diligentius, & iniuriam lecti genialis ac domus non translatitie persequerentur: diligens quæstio permittitur patri, vel domino lege Iulia, etiam tortis seruis in dominos. Sed postea: *quoniam*, inquit, *non facile tale delictum sine ministerio seruorum (aquariolorum) admitti creditum est, ratio eo perducit, vt etiam extraneo accusante mancipia quæstioni tormentorum à iudicibus subiicerentur.* quanquam eadem non sit ratio in extraneo, quæ fuit in patre vel domino, sed tamen & extraneo accusante idem obseruarunt Principes, & iudicauerunt præter legem Iuliam.

C

Ad §. de quæstione.

De quæstione, inquit, suppositi partus, vel si petat hereditatem quem cæteri filij non esse fratrem suum concedunt: quæstio de seruis hereditariis habebitur, quia non contra dominos cæteros filios: sed pro successione domini defuncti quæritur. Quod congruit ei quod D. Hadrianus rescripsit. Cum enim in socium cædis socius postularetur, de communi seruo habendam quæstionem rescripsit, quod pro domino fore videretur.

Ivs vetus hoc est, vetus Senatusconsultum, vt Cornelius Tacitus ait *2. Annal.* vt excepto crimine adulterij sicut diximus, & excepto etiam crimine perduellionis, & crimine quoque fraudati census, fraudati tributi, cuius causa pertinet ad summam Rempublicam, exce-
D ptis his tribus criminibus, vt *l. 1. §. in causa, hoc t. l. vir. sup. de iud. l. 1. C. de quæst.* regulariter serui non torqueantur in caput domini: non, quia non possit verum inueniri, vt M. Tullius ait pro Milone, & pro Deiotaro, non quod in quæstione dolor veram vocem etiam ab inuito seruo elicere non possit, sed quia indignum videtur esse, & domini morte ipsa tristius, dominorum salutem seruulorum voci committi, vt in *l. seq. §. iudex.* Idem hoc ius vetus commemorat Dio 55. & alij plerique auctores, οὐκ ἐξεῖναι δοῦλον κατὰ δεσπότου βασάνοις δοῦναι. At si quæratur de hereditate, ad quem pertineat ab intestato, forte L. Titio dicente se esse filium defuncti, aliis filiis contendentibus L. Titium suppositi tium esse, vel simpli-
E cius, fratrē suum non esse: atque ideo si quæratur de supposito partu, vel de fide generis, vt in *l. seq. §. iudex.* propter hereditatis emolumētum, tum in hac quæstione de seruis hereditariis quæstio haberi potest, quia non videntur torqueri in caput dominorum, id est, cæterorū filiorum, *l. 2. h. t. l. 13. C. eod. tit.* sed videntur torqueri, & torquentur potissimū pro successione domini defuncti, vt constet, qui sint ei iusti successores. Et hoc ita proponit Papin. in hoc §. Hoc verò etiam cessante & illa ratione contra ius vetus ex constitutione Iustin. obseruandum est: si non sit controuersia de iure hereditatis, puta, si constet, ad quos pertineat hereditas, sed sit controuersia de rebus quibusdam, sint hereditariæ nec ne, de do-

minio ſingularum rerum, etiam & ea de re quæri poteſt A per tormenta ſeruorum hereditariorum, ſeruorum cōmunium inter heredes, qui rerum hereditariarum notitiam habent, quanquam periculum ſit ne reſpondeant aduerſus heredes dominos ſuos, præſtito tamen prius iureiurando calumniæ ab eo, qui ex ea cauſa ſeruos hereditarios poſtulat in quæſtionem dari, *l. vlt. C. eod. tit.* coniuncta *l. 1. C. de iureiu propt. calumn. l. vlt. §. licentiam, inf. de iur. de lib. & N. 1.* quia vt in hac ſpecie, cum quæritur de corporibus hereditariis euenire poteſt, vt & pro dominis ſerui hereditarij reſpondeant. Nec abſimile eſt, quod ex reſcripto Adriani ſubiicit Papin. hoc loco, vno ex dominis occiſo, & altero domino facto reo cædis, de communi ſeruo quæſtionem B haberi poſſe, quia etſi interrogetur in caput domini qui cædis alterius domini reus poſtulatus eſt, magis tamen id pro ſalute fore, vel vltione domini occiſi, creditum eſt, atque ideo permiſſum, *l. etſi certus §. pen. de Senatuſc. Syllan.* Et nullorum magis intereſt quam dominorum, ſalutis ſuæ cauſſa hoc permitti: nimirum, vt in quęſtione cædis à domino illatæ ſeruus communis pro domino audiatur in dominum: non etiam temere in omnibus aliis quæſtionibus, ſed in hac graui cauſa tantum, quum ſocius ſocium occidiſſe dicitur, *l. 13. in fi. C. eod. tit.* Et ex conſtitutione Iuſtin. de qua dixi ſupra in alia etiam cauſa, ſi ambigatur de rebus hereditariis inter coheredes. Nam & hoc caſu de ſeruo cōmuni quæſtio haberi poteſt. Et hoc colore non vera ratione etiam C dicitur in *l. 2. C. Theod. ne præt. crim. maieſt. ſeru. domi. accuſ. crim. perduell.* quod ad ſalutem Principis attinet, dicitur, ſeruos audiri contra dominum, quia pro ſalute domini rerum, id eſt, principis, interuenire videntur; quia hoc crimen, inquit, tendit ad dominos communes omnium.

Ad §. vltimum.

De ſeruo in metallum damnato quæſtionem contra eum qui dominus fuit, non eſſe habendam reſpondi. nec ad rem pertinere, ſi miniſtrum ſe facinoris fuiſſe confiteatur.

QVod eſt in §. *vlt. h. l.* amplificat regulam iuris ve- D teris, vt nec contra eum, qui dominus fuit, & non eſt, ſeruus interrogari vel torqueri poſſit, in memoriam prioris domini. ergo nec in emptorem, nec in venditorem, vt *l. ſeq. §. ſeruus, l. etiam, ſup. hoc tit. l. 14. C. eod. tit.* quare amouetur fraus & abrogatur, quā veteri iuri quandoque fecerunt Auguſtus & Tiberius, eo, quem torqueri volebant in caput domini, prius venire iuſſo actori publico, vt Tacitus ſcribit *2. & 3. Annal. &* Dio. 55. nam & in veterem dominum ſerui torqueri non poſſunt. Ac ſimiliter ſi ſeruus damnatus ſit in metallum ex crimine aliquo, quo genere ſit ſeruus pœnæ, & deſinit eſſe eius, cuius fuit, *l. aut damnum §. vlt. de pœn.* & antequam damnaretur in metallum, vt ait hoc loco, torqueri non poteſt, in memoriam prioris domini, *nec ſi confiteatur, ſe miniſtrum eſſe*, inquit, *ac plane conſcium & participem facinoris* à domino priſtino commiſſi: atque ita miniſterij ratio, quæ in cauſa adulterij ſeruos admittit contra dominum, vel dominam extraneo accuſante, vt ex Papin. ſup. retuli. Ea ratio vbique non valet, & probabilis tantum non neceſſaria ratio eſt, quales ſunt innumeræ in iure noſtro, quod qui neſcit, aut diffitetur, ſe iuris peritum non eſſe profitetur. In memoriam prioris dignitatis non torquetur, qui deſiit eſſe decurio, *l. vlt. de decur.* Et ſic in memoriam prioris dominij non torquetur ſeruus in priorem dominum, neque iſtud decet; memoriæ debetur honos aliquis. In honorem matrimonij prioris non datur actio famoſa in eam, quæ vxor fuit, ex cauſſa quæ cœperit conſtante matrimonio, *l. 2. ſup. rerum amot.* In honorem & in memoriam idem eſt. At enim memoriæ tantum bonæ hic honos debetur, non infamatæ, non damnatæ memorię. Ideoque ſeruus licet torqueri non poſſit in priorem dominū, cuius adhuc integer eſt ſtatus, tamen in priorem dominū qui damnatus eſt ignominia, & capitis minutione ademptis bonis, torqueri poteſt, *l. 1. §. item Nummio, hoc tit.* quia memoriæ eius nullus honos debetur, memoriæ infamis.

Ad l. 34. de pœnis.

Seruus in opus publicum perpetuū, ac multo magis temporarium non datur. Cum igitur per errorem in opus temporarium fuiſſet datus, expleto tempore domino ſeruum eſſe reddendum reſpondi.

IN hac l. proponitur, ſeruos ſententia iudicis in opus publicum perpetuum non dari, id eſt, non ſolere dari, aut non iure dari, *& multo magis*, inquit, *non dari in opus publicum temporarium*, quamuis dicat, *multo magis*, non tamen hoc argumentum eſt à minori ad maius, ſed à maiori ad minus ſecundum Dialecticos, à quibus Iuriſconſulti imbuti ſunt, cum ſint Stoici omnes, non ſecundum Rhetores. Proinde ſic argumentatur Papin. ſi pœna operis publici perpetui ſeruo ob delictum non infligitur, quanto magis credibile erat infligi poſſe, quia & maior pena videtur eſſe, multo minus infligitur leuior, puta, operis publici temporarii: vel quod idem eſt, multo magis non infligitur leuior. ſiue dixeris multo minus infligitur leuior, ſiue multo magis non infligitur leuior, vtroque modo negas infligi. *ſeruus*, inquit, *in opus publicum perpetuum, ac multo magis temporarium non datur.* Et ſic in *l. pen. ſup. de publ. iud. ſi non datur procurator ad accuſandum, multo magis non datur ad defendendum*, vel quod idem eſt, multo minus datur ad defendendum. Et in *l. aut damnum §. 1. hoc tit.* ſi pręſes prouinciæ non poteſt reo permittere liberum mortis arbitrium, puta, vt ſe necet quoquo genere voluerit, vel in pelui ſecta vena, vel alio, ſed vt necet tamen ſe omnimodo: ſi, inquam, præſes prouinciæ non poteſt permittere reo liberum arbitrium mortis, quoniam hoc eſt ſolius principis, vt apud Sueton. in Domit. & apud Tacit. ſæpe, multo magis nec veneno necare pręſes prouinciæ reum poteſt: quoniam eſt pœna turpis & illegitima. ſic legitur vulgo, *multo magis nec*, in *d. l. aut damnum §. 1.* rectius quam in Florentinis, *multo magis vel*. Vel concipiatur argumentum hoc modo: nihil refert, ſi præſes non poteſt permittere liberum mortis arbitrium, multo minus veneno necare. Et ſic in *l. 4. C. de præd. minor.* ſi minor XXV. annis non poteſt prædia ſua vendere ſine decreto prætoris aut præſidis, multo magis nec donare. Nam & in illa lege veteres libri oſtendunt ſic eſſe legendum, *multo magis donare, nec alio quoquo modo transferre.* Vel ſic dicamus, ſi minor non poteſt prædia vendere ſine decreto, multo minus donare. At contra, ſi non in negando, ſed in confirmando argumentaris hoc modo, vt *l. Barbarius, ſup. de off. prætor.* ſi populus ſeruo poteſt præturam decernere, multo magis Imperator; non eſt argumentum à maiori ad minus, vt ſuperiora, ſed à minori ad maius, quod tantum valet ad adfirmandum, non ad negandum: contra illud quod eſt à maiori ad minus valet ad negandum, non ad adfirmandum. Et vt hoc breuiter perſtringam, à maiori eſt quum quod magis eſt credibile, adſumitur ad probationem: à minori, quum quod minus eſt credibile aut probabile, adſumitur ad probationem. Quarum rerum neque totius artis non debet iuriſperitus eſſe ignarus, ſed tinctus ſaltem eſſe debet, & noſſe locos, atque habere in numerato, alioquin ludit operam. ſed ad rem. Videamus cur ſeruus non detur in opus publicum perpetuum vel temporarium pœnæ cauſa? Credo, & verum eſt, quia hæc pœna in ſeruo non eſt pœna: nec enim ſit eius

causa deterior; imo quandoque dum subtrahitur seruitio durioris domini, & publico operi mancipatur siue vinculis, fit melior: non est igitur pœna. Qua ratione etiam hic Græci interpretes vtuntur. pœna operis publici perpetui in libero homine grauissima est, quæ ciuitate mulctat, & deportationi in insulam comparatur, *l. 17. sup. hoc tit. l. 1. C. eod. tit.* denique capitis media deminutio est. In seruo autem nulla est pœna. Item operis publici temporarii in libero homine pœna est, quia non multum distat ab specie seruientium, qui inuitus publico operi nauat operam, non tamen est capitis deminutio, quia neque libertate plectit, neque ciuitate, *l. 6 C. de caus. ex quib. inf. al. non irrog.* In seruo autem pœna operis publici temporarij, nulla omnino est pœna. Pœna igitur operis publici non est communis liberis hominibus & seruis, non cadit in omnes, sed est B liberorum hominum propria: vt contra, vinculorum perpetuorum pœna, propria seruorum est, non liberorum hominum, *l. seq. 35. hoc tit. l. 6. & 10. C. eod.* At pœna metalli, siue in opus metalli est communis liberorum hominum & seruorum, *l. si quis aliquid, §. qui se, hoc tit. l. 11. C. eod. tit. l. 17. §. vlt. de quæst. l. 5. de manum.* Et hæc pœna metalli fodinæ in liberis hominibus maxima capitis deminutio est: in seruis mutatio dominij in deterius, quia etsi serui nec libertatem habeant, nec ciuitatem, aut caput vllum, quod damnatione in metallum amittere possint, tamen in deteriorem & teterrimum dominum decidunt, abeunt à priore, quem habuerunt ante damnationem, & serui fiunt pœnæ, non fisci, non Cæsaris, non Reipubl. non vllius certi hominis: sed quod miserum est, fiunt serui pœnæ, cruciatus, tormen- C torum, catenarum, *l. aut damnum §. inter eos, & §. vlt. hoc tit.* Quod autem ait Papin. in opus publicum perpetuum seruos non damnari, pugnare videtur cum *l. in seruorum, hoc tit.* quam opponit etiam Accursius, quæ, vt breuiter eam exponam, seruum ita damnatum, vt domino reddatur sub pœna vinculorum, si dominus nolit eum nebulonem recipere forte, nec sit, qui eum emere velit, ait, dandum esse in opus publicum perpetuum. Ergo, inquies, forte seruus damnatur in opus publicum perpetuum: imo, ea lex nihil pugnat, quia non proponit seruum damnatum fuisse in opus publicum, sed domino reddi iussum sub pœna vinculorũ, vt ei perpetuo in vinculis seruiret, quæ pœna in seruo legitima est. Et D hunc tamẽ seruum ita damnatũ, non in opus publicum, quod nõ potuit, sed in vincula, si à domino & omnibus derelinquatur, si nullus existat, qui seruitio eius vti velit, cui possit sub pœna vinculorum seruitutẽ seruire, nõ necessario seruus datur vel in opus metalli, vt *l. 5. de manumiss. & l. si quis aliquid §. qui se, hoc tit.* vel datur in opus publicum perpetuum: & hoc modo fit seruus pœnæ, vel potius seruus publicus. At si à domino non derelinquatur, si dominus eum recipere velit sub pœna vinculorum, sub lege habendi eum semper in vinculis, in compedibus, remanet in eius dominio & potestate, nec fit alterius, licet vincula ei iniecta sint, *l. aut damnum §. vlt. hoc tit.* nullis autem vinculis iniectis, si in E opus publicum perpetuum tradatur, nullam sustinet pœnam, nullum onus domini seruitio grauius. Ergo hoc genere seruus non punitur. Denique frustra datur simpliciter sine vinculis in opus publicum perpetuum, & multo minus datur in opus publicum temporarium, quod seruitium tempore leuius est. Quod si forte aliquando eueniat, vt seruus damnetur in opus publicum temporarium per imperitiam iudicis, toleratur quidem sententia nec rescinditur, arg. *l. 23. hoc tit. & l. 7. § ad tempus, de interd. & releg.* Sed vt Papinianus ait hoc loco, expleto tempore, domino redditur, vt ei præbeat operas, nec iam amplius publico, quoniam ab eius dominio non discessit: vel etiamsi per imperitiam iudicis seruus damnetur in opus publicum perpetuum, sane A tunc curabit dominus rescindi sententiam: quoniam eius interest, ne in perpetuum careat operis serui, & sit dominus sine re.

Ad §. eos quoque.

Eos quoque pœna delatoris ex sententia Senatusc. teneri respondi, qui per suppositam personam delatori causam dederunt.

Hoc loco ostendit Papin. eum qui per suppositam personam delatori, siue accusatori causam dedit, id est, qui supposuit aliquem, qui mandaret delatori causam capitalem deferendam, quique delatorem siue accusatorem instrueret allegationibus & probationibus, eum, inquam, qui hoc ministerio vtitur ad mandandam alteri accusationem, delationemve capitalis criminis, deserta accusatione teneri, perinde atque desertorem ipsum, qui ab accusatione destitit. Teneri, inquam, vt ait, ex sententia Senatusconsulti Turp. non ex verbis, quia Senatusconsultum tantum loquitur de accusatore & mandatore desistente. At sententia Senatusconsulti porrigitur etiam ad mandatorem mandatoris, de quo hic locus est accipiendus. Et hic Papin. locus proculdubio significatur in *l. 1. §. incidit, ad Senatus. Turp.*

Ad l. 3. de sent. pass. & rest.

In insulam deportati bona fiscus, pœna remissa retinuit. creditores ex ante gesto non habere cum eo, qui debitor quondam fuit, actiones constitit. Quod si bona cum dignitatis restitutione concessa recuperauerit, vtiles actiones necessariæ non erunt, cum & directæ competunt.

In hac lege proponitur deportatum in insulam indulgentia Principis fuisse restitutum ciuitati, quam per deportationem amiserat, & famæ quoque simul amissæ, ac dignitati suæ. Solius principis est restituere ciuitati & famæ, *l. Imperialis, C. de nuptijs l si qua, C. ad Senatusc. Tertull.* At fuisse eum restitutum ciuitati tantum & famæ, non etiam bonis, quæ semper de portato adimuntur omnia, & coguntur in fiscum, non fuisse, inquam restitutum bonis, vt plerumque non solet fiscus restituere, quæ semel in eum ceciderint, ne innocenti quidem confiscato forte ex causa contumaciæ, vt *l. 2. C. de requir. reis.* Et certum est deportatum restitutum ciuitati & dignitati beneficio Principis, non etiam bonis, non teneri creditoribus ex eo, quod gessit vel contraxit ante damnationem, quia de portatione, quæ est species capitis deminutionis, desiit esse debitor, & actiones translatæ sunt in fiscum, ad quem bona peruenerunt, *l. si debitori, sup. de fideiuss. l. 2. §. 1. & l. tutelas §. vlt. de cap. minut. sup.* vel fisco non vtente iure suo, & non vindicante bona deportati, vt potest, creditores cum deportato, qui bona retinet negligente fisco, non habent quidem directas actiones, quia ipso iure capitis deminutione liberatus est, sed habent vtiles, quia bona ei adempta non sunt reipsa, iure adempta sunt, quia pertinent ad fiscum, sed per negligentiam fisci apud eum remanserunt. Ideo tenetur vtilibus actionibus respondere creditoribus suis, *l. 14. §. vlt. sup. de int. & rel.* quæ est vna ex eis, quas ad eum titulum, qui mutilus est, restituimus ex Basilicis. Et quod dicimus de actionibus quibus deportatus obstrictus fuit ante sententiam, idem obtinet in iis, quas habuit ante sententiam, vt scilicet ei auferantur, & transeant in fiscum, sicut cætera bona, *l. 5. C. eod. tit.* Et hoc est, quod pertinet ad priorem partem huius legis. Ex posteriori parte huius legis notandum est, quod si forte magno beneficio Principis, deportatus pristinum statum, pristi-

nam dignitatem cum bonis omnibus ſpecialiter recipe-A rauerit, tunc ei, & in eum competunt directæ actiones, eædem, quæ competebant ante ſententiam, nec vtiles hoc caſu ſiue reſtitutoriæ actiones ei ſunt neceſſariæ, quia ipſo iure reſtitutio bonorum & actionum reſtitutio eſt, *l. 4. C. eod. tit. l. 21. inf. de verb. ſignific.* Quod vſque adeo verum eſt, vt etſi reſtitutus bona reſpuat, ſibi à Principe conceſſa & reſtituta, non ideò minus ipſo iure redeat in obligationem creditorum, non ideo magis exuatur actionibus, *l. 2. hoc t. l. pen. C. eod.* Et nota quod ait, non eſſe neceſſarias actiones vtiles, quum directæ competunt. Quod oſtendit etiam *l. ſi heres inſtitutus, ſup. ad Trebell. & l. 1. de Public. in rem act.* Poſui in hac poſteriore parte, eum fuiſſe reſtitutum cum bonis omnibus, vt *& l. 2. huius tituli* exigit bona omnia B reſtitui, vt & actiones reſtituantur in eum directæ, quia ſi reſtituantur tantum ei res quædam, veluti domus illa, & ille fundus, dicente principe: *Reſtituo te ciuitati & dignitati, & illis ædibus, & illi fundo, quem poſſediſti pridem ante damnationem.* Hoc caſu actiones ex ante geſto, id eſt, ex tempore præcedente ſententiam, ei, vel in eum nullæ competunt, ſed fiſcum ſequuntur, ad quē bona peruenerunt, *l. 3. C. eod. tit.* Hoc ita, ſi res quædam, ſi corpora quædam bonorum ei reſtituantur, ſicut dixi. Nam ſi pars bonorum ei reſtituatur, non deſignatis certis rebus, veluti dimidia pars aut tertia, quam *partem cognominem* Arithmetici vocant, noſtri Doctores, *partem quotam*, puta, his verbis: *reſtituo te dimidiæ parti bonorum: vel reſtituo te tertiæ parti bonorum*: tunc pro C ea parte, quæ reſtituitur, ei & in eum competunt priſtinæ actiones, *dicta l. 3. C. eod. tit.* Multum igitur intereſt, rebus quibuſdam reſtituatur, an parti bonorum: ſicut multum intereſt ex rebus certis quis heres inſtituatur, adiectis aliis heredibus, qui pro legatario habetur, an ex parte certa, qui pro herede habetur, non pro legatario, *l. pen. C. de hered. inſtit.* Multum item intereſt, rogetur heres reſtituere hereditatem retenta re, aut rebus certis, quo caſu omnes actiones hereditariæ tranſeunt in fideicommiſſarium Trebellianum, an vero retenta quarta parte, quo caſu actiones diuiduntur inter heredem & fideicommiſſarium pro quadrante & dodrante, *l. ſi legatus §. multum, ſup. ad Trebell.* Actiones, inquam, creditorum, non etiam actiones legatorum, D quibus tenetur ſolus fideicommiſſarius in ſolidum, cui reſtituitur dodrans hereditatis, optima ratione, quia cum aduerſus legatarios heres ſaluum & integrum quadrantem, id eſt, integram Falcidiam habere debeat, non debet eam ideo minus habere integram, & illibatam, ſine onere legatorum, quod dodrantem fideicommiſſario reſtituere teneatur. Dico dodrantem, cum rogatus eſt aſſem reſtituere. Nam ſi rogatus ſit ſemiſſem reſtituere hereditatis, hoc caſu non tantum actiones creditorum, ſed etiam actiones legatorum diuiduntur inter heredem & fideicommiſſarium pro ſemiſſibus, *l. 1. §. pen. & vlt. ad Treb. l. 2. C. eod. tit. l. etiam §. 1. ſup. vt legat. nom. cau.* Idemque eſt ſi heres rogetur reſtituere trientem vel beſſem, non aſſem, quæ iuris principia E certiſſima ſunt, & ſæpe memoria retinenda, quoniam facile excidunt.

Ad l. 39. de iure fiſci.

Bona fiſco citra pœnam exilij perpetuam adiudicari ſententia non oportet.

DIſplicet mihi & omnibus interpretatio Accurſij ad initium huius legis, quod accipit de deportatione, cum ſit neceſſario accipiendum de relegatione, vt perſpicue demonſtrabo. Omnino enim hoc vult: *citra pœnam exilij perpetuam*, id eſt, non irrogata relegationis pœna in perpetuum, ſed ad tempus tantum, damnati bona non eſſe confiſcanda, id eſt, neque omnia bona, neque partem bonorum vllam. Et ideo non niſi relegato in perpetuum, partem bonorum adimi poſſe, vt patet ex *l. 4. ſup. de interd. & releg.* quę ait, (ſic enim explicanda eſt) *relegatos omnia bona retinere præter ea, ſi qua eis adempta ſint ſententia iudicis.* Quod ita explicat mox, *nam, eorum*, inquit, *qui in perpetuum exilium dati ſunt, vel relegati, poteſt quis ſententia partem bonorum adimere.* In perpetuum exilium datos, proculdubio vocat relegatos in perpetuum, non deportatos. Et quod ſequitur, *vel relegati*, interpretatio eſt illorum verborum, *in perpetum exilium dati.* Illud, *vel* vt ſæpe occurrit in iure noſtro, eſt, σύνδεσμος διασαφητικός. Et ita hoc loco: *citra pœnam exilij pepetuam*, id eſt, citra relegationem perpetuam, bona damnati non ſunt adiudicanda fiſco: citra relegationem perpetuam, quia relegati ad tempus bona nulla ex parte publicari poſſunt, *l. 7. §. ad tempus, ſup. de interd. & releg.* Facit ergo differentiam inter relegationem perpetuam, quæ adimere poteſt partem bonorum, & relegationem temporariam, quę nullam partem bonorum adimere poteſt. Quæ differentia cum non poſſit fieri in deportatione, quia omnis deportatio eſt perpetua, nulla tēporaria, *l. 18. eod. tit.* quæ eſt etiam ex reſtitutis auxilio Baſilicon, nulla capitis deminutio eſt temporaria, *l. capitalium §. Diuus, de pœn.* ex eo manifeſto apparet illa verba: *citra pœnam exilij perpetuam*, quæ ſunt ſcripta ad differentiam exilii temporarij, poſſe tantum accipi de relegatione, non de deportatione, quæ nulla eſt temporaria: nulla denique capitis deminutio eſt temporaria. Nec obiicias, quod damnari quis poteſt in metallum ad tempus: ergo capite minui ad tempus. Nam damnatio in metallum, proculdubio capitis deminutio eſt, quia plectit & ciuitate & libertate. Damnari quis poteſt in metallum ad tempus ex *l. ſine præfinito, de pœn.* quæ ait, damnato aliquo in metallum ſimpliciter, non præfinito tempore, imperitia damnantis non adiecto, in perpetuum, neque ad tempus, illud ait, decennium præfinitum videri. Nam, vt reſpondeam, concedo damnari quem poſſe in metallum ad tempus, & hoc eſſe frequentiſſimum, & non adſcripto tempore, damnatum videri in decenniū, ſed tamen ita damnatus in perpetuum capite minuitur, quia in perpetuum ciuitatem amittit, & libertatem tantum retinet, quod aperte oſtenditur in *d. §. Diuus, & l. aut damnum §. in miniſterium, eod. tit.* Et alia eſt ratio ſerui damnati ad vincula, ſententia iudicis non præfinito tempore, qui in perpetuum damnatus intelligitur, non in decennium, quia durius agitur cum ſeruis, & ſolemne hoc erat, ſeruos reddi dominis ſub pœna vinculorum *l. in ſeruorum, l. ſi quis aliquid §. qui ſe, ſup. de pœn. l. ſeruos, C. eod. tit.* In liberis hominibus pœnæ interpretatione molliendæ ſunt, vt ait l. *interpretatione, de pœn.* in ſeruis interpretatione exaſperandæ potius quam molliendæ ſunt. Concludamus igitur, exilium eſſe accipiendum initio huius legis, non proprie pro deportatione, vt in *l. 2. de publ. iud.* quia deportatio nulla eſt temporaria, ſed impropriè exilium eſſe accipiendum pro relegatione, vt apud eundem Papinianum exilium temporarium eſt relegatio, non certe deportatio, *l. falſi §. 1. ad leg. Corn. de falſ. l. 13. quib. ex cauſ. in poſſ.* Et ſequitur in hac lege.

Ad §. eum qui

Eum qui periculum communis condemnationis diuidi poſtulauit, quod participes iudicati ſoluendo eſſent, reuocatis alienationibus, quas fraudulenter fecerunt, non videtur cauſam pecuniæ fiſco nuntiaſſe, reſpondi.

IDem oſtendit hoc loco, quod oſtendit in *l. proxima §. vlt. ſup. lib. 13.* delatorum numero non haberi eum,

qui causæ propriæ protegendæ gratia fisco nunciat causam pecuniariã, atque adeo vinci eũ posse sine periculo calumniæ, quod delator nunquam euitat. Et species hæc est: plures sunt condemnati fisco ex eadem causa in vnam summam, hoc adiecto in sententia & expresso, *vt si quis eorum soluendo non esset, pro eo cæteri soluere tenerentur*. vnus ex eis postulauit diuidi sententiam, & condemnationem pro virilibus portionibus, dicens participes & collegas esse soluendo, si modo reuocentur alienationes, quas fecerunt in fraudem fisci, & quum ab eo desideraretur, vt probaret collegas alienasse bona sua in fraudem fisci, id non potuit probare. An sit infamis quasi delator? Minime, quia hoc dixit, & proposuit suæ causæ protegendæ gratia, ne supra virilem inferret fisco. Ita vero, vt posui hoc loco, necesse est ponere speciem, quam etiam explicauit Accurs. male. Plures scil. vna sententia fuisse damnatos, ita vt pro eo, qui soluendo non esset, cæteri tenerentur, quoniam si generaliter damnati forent, & simpliciter, vt ponit Accurs. eo non addito, vt quod ab altero seruari non posset, alter suppleret de suo, proculdubio hoc casu periculum sententiæ non excussis facultatibus singulorum, ex æquo inter eos diuiditur pro virilibus portionibus, nec inopia vnius onerat cæteros, *l. 1. §. quoties, sup. de app. l. 1. & 2. C. si plures vna sent. cond. sint.* Et nihil est præterea in lib. 16. Imo supersunt adhuc duo loci, quib. Marcianus ex eodem libro vtitur Papin. auctoritate, qui breuiter explicabuntur. Vnus in *l. 1. §. vlt. de req. reis, vel abs. dam.*

Ad §. vlt. l. 1. de requir. reis.

Sed & Papin. lib. 16. responsor. scripsit, requirendum ad nonatum si prouinciæ præsidem intra annũ adierit, & satis obtulerit, non esse locum mãdatis, vt bona fisco vindicentur: nam etsi intra annum mortuus sit, criminis causa expirat & perit, & bona eius ad successores transmittuntur.

EX quo intelligimus, reum criminis capitalis absentem & profugum, non damnari quidem, sed adnotari inter reos, vt requiratur, & fieri, vt loquuntur, requirendum, bonis interim fisco subsignatis, nondum publicatis, quæ nec publicantur ante damnationem, si intra annum, ex quo publice adnotatio innotuit, venerit, adierit iudicem, & satisdederit iudicio sisti. Imo nec si intra annum moriatur, bona confiscantur, sed ad eius heredes legitimos transeunt, & morte eius, quæ contigit intra annum, cum criminis quæstio, tum bonorum quæstio perimitur, *l. 1. C. eod. tit. l. 2. C. si pend. appell. mors interuen*, Si non venerit intra annum, & purgarit se, vel si non mortuus sit intra annum, post annum bona subsignata fisco, proculdubio & occupantur à fisco, quasi publicata, quasi publica, *l. vlt. hoc tit. l. 2. C. eod.* Alter locus est in *l. 3. de bon. eorum, qui ante sent. vel mort. sibi consc.* vel *au. eorr.*

Ad l. 3. de bon. eorum, qui ante sentent. &c.

Qui rei postulati, vel qui in scelere deprehensi, metu criminis imminentis mortem sibi consciuerunt, heredem non habent. Papinianus tamen lib. 16. responsor. ita rescripsit, vt qui rei criminis non postulati, sibi manus intulerint, bona eorum fisco non vindicentur, non enim facti sceleritatem esse obnoxiam, sed conscientiæ metum in reo, velut confesso teneri placuit: Ergo aut postulati esse debent, aut in scelere deprehensi, vt si se interfecerint bona eorum cõfiscentur.

SEntentia hæc est: bona eius, qui sibi mortem consciuit, fisco vindicari, si reus postulatus, vel in scelere capitali deprehensus, ἐπ' αὐτοφόρῳ, vel ἐν ἔργῳ, metu criminis imminentis, mortem sibi consciuerit, non aliter: Nam si quis, cum non esset in reatu, cum non esset reus postulatus, non in flagranti crimine deprehensus se interfecerit, non ideo bona fisco vindicantur, & vt ait Papin. facti sceleritas, id est, ἀνομία, vt veteres Glossæ interpretantur ἀνομίαν, sceleritatem, iniquitatem, est priscum vocabulum, quo significatur fœditas & turpitudo facti, & nefandissimum scelus iniussu Dei, à quo animus datus est, ex hominum vita migrare, & adsignatum à Deo munus humanum defugere & deserere. Et tamen illa facti sceleritas legib. non plectitur, sed conscientiæ tantum metus, & quasi tacita confessio rei: in qua causa is tantum est, qui cum esset in reatu sibi ipsi manus intulit, Et ita hic locus explicandus est.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIA in Lib. XVII. Responsorum Æmilij Papiniani.

Ad l. 42. de pactis.

Inter debitorem & creditorem conuenerat, vt creditor onus tributi prædij pignerati non agnosceret, sed eius soluendi necessitas debitorem spectaret, talem conuentionem quantum ad fisci rationem, non esse seruandam respondi: pactis etenim priuatorum formam iuris fiscalis conuelli non placuit.



HVIVS l. sententia hæc est: debitor creditori prædium tradidit, vt id haberet & possideret iure pignoris, addita lege siue pactione huiusmodi, vt tributum, quod prædium fisco debet, debitor exsolueret, non creditor. Quæritur, an ideo dicendum sit, fiscum non posse conuenire creditorem tributorum nomine, quod aliud placuerit inter eum, & debitorem, vt non ipse creditor, sed debitor munere tributorum fungeretur. Et ait, eam pactionem non lædere ius fisci, ius fiscale: fiscum posse conuenire creditorem, qui possidet prædium iure pignoris. Nam tributum onus est possessoris cuiuscunque, non domini, nisi possideat, *l. Imperatores, inf. de publican.* & creditor pignerati prædij possessor est naturaliter, & iure pignoris, *l. 3. §. vlt. inf. ad exhib.* Et quidem solus possessor, quia debitor eo animo pignus tradidit, vt possessionem dimitteret, & transferret in creditorem, *l. per seruum, in pr. inf. de adq. rer. dom. l. cum & sortis §. vlt. de pign. act.* Ergo creditor debet prædij pignerati, quod possidet, tributum agnoscere & fisco persoluere: fisco non delegato ad debitorem, quia pactio habita inter eum & debitorem, non potuit labefactare aut conuellere ius fisci, sicut nec ius priuati alterius cuiusquam, *l. 3. in princ. tit. seq.* Eadem hac in re est causa priuati ac fisci, nec quidquam datur fisco, quod non detur etiam priuato. Pactio habita inter duos non nocet tertio, qui pactioni non interfuit. Recte autem ait Papinianus, *quantum ad fisci rationem attinet, eam pactionem non esse seruandam:* Nam quantum attinet ad debitorem & creditorem, proculdubio seruanda est inter eos, ita vt quod soluerit creditor fisco tributorum nomine, à debitore recipiat, debitor creditori rependat, *l. epistola §. pactum, h. t.* & quantum ad debitorem & creditorem attinet, ea pactio congruit

congruit omnino cum iure communi, quo ſoluta fiſco à creditore dicuntur augere ſortem, *l. 6. C. de pign.* Quod & hic Accurſius notauit rectè.
Ex libro 18. nullæ ſumptæ ſunt ll.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. XIX. Reſponſorum Æmilij Papiniani.

Ad l. 3. ad l. Rhod. de iactu.

Quum arbor, aut aliud nauis inſtrumentum, remouendi communis periculi cauſa deiectum eſt, contributio debetur.



COGVNTVR ſæpe, qui in mari nauigant orta graui tempeſtate ventorum imbriumque procella, vt commune, quod imminet naufragij periculum euitent, leuare nauem facta iactura mercium, vel ſarcinarum, quæ magis nauem onerant, vt Nemeſius ait libro de natura hominis, ἀποβολὰς τῶν φορτίων ποιεῖν τοὺς ναύτας λιμένι προσπίπτοντας: de conſilio ſcil. & ſententia omnium, qui in naui ſunt, & domino quoque ipſo mercium, quas iactari placuit, nauis exonerandæ gratia, primum incipiente iactum, vt nominatim eſt ſcriptũ in l. Rhodia his verbis: ἀποβολῆς εἰς τὴν θάλασσαν γινομένης ὁ ἔμπορος πρῶτος ῥιπτέτω. Hoc vero caſu dominis mercium vel ſarcinarum, quæ iactæ ſunt in mare, ex eadem lege Rhodia, quæ vetuſtiſſima eſt, & recepta vbique gentium, damnum quod fecerunt ſarciri debet ad collationem, contributionem, ſymbolum vocatis iis omnibus, quorum res beneficio iacturæ ſaluæ remanſerunt: quia natura æquum eſt, participes eſſe damni eos, qui beneficio damni, quod alter accipit, ſua conſeruauerunt: Æquum eſt ex aliena iactura non conſeruari res noſtras nobis gratuito ſine aliquo diſpendio, & communicatione damni, &, vt eleganter ait *l. 2. §. cum in eadem, h. t.* Id tributum, id eſt, eam contributionem, obſeruatæ res debent, non perſonæ, ſed res, quia liberarum perſonarum, qui in naui fuerunt, nulla æſtimatio eſt: ſalus liberi hominis inæſtimabilis eſt, vel, vt ait, *l. pen. §. vlt. inf. de don. Contemplatio ſalutis certo modo æſtimari non poteſt.* Ergo conſeruati homines liberi, conſeruata ſalus liberorum hominum in contributionem non venit, quia inæſtimabilis eſt. Conſeruatio ſeruorum & aliarum rerum æſtimabilis eſt. hæ igitur res contribuere debent, quod ſaluæ ſuperfuerint beneficio iacturæ, non etiam liberi homines pro capite ſuo quidquam conferre debent. Contributio autem fit pro rerum ſeruatarum & iactarum pretio præſenti, & fit non tantum à dominis conſeruatarum rerum, ſed etiam à domino nauis, pro nauis ſeruatæ pretio *d. §. cum in eadem*, atque etiam, vt hoc loco Papin. oſtendit, & *l. 5. hoc tit.* pro pretio arboris cæſæ ſiue mali, qui & κατάρτιον dicitur, ſi cæſa ſit arbor nauis periculi amouendi cauſa, iuxta illud Lucani 9.

Arboribus cæſis flatum effudere prementem.

Vel etiam pro pretio claui vel anchoræ, vel antennarum, ſi ſeruata ſint cornua antennarum, vel pro pretio aliorum quorumcunque inſtrumentorum, quæue ſeruata ſunt, vt ſi qua inſtrumenta nauis eruta, fracta, deiecta ſint, nauis & mercium ſeruandarum, & periculi propulſandi gratia. Et ita in l. Rhodia nominatim ſcri-

A ptum eſt, μετὰ τῆς ἐξαρτίας, quo nomine ſignificatur omne inſtrumentum nauis, vſitato etiam Venetis hodie. Cum ergo inſtrumento omni nauis, nauem in contributionem venire; inſtrumento deiecto debetur contributio, vel fracto vel eruto. Inſtrumentum vero ſeruatum ſimul cum naue debet contributionem, & definitur etiam eo capite legis Rhodiæ pretium nauis cuiuſque, pro quo conferri debet pretium nauis vetuſtæ, & ſpecialiter pretium nauis capacis decem millium modiorum id eſt, quæ tollat modiorum decem millia, quæ vocat, τῶν χιλιάδων τοῦ μοδισμοῦ. Et Dio 56. χιλιοφόρον, qualis erat plerunque omnis nauis oneraria, Vlp. *lib. ſing. regul. Naue, inquit, Latinus ciuitatem Romanam accipit, ſi non minorem, quam 10. millia modiorum nauem*
B *fabricauit*, id eſt, τῶν χιλιάδων τοῦ μοδισμοῦ, Pertinet lex Rhodia non ad naues longas veluti triremes, ſed ad onerarias, quæ ſunt fabricatæ mercaturæ cauſa, veluti Corbitæ, & inde frequens in hoc titulo mentio mercium nauibus impoſitarum. Valde autem notandum eſt, quod ait hoc loco, *remouendi communis periculi cauſa, ſi deiecta cæſa ſit arbor*, ſi cæſus malus, vel defectum aliud inſtrumentum nauis, deberi contributionem. Si facta ſit deiectio, inquit, vel amiſſio inſtrumenti remouendi communis periculi cauſa. Nam ſi citra metum periculi exarmauerit aliquid in naui nauta, aut vis quædam modica tempeſtatis, id vectores aut mercatores ſarcire non debent, ſed id tantum, quod exarmauit metu imminentis periculi, & voluntate vectorum aut mercatorum, ſiquid vltro exarmauerit, id citra voluntatem ve-
C ctorum, nec vrgente periculo vllo, id nautæ ſarcire non debent: ſicut nec ſi faber, cuius opus locaſti, marculum vel incudem fregerit, id imputabitur tibi, id ſarcire non debes, *l. 2. §. ſi conſeruatis, hoc tit.* Notandum etiam eſt, non tantum contributionem fieri facta iactura certarum mercium nauis leuandæ cauſa, ſed etiam propter iactum, vel propter vim tempeſtatis, vt additur in lege Rhodia aſpergine, vel ſalſugine maris deterioribus factis aliis mercibus, quæ in naui remanſerunt, vt ſcilicet damnum ſarciatur, tam harum quam illarum mercium dominis, ex collatione cæterorum, quorum merces ſaluæ, integræ, illeſæ ſunt, *l. 4. §. vlt. hoc. tit.* Et damnum aſperginis in lege Rhodia ſignificatur his verbis: Ἐὰν ἐκ τῆς ζάλης. ζάλην vocat procellam, τυφθῇ τὸν
D κομὸν βρεχθῆναι. Item contributio fit naui expugnata à piratis, vt ſcilicet redimatur nauis communi pecunia, cum mercibus, quę ſimul abductæ ſunt & ereptæ, *l. 2. §. ſi nauis, h. tit.* Item contributio fit mercibus leuandæ nauis gratia tranſiectis in ſcapham, quæ ſubſequi plerumque nauem ſolet, ſi poſtea ſcapha ſubmerſa ſit: nam dominis mercium illarum, quæ in ſcapham tranſiectæ ſunt, poſtea ſcapha demerſa, perinde atque ſi merces iactæ eſſent in mare, contribuere debent cæteri, qui in naui merces ſuas ſaluas habent, *l. 4. in pr. h. tit.* Denique contributio fit amiſſis mercibus iactura vel tranſiectione facta in ſcapham nauis leuandæ, & mercium cæterarum conſeruandarum gratia, vt damnum ſarciatur dominis mercium, vel etiam mercib. aſpergine deterio-
E rib. factis, vt & hoc dãnum ſarciatur dominis mercium vitiatarum, aut ruptarum, vel etiam naui, vt diximus, expugnata à piratis vel hoſtibus, vt redimatur cum mercibus pro rata ære collato. Naufragio vero facto & naue prorſus amiſſa, non eſt contributioni locus, *l. 4. §. 1. & l. 5. h. tit.* Etiam ſi quis forte merces ſuas ex naufragio liberauerit, vel profundo extraxerit per vrinatores ſiue colymbarios, vel etiam ſeruauerit in ſcapha, vel carabo (carabus, κάραβος, καράβιον) quæ fere idem eſt, quod ſcapha, *que vous appellez carauelle*, quæ ſequitur magnas naues, & eius vſus etiam in magno flumine: chelandii vſus eſt in paruo flumine tantum, vt in Auarico flumine Biturigum. commune enim eſt nomen vrbis & fluminis, cuius parui fluminis nautæ etiam id

genus nauigij chelandium vocant, vt Cedrinus in historia, *vn chelant*. Naue autem amissa, licet forte quædam merces seruatæ sint, non esse contributioni locum etiam Paulus scribit *2. Sen. eod. tit.* vbi & illud generaliter definit, *collationis in tributionem ob iacturam non nisi naue salua fieri debere*. Nempe caput hoc legis Rhodię, de quo in hoc tit. potissimum agitur, de iactura est tantum, non de naufragio: aliud fuisse caput legis Rhodiæ de naufragio subindicat *l. 9. h. tit.* in qua proponitur libellus Eudemonis Nicomedensis oblatus Antonino Imperatori, quo querebatur naufragio facto in Italia, se direptum fuisse, vt ait ὑπὸ τῶν δημοσίων, à publicanis Cycladum insularum, in quas eiectæ erant reliquiæ naufragij quædam: quæ insulæ, vt glossa ait, non sunt etiam in Italia, vbi sint nemo scit. Et respondisse Imperatorem Antoninum, eam rem, id est, rectène publicani diripuerint reliquias naufragij necne, iudicari oportere lege Rhodia, quam omnes populi libenter sequuntur in controuersiis nauticis, videlicet si deficeret, aut non repugnaret l. Romana. forte l. Rhodia non probabat, quod Iuuenalis ait, *res fisci est vbicunque natat*. Sed licebat vnicuique impune, id est, nullo tributo publicanis illato, nullaue parte naufragij, naufragium suum colligere, quod & Antoninus scripsit in l. *vlt. inf. de inc. ruin. & naufr. & l. 1. C. de nauf. lib. 11.* In nauticis autem quæstionibus omnibus, etiam legem Rhodiam esse sequendam, nisi si qua in re ab ea ius ciuile populi Rom. dissideret, etiam Senatu comprobante, Augustus vt nominatim ait *l. 9.* & Tiberius, & alij, & Vespasianus & Traianus decreuerunt.

Ad l. 43. de oper libert.

AIt l. libertum operis obligatum, qui debet operas patrono ex iureiurando, vel ex stipulatione, militiæ nomen non dare sine iniuria patroni: Quod certum est, militiæ nomen dare non posse, ne patrono fiat iniuria, ne patronus careat operis sibi debitis, patroni consensum exigi, vt amittat operarum actionem, alioquin libertus militia remouebitur. Nam etsi libertus ius aureorum annulorum impetrauerit inuito patrono, vel patroni filio, vel natalibus restitutus fuerit, hæc beneficia ei adimuntur, ne fiat iniuria patrono, *l. 3. inf. de iur. aur. ann. l. 2. in fin. l. pen. & vlt. de nat. rest.* Imperatores Diocletianus & Maximianus in *l. 4. C. de eman. lib. In cuiusquam iniuriam beneficia aliis tribuere moris nostri non est*, & iidem in *l. 1. C. Hermogeniano, de test. beneficia citra cuiusquam iniuriam decernere petentibus, minime solemus.* vbi *citra*, pro *intra* vt apud Cor. Tac. sæpe. Et similiter Traianus ad Plinium: *Priuilegia priuatorum iniuria à me dari non oportet.* Libertinus militia non prohibetur, sed seruus tantum: libertinus nomen militiæ dare potest, *l. vlt. C. de lib. & eor. liber.* sed nonnisi consentiente patrono, si ei debeat operas: si nõ debeat, etiam non consentiente patrono, & si forte ingratitudinis arguatur aduersus patronum, aut filium patroni, priuilegio militiæ non defenditur, quo minus in seruitutem retrahatur propter ingratitudinem, *d. l. vlt.* nam etiam militibus aduersus parentes & patronos ratio pietatis constare debet, *l. 1. de obs. par. & pat. præst. l. 5. §. à milit. inf. de lib. agnos.* quæ præcepta sunt officiorum laudatissima.

Ad l. 23. de appell.

Ex consensu litigantium citra compromissum à præside prouinciæ iudice dato, victus potest prouocare.

AD hanc l. sciendum est, aut quod iam sciunt omnes quasi notissimum, memoria repetendum, à sententia iudicis delegati, quem præses prouinciæ dedit, posse appellari ad eundem præsidem, vel ad successorem eius, qui ei successit in imperio *l. 1. inf. quis & à quo appel.* A iudice autem compromissario, quem ex compromisso litigantes adierunt à sententia iudicis cõpromissarij appellari non posse, quanquam hodie alio iure vtimur: at iure ciuili à sententia iudicis compromissarij appellari non potest, *l. non disting. §. item cum à iudice, sup. de recept. qui arb. recep. & l. 1. C. eod.* Et ratio est euidens, quia frustra appellaretur à sententia iudicis compromissarij, cum neque pariat actionem iudicati, neque exceptionem rei iudicatæ, *d. l. 1. & l. 2. sup. eod. t. de rec. qui arb.* & ideo quia ex sententia iudicis compromissarij, id est, recepti arbitri, non nascitur obligatio, nec iudicati actio, nec exceptio; qui eum adeunt, solent inuicem pœnam promittere, quod est constipulari & compromittere vicissim alter alteri pœnam, si quis non steterit sententiæ arbitri, vt metu pœnę stetur sententiæ arbitri, & in non obtemperantem detur actio ex stipulatu pœnæ nomine. Quęritur inde an à iudice edititio appellari possit, sic appellatur à M. Tullio pro Plancio, & quis is sit Seruius exposuit in Eclog. Virg. 3. Is est, quem præses prouinciæ dedit, non ex suo arbitrio, sed ex petitione, editione, & consensu litigantium, de quo etiam agitur in *l. pen. C. de recep. arbit. l. 1. C. vbi & apud quem cognoit. rest.* Ab eius autem sentẽtia, vt definit hoc loco Papinian, appellari potest, quia nihil distat à iudice delegato. Quid enim interest, delegarit præses eum, quem ipse elegit, an eum, quem partes elegerunt, si modo eum elegerint citra compromissum: nam hoc loco Florentini perperam habent, *circa compromissum*, alij recte, *citra*, vt Basilic. χωρὶς, id est, sine. nam si ex compromisso editus sit, ab eius sententia appellari non potest, si sine compromisso editus sit, & datus à præside partibus postulantibus, ab eo appellari potest ad præsidem, qui dedit.

Ad §. cum procurator.

Cum procurator Cæsaris, qui partibus præsidis non fungebatur, in lite priuatorum ius dandi iudicis non habuisset: frustra prouocatũ ab ea sententia constitit, qua non tenebat.

PRocurator Cæsaris, alias rationalis dicitur, & in Basilicis semper καθολικὸς, quod vniuersam rem Cęsaris tractet & administret. Singuli autem constituuntur in singulis fere prouinciis procuratores Cęsaris, & hic procurator Cæsaris habet iurisdictionem inter fiscum & priuatos in causis pecuniariis, *l. nec quidquam, in prin. sup. de offic. procons.* Iurisdictionem non habet inter priuatos in lite priuatorum, nisi partibus præsidis in prouincia fungatur, Iurisdictionem etiam non habet inter fiscum & priuatos in causis capitalibus, nisi præsidis vicem tueatur & sustineat, *l. 2. C. de pœnis. l. 4. C. ad l. Fab. de plag. l. 8. C. de sent. passis.* Iurisdictionis pars est iudicis dandi licentia, iudicem delegare posse, *l. imperiũ, supra, de iurisd.* Iudicem ergo procurator Cęsaris dare potest inter fiscũ & priuatũ in causis fiscalibus pecuniariis, non inter priuatos, & si quem iudicẽ forte dederit inter priuatos, isque sententiam dixerit, ab ea sententia frustra appellatur, cùm sit dicta à iudice non iure dato, vel à non iudice potius, *l. 1. C. de pedan. iud.* quæ est sententia huius §. congruens cũ *d. l. 1.* Inter priuatos iudicem dare, vel de causis capitalibus cognoscere ad præsidis prouinciæ iurisdictionem spectat. At crimine pœnaque extincta morte rei ante damnationem, vel etiam post condemnationẽ factã à præside viuo vel mortuo reo, succedunt partes procuratoris Cæsaris, vt damnati aut mortui in reatu bona vindicet fisco, & cognoscat de bonorũ causa: de reatu non potest cognoscere, de bonis potest cognoscere, quia ciuilis quæstio hæc est & pecuniaria, *l. de functo, sup. de publ. iud. l. 1. 2. 3. C. vbi*

cauſæ fiſc. Vlpianus *lib. 9. de offi. proconſ. tit. ad l. Fab. Legis* inquit, *Fabiæ de plagio in prouinciis præſidum cognitio eſt.* Nec aliter procuratori Cęſaris hæc cognitio iniungitur, quam ſi pręſidis partibus in prouincia fungatur: *Sane*, inquit, *poſt ſententiam de plagio latam, procuratoris partes ſuccedunt.* Deinde ſubiicit Vlpianus: *inſulæ tamen Cretæ*, vt emendaui, *procuratori ſpecialiter datum conſtitutione Antonini*, vt *ex l. Fabia poſſet cognoſcere de plagio, & l. Iulia tantum de adulteriis coercendis.* Hinc quæritur, quando videatur procurator Cæſaris fungi partib. Præſidis? Ne dicas, vt Accurſ. in *l. 1. C. de ped. iud. & l. 4. C. ad l. leg. Fab.* procuratorem Cæſaris tunc fungi partibus præſidis, quum priuati quidam in lite, quam habent inter ſe, ſe iuriſdictioni eius ſubiiciunt, quia non in eo obtinet, agitue partes præſidis, ſed in ea tantum lite inter priuatos conſentientes iuriſdictionem exercet, *l. 1. ſup. de iudic.* Ne etiam dicas, eum fungi partibus præſidis, quum præſes ei mandauit iuriſdictionem ſuã; neque lex ei detulit: lex Iulia iudiciorum, *l. 6. ſup. de iuriſdict.* Et conſtat etiam mandari à præſide non poſſe cognitionem cauſarum capitalium, quæ lege datur præſidi, non iure magiſtratus competit, *l. 1. ſup. de off. iud. cui mand. eſt iuriſd.* At tunc certe procurator Cæſaris tuetur vicem præſidis ſiue partes, quũ mortuo præſide, à Principe, qui lex viua eſſe dicitur, moderamen prouinciæ ei temporis cauſa datur: vel etiam, quum ab initio à Principe ei prouincia regenda committitur, quæ non habet præſidem, vt in *l. 1. ſup. de tut. & cur. dat. l. 1. C. de offi. eius, qui vicem alt. iud. gerit.* Fuerunt enim quædam prouinciæ quandoque ſine præſide, quæ à ſolo procuratore Cæſaris regebantur, vt duæ Mauritaniæ, & Rhetia, & Noricum teſte Cornel. Tac. 1. hiſtor. Et quandoque neque à præſide, neque à procuratore Cæſaris regebantur quædam, ſed à Primipilo. Idem Corn. Tacit. 4. Annal. *Olennius è Primipilaribus regendis Friſiis impoſitus.* Ouid. 4. de Ponto, ad Veſtalem. in quo lemmate ex veteribus addendum eſt, *Primipilum.* Ad Veſtalem Primipilum.

Miſſus es Euxinas, quoniam Veſtalis ad oras,
Vt poſitis reddas iura ſub axe locis.

Ad §. filiumfam.

Filiumfamilias, cum aduerſus patrem eius de bonis, quæ per ipſum poterat adquiri, pronunciatum eſſet, reſpondi, non niſi patris nomine potuiſſe prouocari.

QVædam erant bona per filiumfamil. quæſita patri iure poteſtatis, quæ cum perſequeretur pater & peteret à poſſeſſoribus, aduerſus eum pronuntiatum eſt. filius eius poteſt appellare à ſententia etiam ſine mandato patris, *l. ſed & hæ perſ. ſup. de procur.* ſed nomine patris, non ſuo, quia res iam ſua non eſt, ac ne momento quidem fuit ſua, *l. placet, de adq. hered.* ſed res eſt patris. Effectus huius rei hic eſt, quod debeat appellare intra triduum, qui ſi cauſa eius eſſet propria, ſi ſuo nomine vellet appellare, deberet appellare intra biduum, *l. 1. §. in propria, inf. quand. appell. ſit.*

Ad §. vltimum.

Eum, qui cognouit edictum peremptorium ſecundum ordinis cauſam dati, placuit non recte prouocaſſe, cum in eius poteſtate fuerit, ante diem præſtitutum pro tribunali reſpondentem, aut defenſum edicti denuntiationem rumpere.

EX §. vlt. huius legis intelligitur, eum, qui in cauſis ciuilibus poſt litis conteſtationem per contumaciam iudicio abeſt, & damnatus ex eremodicio, quam vocem, & forum retinet, quaſi deſertali te, poſt diem præſtitutam edicto peremptorio, quo adeſſe iubetur, ſi iudicio abſit, nec venerit prædicta die, & cognouerit edictum, eum, inquam, abſentem, qui ex contumacia ita damnatus eſt, non poſſe appellare, quod approbant multæ admodum leges præter hunc §. *vlt. l. & poſt peremptoriũ §. vlt. ſup. de iudic. l. liberto §. pen. de negot. geſt. l. 1. C. quorum appell. non recip. l. properandum §. cum autem, C. de iudic.* Verum exigimus, vt ei innotuerit edictum peremptorium, quo euocatus eſt in iudicium ad diem certam. Exigimus vt edictum peremptorium vel fuerit publice propoſitum, publice affixum, quoniam non poteſt cauſari ignorantiam eius, quod publice affixum eſt. Denique cognoſcere videtur quiſque & intelligere, quod publice propoſitum eſt loco celeberrimo claris literis. Ergo exigimus vt edictum vel ſit propoſitum, vel vt non propoſitum venerit in notitiam eius, perlatis ad eum litteris vel denuntiationibus; Alioquin ſi edictum peremptorium, neque propoſitum, neque ei notum factum ſit, ſententia in eum abſentem dicta, ipſo iure nulla eſt, *l. 1. §. pen. inf. quæ ſent. ſine appell. reſcind.* Itemque exigimus, vt edictum peremptorium interponatur, vt ait, *ſecundum ordinis dati cauſam*, id eſt, ſecundum ſolemnem formulam ordinis legibus dati, vel ſolemni ordine edictorum peracto, vt ait *l. ſi prætor, ſup. de iudic.* Nam tria edicta vel litteræ aut denuntiationes tres debent, aut ſolent præcedere edictum peremptorium. Et hæc eſt forma ſiue cauſa ordinis dati in contumaci faciendo & damnando. Vt autem, qui damnatus eſt ex contumacia, non poſſit appellare, pœna contumaciæ hæc eſt, & contempti magiſtratus: &, vt ait hoc loco, imputatur ei, quod cum potuerit edicti denuntiationes abrumpere, non abruperit, ſiſtendo ſe iudicio ante diem pręſtitutum edicto peremptorio. Fuit enim in eius poteſtate ante diem pręſtitutum iudicio adeſſe, per ſe, aut per procuratorem, reſpondere per ſe, aut defendi à procuratore, quod cum non fecerit, cum neque venerit ad diem, neque miſerit procuratorem, de ſe queri debet, ſi litis damno coerceatur, vt in *l. contumacia, de re iudic.* id eſt, ſi damnato neque detur commune auxilium appellationis, neque reſtitutionis in integrum. Sed hoc dum exprimit Pap. vtitur valde priſco & Attico tamen genere loquendi, dum ait, *cum in eius poteſtate fuerit ante diem præſtitutum pro tribunali reſpondentem, aut defenſum edicti denuntiationem rumpere. Cum*, inquit, *in eius poteſtate fuerit reſpondentem aut defenſum*, quo genere loquendi ferme omnes auctores vtuntur. eſt σολοικοφανὲς, neque tamen σολοικὸς, quale exſtat ſimile in §. *vlt. Inſtitut. de action.* qui quidem §. ita legitur in omnibus veteribus, etiam ab Angelo Aretino & cæteris: *eum quoque qui creditorib. bonis ceſſit, ſi poſtea aliquid adquiſierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro creditores cum eo experiuntur.* quæ oratio congruere non videtur, aut cohærere, neque tamen reiicienda eſt, quoniã ἀρχαισμὸς eſt, & frequentiſſimum genus loquendi etiam apud Ciceron. & Salluſt.

Ad l. pen. de re mil.

Ex cauſa deſertionis notatus ac reſtitutus, temporis, quod in deſertione fuerit, impendiis expungitur. quod ſi ratio conſtiterit neque deſertorem fuiſſe apparuerit: omnia ſtipendia citra temporis finem redduntur.

IN hac lege oſtenditur, deſertorem militię damnatum & notatum infamia, etiamſi indulgentia Principis militiæ reſtitutus fuerit, vt ſolet ex prima deſertione tantum, *l. 5. §. deſertor, hoc tit.* non reſtitui tamen ſtipendiis, quæ vocat impendia etiam, veteri vocabulo,

stipendiis, inquam, eius temporis, quo in desertione A fuit, quod & aperte constitutum est in *l. 5. C. eod.* Ideoque si militiæ tempus legitimum, quod est viginti annorum, *l. vlt. C. de iis qui non impl. stip. lib. 10.* in desertione impleuerit, priuatur emerito, *l. 3. §. qui militia, sup. hoc tit.* sed, vt subiungit, si ratio innocentiæ constiterit, vt plenius est scriptum in *l. 1. §. vlt. de quæst.* id est, si non desertorem fuisse apparuerit, omnia stipendia accipiet citra finem temporis, citra distinctionem temporis, vt idem loquitur in *l. eum qui, de iis quibus vt indign.*

Ad l. 16. de castr. pec.

Dotem filiofamilias datam vel promissam, in peculio castrensi non esse respondi. nec ea res contraria videbitur ei, quod D. Hadriani temporibus filiumfa. militem vxori heredem exstitisse placuit, & hereditatem in castrense peculium habuisse, nam hereditas aduentitio iure quæritur; dos autem matrimonio cohærens oneribus eius ac liberis communibus, qui sunt in aui familia confertur.

IN hac l. ostenditur, dotem ab vxore datam vel promissam, vel dictam filiofamilias militi marito suo, non esse in castrensi peculio filiifam. sed in aduentitio: recte. alioquin dos non adquireretur patri, in cuius potestate filius est, & tamen patri dotem adquiri æquissimum est, quia ad eum pertinent onera matrimonij filij sui. nam & nurus & nepotes ex eo matrimonio procreati familiam eius sequuntur, & ab eo omnes alendi & exhibendi sunt cum hominibus eorum, *l. si filia §. si filiusfamilias, famil. ercisc.* ibi dos esse debet, vbi sunt onera matrimonij, *l. si is qui §. 1. sup. de iure dot, l. si maritus, sup. famil. ercisc. l. actione §. vlt. sup. pro soc.* Dos enim nihil aliud est, quam repensatio onerum matrimonij, vel collatio pecuniæ, quæ fit mulieris nomine pro oneribus & impendiis, quæ sustinet maritus vel parens, in cuius potestate maritus est, matrimonij causa, *l. dotis, sup. de iure dot. l. pro oneribus, C. eod. tit.* Et hoc est, quod ait Papinianus hoc loco, dotem conferri pro oneribus matrimonij ac liberis communibus, filij scilicet & nurus, qui omnes sunt in potestate & familia patris siue aui, patris filio, aui cæteris: nam & nurus, quę D conuenerat in manum filij, veniebat in familiam & potestatem soceri, & vt Caius scribit in Institutionibus, auo mortuo, si filius in eius potestate non erat, nurus sua heres erat: quia neptis loco erat. Stulte Accursius tentat hoc loco, verbum, *conferri*, traducere ad onus collationis bonorum propriorum, quo ex edicto Prętoris fratres funguntur inuicem, qui ab intestato veniunt ad bona defuncti parentis, quia de eiusmodi collatione non cogitauit Papinianus, quæ fit fratribus coheredibus ab intestato, vel successoribus, sed loquitur Papinianus de collatione dotis, quæ fit marito pensandorum onerum matrimonij causa. Huic autem sententiæ Papiniani obstare videtur quod idem refert ex rescripto Diui Adriani cum hoc loco, tum in *l. Diuus, sup. hoc tit.* hereditatem, quæ ex testamento vxoris obuenit D filiofamil. militi castrensi peculio adnumerari: nam cur & dos filiofamil. militi data, vel promissa ab vxore non adnumeratur castrensi peculio? Et rationem differentiæ hanc esse Papinianus docet; quia dos cohæret matrimonio, cuius onera sequuntur patrem, cohæret oneribus matrimonij, quæ sustinet pater. ergo adquiri debet patri, quæ non posset adquiri, si deputaretur in castrensi peculio. Hereditas autem vxoris, quæ obuenit filiofamil. militi. aduentitio iure quæritur, id est, extra causam matrimonij obtingit filio: neque enim his verbis, *aduentitio iure*, significat, hereditatem vxoris esse in aduentitio peculio, quæ proculdubio est in castrensi, vt Adrianus rescripsit, sed eam hereditatem extrinsecus, siue extra causam matrimonij obuenire & adquiri filio. Aliud est aduentitium ius, longe aliud aduentitium peculium, quod notandum. Verum aliter quam Diuus Adrianus constituerit in hereditate vxoris, constitui videtur in *l. 6. hoc tit.* In seruis ab vxore filiofamilias militi donatis manumittendi causa, quæ donatio valet inter virum & vxorem manumissionis causa, alioquin non valeret, nec inter virum militem, & vxorem, *l. 2. C. de donat. inter vir. & vxor.* Seruis autem donatis ab vxore filiofamilias militi manumissionis causa, *d. l. 6.* ostendit ita esse distinguendum, quum quæritur sint in castrensi peculio, nec ne? Aut vxoria siue coniugali B adfectione eos seruos donauit, & non sunt in castrensi peculio, neque serui, neque liberti: proinde nec possunt manumitti sine permissu patris, & manumissi permissu patris, fiunt liberti patris, non filij, *l. filiusfamilias, sup. de iure patron.* Aut eos seruos vxor ad castra eunti marito donauit manumittendi causa, vt habiles ad militiam libertos haberet, serui sunt inhabiles, & hoc casu liberti in castrensi peculio computantur. Eadem distinctio adhibetur in donatis ab vxore filiofamil. militi aliis rebus mortis causa, quæ donatio etiam licita est, vel alio iure licito, vel in legatis, *l. 8. hoc tit.* Nam & legatorum quorundam inter se vir & vxor capaces sunt, vt constat ex *lib. sing. regularum Vlpiani.* At in hereditate vxoris relicto testamento filiofamil. militi marito suo, hac distinctione Diuus Adrianus non vtitur; C Quid ita? quia lege Iulia & Papia, quæ obtinuit ante Theodosium, id est, *l. 2. C. de infirm. pœnis cœlibat.* non potuit vtiliter viro relinqui hereditas testamento vxoris, vel contra, adfectione coniugali, quam lex Iulia & Papia cohibuit: ac ne militiæ quidem causa herede instituto marito, ante tempora Diui Adriani, qui fauore militiæ primus rescripsit, militiæ causa maritum ab vxore heredem institui posse ex asse. Responsum est admodum singulare, & ita accipiendum omnino, quod valde notandum studioso iuris antiqui. Hæc de vxore heredem instituente maritum militem. Nunc tractemus de agnato vel cognato.

Ad §. hereditatem.

Hereditatem castrensi peculio non videri quæsitam respondi quam frater patruelis in alia prouincia stipendia merens, fratri patrueli, cum quo nunquam militauit, relinquit. Sanguinis etenim ratio, non militiæ causa, maritum hereditatis accipiendæ præbuerat.

SI agnatus, vel cognatus testamento suo agnatum militem, qui est in potestate patris, veluti fratrem patruelem, vel cognatum militem, veluti consobrinum heredem instituerit, distinguendum est, vtrum militiæ contemplatio, & ratio meritum præbuerit, & causam accipiendæ hereditatis, vt ait in 2. responso huius legis, puta, quia erant commilitones: commilitio, id est, castrensi collegio augente necessitudinem & caritatem, vt ait *l. pen. in prin. h. t.* Et tunc hereditas agnati vel cognati comilitonis proculdubio computatur in castrensi peculio, *l. 1. & 5. C. eod. lib. 12.* Aut non erant commilitones, quia testator, vel erat paganus, vel in alia prouincia merebat stipendia: & tunc hereditas non computatur in castrensi peculio, quia non castrensis notitia vel adfectio eam elicuit, vt *l. 8. hoc tit.* non militię, sed sanguinis causa tantum. Sanguinem hoc loco etiam pro agnatione accipit, vt in *l. vel si sanguine, sup. de manumiss. testam. l. si adulterium §. 1. sup. ad leg. Iul. de adult. l. pen. C. de legit. hered. l. 49. C. Theodos. de iis, qui super relig. cont.* Quintilian. declam. 321. *Fratrem suum potuit aliquis occidere, non obstitit tacita natura, nō sanguinis ius.*

Quod notandum: nam alias plerumque ius ſanguinis reſtrictius refertur tantum ad ius cognationis, quod venit per fœminas, non ad ius agnationis, vt in illa regula, *iura ſanguinis nullo iure ciuili dirimi poſſunt*. Caue acceperis, *iura ſanguinis* latiſſime, quoniam id tantum verum eſt in cognationis iure. Et hæc de hereditate delata filiofamilias militi, vel ab vxore, vel à cognato: ſi ab vxore, diſtinctione non vtimur: ſi à cognatis, diſtinctione vtimur. Notandum etiam in aliis rebus mobilibus, quæ cognatis, vel quæ à matre vel à patre: nam & quæ ob cauſam militiæ à patre filiofam. fit donatio, valet, *l. 23. §. 1. ſup. de fideicommiſſ. libert*, quæ, inquam, res mobiles à cognatis, vel à matre, vel à patre, vel etiam quæ ab vxore iure licito donantur, certis caſibus vtimur etiam diſtinctione, & inſpicimus vtrum militaturo, ſiue eunti ad caſtra, illæ res donatæ ſint, quæ caſtrenſi peculio adnumerantur, *l. 6. hoc tit. l. 3. §. ſecundum, ſup. de donat. inter vir. & vxor. l. 3. C. de bonis proſcript. Paulus 3. Sententiar. caſtrenſe peculium eſt*, inquit, *quod in caſtris adquiſiuit, vel quod profecturo ad militiam datur*. Inſpicimus ergo vtrum res donatæ ſint proficiſcenti ad militiam, & ſint in caſtrenſi peculio, an vero iam militanti donatæ ſint, quæ non temere militari, ſiue caſtrenſi peculio adnumerantur, niſi donationi commilitium cauſa præbuerit, vel niſi, vt in *l. 3. hoc tit.* donentur ad comparandas res militares, vel caſtrenſes, militanti neceſſarias. Qua de cauſa in *l. 11. hoc tit.* vbi definitur caſtrenſe peculium, illa verba, *in militia agenti*, quod attinet ad eas res, quas parentes vel cognati donant, ſtrictius accipienda ſunt de iis tantum, quæ donant per cauſam commilitij, vel ad comparandas res militares aut caſtrenſes. Et de mobilibus rebus hoc dicimus, vt diximus initio, vel ſe mouentibus, puta, ſeruis aut equis, vel iumentis, quia prædia donata à parentibus vel cognatis, licet donata ſint eunti in militiam, numquam connumerantur caſtrenſi peculio, *l. 1. C. eod. tit. l. ſi filius C. famil. erciſc.*

Ad l. 5. de cenſibus.

Cum poſſeſſor vnus, expendendi negotij cauſa, tributorum iure conueniretur, aduerſus cæteros, quorum æque prædia tenentur, ei, qui conuentus eſt, actiones à fiſco præſtantur: ſcilicet, vt omnes pro modo prædiorum, pecuniam tributi conferant, nec inutiliter actiones præſtantur, tametſi fiſcus pecuniam ſuam recuperauerit, quia nominum venditorum pretium acceptum videtur.

PLures ſunt in vno vico vel territorio poſſeſſores prædiorum. fiſcus tributorum iure, quæ vniuerſa prædia eius vici debent pro rata, vnum ex vicanis ſiue ruſticanis, qui locupletiſſimus erat, elegit & conuenit in ſolidum pro vniuerſis poſſeſſoribus, *expediendi*, vt ait, *negotij cauſa, pour auoir pluſtoſt fait, pour expedier*, ne deſtringeretur in plures, vt in *l. 3. §. apparet, de adminiſtr. tut. l. vlt. ſup. rem pup. ſal. for. Tributorum*, inquit, *iure*, id eſt, eo iure, quo tributa omnia vnius territorij iure ſuo fiſcus, vel ab vno poſſeſſore exigere poteſt pro omnibus; quo iure etiam vtimur hodie. Nec hoc valde, aut ne minimum quidem refragatur *l. 1. C. vt nullus ex vic. pro alt. lib. 11. l. iubemus, C. de omni ag. deſer. eod. lib. l. nullam, C. de execut. & exact.* Id quod dixi tribui fiſco iure tributorum, non refragatur his legibus. Quoniam hæ leges, vel loquuntur de priuatis debitis, ne vnus pro alio conueniatur, non de publicis, non de onere publico tributorum, vel de iniurioſa exactione vnius ob tributa omnium, puta, quæ fit non ceſſis, vel mandatis actionibus aduerſus cæteros ei, qui in ſolidum exigitur. Cauſa tributoria quædam præcipua habet, vt fiſco tributa perſequenti compenſatio opponi non poſſit. Hoc fit primum, *l. aufertur §. vt debitoribus, de iure fiſci.* vt in cauſa tributorum ſerui torqueantur in dominos, *l. 1. §. in cauſa ſup. de quæſtion. Quia*, vt ait, *in tributis ſunt nerui Reipubl.* ex Demoſthen. & Æſchyne, qui ea vocant νεῦρα τῶν πραγμάτων. Vt item vniuerſa bona poſſeſſoris tributorum nomine tacite obligata ſint, vt *l. 1. C. in quibus cauſis pign. vel hypoth. tac.* nec enim ſemper fiſcus habet tacitam hypothecam, *l. reſcriptum, ſup. de pact.* niſi ex ſuis contractibus, *l. aufertur §. fiſcus, de iure fiſci.* Item, vt in fiſci poteſtate ſit, qui alias electionem non habet & arbitrium prius agendi hypothecaria, quam perſonali, ex cauſa tamen tributorum poſſit prius agere hypothecaria, quam perſonali, vt in *§. vlt.* huius legis. Et poſtremo, vt vnum poſſeſſorem tributorum iure conuenire poſſit pro omnibus, citra iniuriam tamen: puta ceſſis ei, quem exegit in ſolidum ſuis actionibus, perſonali & hypothecaria
B aduerſus cæteros poſſeſſores, vt omnes pro modo prædiorum, quæ poſſident, pecuniam tributi conferant, *l. in fraudem, §. qui pro alio, ſup. de iure fiſci.* Facta ceſſione actionum, non videtur ille iniuriam pati, qui exigitur pro omnibus. at dices, quod etiam dicit Pap. hoc loco, *nullas habet fiſcus actiones quas cedere poſſit*, quia ſolutis tributis pro omnibus, tollitur omnis obligatio? Denique inutilis eſt ceſſio actionum, quæ nullæ ſunt. Quod vtique verum eſt, ſi ex interuallo poſt ſolutionem cederentur actiones, non ſi cedantur ex continenti, vel ante ſolutionem, non etiam ſi in ſoluendo conuenerit, vt cederentur, & poſtea ceſſæ ſint, quia pretium potius venditarum & ceſſarum actionum ex cauſa venditionis ſolutum, quam actiones fiſcales peremptæ videntur, vt in
C *l. Modeſtinus, ſup. de ſolution. l. cum pupillus, ſup. de tut. & rat. diſt.* Et ita reſpondit recte Papinianus hoc loco ac ſubtiliter. Sequitur in hac lege.

Ad §. qui non habita, & §. vlt.

Qui non habita ratione tributorum, ex cauſa fideicommiſſi prædia reſtituunt, actionem ex D. Pij Antonini litteris habent, quam legato quoque ſoluto locum habere voluit. Pro pecunia tributi, quod ſua die non redditum, quo minus prædium iure pignoris diſtrahatur, oblata moratoria cautio non admittitur. Nec audietur legatarius contradicens ob tributa præteriti temporis, quod heres ſoluendo ſit, & is qui tributis recipiendis præpoſitus fuerat.

D HEredi, qui ex cauſa fideicommiſſi vel legati, prædia reſtituit, vel ſoluit fideicommiſſario, vel legatario, *non habita ratione tributorum*, præteritorum ſcil. id eſt, non exacta à legatario cautione ſoluendi tributi, quod iam prædia fiſco debere cœperant, heredi, inquã, hoc caſu in legatarium ex reſcripto D. Pij Antonini cõpetere actionem, id eſt, condictionem indebiti. Actio hic ſimpliciter eſt condictio indebiti, vt in *l. 3. ſup. rem ratam haberi.* Quod & ibi diximus. Heredi igitur in legatarium competere condictionem indebiti, quaſi plus debito ſoluerit, qui ſoluit non exacta cautione indemnitatis, vt *l. ſi quis à fideicommiſſario, ſup. de condict. indeb.* Ante reſcriptum Diui Pij heres habebat tantum retentionem legati, non repetitionem. Ex eo ſequitur, tributorum
E præteritorum nomine heredem, qui prædia non poſſidet, quæ ſoluit legatario, à fiſco conueniri poſſe omiſſo legatario, qui prædia poſſidet, quia ſcilicet ea prædia heres poſſidet eo tempore, quo dies tributorum ceſſit, & ea debere cœpit, antequam ſolueret legatario, *l. cum ſeruus §. heres, de legat. 1.* Denique heres à fiſco conueniri poteſt perſonali actione: verum poteſt & fiſcus, ſi hoc malit, vt in *§. vlt.* huius legis, legatarium, qui prædia poſſidet, conuenire actione hypothecaria, etiamſi heres ſoluendo ſit, vel ſuſceptor tributorum, qui in eis exigendis remiſſior, aut tardior fuit. Itaque ex cauſa tributorum poteſt, ſi velit, fiſcus prius agere hypothecaria, quam perſonali, & eligere quam volet actionem: nam & leges quæ fiſco adimunt electionem, non loquuntur

de causa tributorum, sed de aliis causis, ex quibus fisco quid debetur, *l. Moschis, sup. de iure fisci. l. 1. C. de conuen. fisc. deb. lib. 10.* Non auditur etiam legatarius, cum quo fiscus agit hypothecaria ob tributa præterita, si offerat cautionem de indemnitate, & de soluendo tributo, si id forte fiscus seruare non potuerit ab herede. Cur non au- A ditur offerens cautionem? quia offerre eiusmodi cautionem subterfugere est, & ludificari fiscum. Hæc cautio quæ offertur frustratoria & moratoria est, id est, trahit & moratur negotium fisci. Deo optimo maximo sit laus, hic est finis responsorum.

Τῷ θεῷ δόξα.



IACOBI CVIACII I.C. IN LIB. I. DEFINITIONVM ÆMILII PAPINIANI COMMENT.

Anno 1580.

Ad l. 1. D. de legibus.

Lex est commune præceptum, virorum prudentium consultum, delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis Reip. sponsio.



IN libris Definitionum Papinianus proposuit, & accurate interpretatus est varias regulas iuris antiqui, nec obsoleti tamen: nam Definitiones vocat regulas iuris, & sententias generales, vt in *l. 1. de reg. Cat.* Regula Catoniana vocatur definitio, quæ dictat, ea quæ ab initio in testamento inutiliter relinquuntur, ex post facto non conualescere. Et in *l. mora, de vsur.* ex lib. 4. Regularum Martiani, proposita hac regula, moram ex persona fieri, non ex re, id est, interpellatione debitoris, non ex solo tempore tardæ solutionis: subiicitur, huius rei difficilem esse definitionem, id est, eam regulam lubricam & periculosam esse, vt de qualibet iuris regula traditur in *l. omnis definitio, de reg. iur.* quia nulla est regula in iure ciuili perpetua, nulla quæ non aliquando vitiari, labefactari, & subuerti parte aliqua possit: quia ius constituitur de singulis rebus siue causis, & singularum causarum nulla est notio siue definitio certa, vt ait Aristot. At definitionum nomine Papin. in hoc significatu vsum esse, vnus locus satis indicat ex lib. 2. *l. cum ex pluribus, de solut.* in qua proposita regula, quæ ordine componit causas, in quas indistincte solutum ab eo, qui debuit ex pluribus causis, prius potiusque solutum esse intelligitur, subiicit eum ordinem fecisse, & ita definiuisse veteres lib. 2. definitionum. Proponuntur ergo his libris definitiones, siue regulæ veterum prudentum, quorum prudentia semper maiore in pretio habita sit: vel, vt etiam ait in eod. lib. in *l. in tabulis, de statulib.* proponuntur iurisprudentum veterum auctoritates: nam hæ auctoritates veterum regulas iuris fecere. Et apud L. Rufinum *2. reg.* in *l. 74. de heredib. instit.* auctoritas Galli Aquilij regulam fecit, introduxit que, quæ fuit probata ab Aquilio, ac deinceps ab omnibus, vt qui solus heres institutus est excepto fundo, vel vsufructu, pro eo habeatur, ac si ex asse simpliciter heres institutus fuisset sine vlla exceptione. Auctoritas Aquilij veteris Iurisconsulti hanc regulam introduxit. Proponuntur igitur his libris regulæ iuris veteris, nec tamen mortui, non iu-

B ris noui: Nam & ita titulus vltimus Digestorum est, *de diuersis regulis iuris antiqui*, non nouioris, quod nondum exstabat, nondum exierat: & ponitur ille tit. in calce Digestorum, quod seruandum, vt definitiones Papiniani post quæstiones & responsa vltimo loco, quia regulæ iuris sunt iuris colophones, vt Epicurus quoque canones suos vocabat colophones, auctore Laertio, vt non plane sit statim à primo studioso iuris præpostere danda opera regulis, quæ etiam desiderant, eruditissimum interpretem. Ab hac vero significatione Definitionum, quam sequi Papin. dixi, non te dimoueat quæ prima est ex *lib. 1. defin.* lex proponitur, nempe *l. 1. de leg.* quamuis nihil aliud contineat, quam definitionem legis C dialecticam, non regulam iuris. Nam neque nouum neque absurdum est, libris regularum inseri definitiones dialecticas, quibus demonstretur τὸ τί ἦν εἶναι, cuiusque rei, de qua regula est, quam enarrare iuris auctor instituit. Inseri etiam definitiones nominum, quæ veriloquia dicuntur, in quib. IC. tanquam Stoicos mirum in modum sibi placuisse compertissimum est. vt *lib. 4. reg.* Marcianus definit, quid sit sanctum, & vnde dicatur, *l. sanctum, de rer. diuis.* Inuenies & in tit. *de reg. iur.* definitionem hereditatis ex arte confectam, quæ breuiter complectitur hereditatis propriam potestatem: *hereditas*, inquit, *est successio, &c.* Inuenies & in *lib. 1. Reg.* Mo- D destini definitionem matrimonij, *l. 1. de rit. nupt.* & definitionem acceptilationis in *l. 1. de accept. acceptilatio est per mutuam interrogationem, &c.* Inuenies etiam *lib. 1. defin.* Vlpian. definitionem Iustitiæ & Iurisprudentiæ, *l. 10. de iustit. & iu.* Et in his ipsis libris Papin. non tantum legis definitionem, sed iuris ciuilis, & iuris Prætorij, *l. 7. eo tit.* Inuenies etiam in iisdem lib. diuisionem actionis, petitionis, persecutionis, id est, diuisionem actionis in actionem, petitionem, persecutionem, *l. 28. de oblig. & act.* & in libris regul. quos alij composuerunt alias præterea diuisiones actionum, *l. 52. eo. tit.* diuisiones seruitutum, *l.* E *1. de seruit.* diuisiones adoptionum, *l. 1. de adopt.* Cuius enim rei regulam iuris auctores proponere constituunt, & interpretari, ea res prius quid sit absolute, & breuiter explicant, quæque sint eius rei species: deinde proposita regula etiam singulis verbis eius aptant exempla & interpretationes: nec omittunt regulæ extensiones siue ampliationes, nec vitia vel exceptiones, vt patet ex *l. 40. D. de cond. indeb.* in qua ex libris regul. proponitur regula primum, deinde extensiones, & similiter exceptiones, *l. 7. de iur. codicil. l. 31.* coniuncta *l. 33. de adopt. l. 119. de leg. 1. l. vlt. ex quibus caus. maior.* Quamobrem non omnes

leges, quæ sunt ex libris definitionum, vel regularum, vel ὅρων, vt Quintus Mutius Scæuola inscribit suos, sunt regulæ, sed notæ potius ad regulas, vel amplificationes, vel exceptiones magna ex parte, vel interpretationes.

Definitio autem legis, quæ prima ex primo libro definit. Papinia. datur, hæc est in *l. 1. de legib. lex est commune præceptum, &c.* quam definitionem esse ad verbũ è verbo expressam ex Demosthene, quod Marcianus subiicit in l. 2. aperte demonstrat. *Nam*, inquit, *sic Demosth. orator definit*, νόμος ἐστὶ, *&c.* Locus Demosth. est in orat. in Aristogitonem. Sed Marcianus omisit in *l. 2.* quod eo loco dixerat Demosth. legẽ esse κοινὸν πρόσταγμα, & Papin. vertit, *commune præceptum*, quæ verba deinde latius idem Demosth. interpretatur. πᾶσιν ἴσον καὶ ὅμοιον, *omnibus par & æquabile præceptũ*, ᾧ πάντας προσήκει πείθεσθαι. *cui omnes obtemperare decet.* & paulo post, πόλεως συνθήκη κοινὴ καθ᾽ ἣν πᾶσι προσήκει τοῖς ἐν τῇ πόλει, *secundum quod viuere conuenit omnes eos, qui in eadem ciuitate versantur.* Hoc est commune præceptum, Capito antiquus IC. dixit, *generale iussum*: quibus verbis demonstratur, quod ait lex 8. *hoc tit.* iura, non in singulas personas, sed generaliter & communiter constitui. Ergo his verbis separatur lex à priuilegiis, non à iure singulari, quod definitur in *l. 16. hoc tit.* nam & ipsum ius singulare, quod dicitur commune ius, commune præceptum est, sed singulare dicitur, quod sit contra subtilitatem, contra rigorem iuris ex vtilitate & æquitate proditum & receptum in ciuitate: communiter quod fit παρὰ τὴν ἀκρίβειαν, vt ius singulare SC. de assignandis libertis, quod quis negauerit esse ius commune? Ius singulare condictionis furtiuæ, qua contra rigorem iuris dominus condicit rem suam, ius singulare libertatum. Sequitur in definitione, *virorum prudentum consultum*, vt Demosth. δόγμα φρονίμων ἀνθρώπων. Sequitur, *delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio.* Demosth. ἐπανόρθωμα τῶν ἑκουσίων καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων. nihil refert dixeris *coercitio*, aut *correctio*: nam coercitio quid aliud est, quam correctio & castigatio. Illi, qui in hac definitione Papin. reponunt *correctio* pro *coercitio*, quod Demosth. dixerit ἐπανόρθωμα, quam non magna aut insipida ceruice sunt. Lex igitur coercet non tantum, quæ consulta opera & dolo malo, sed plerunque, quæ per ignorantiam admittuntur, coercet culpam, & errorem, & casum. Quod patet ex *l. 2. in fi. de term. moto.* vbi ait, nominatim eum, qui per ignorantiam lapides finales, qui existimabantur esse sacri, abstulerit, verberib. coerceri, *& l. vlt. §. Diui quoque fratres, de publican* eum, qui per errorem in commissum incidit, vectigal in duplum fisco aut publico dependere, si commissas ipso iure merces recipere velit, & *l. eum, qui, C. ad l. Corn. de sicar. & Nouella Valent. de homicidio casu facto*: quo iure vtimur, eum, qui casu homicidium fecerit puniri, nisi propere veniam meruit, non simplici rescripto Principis, sed adnotatione principis, qui scilicet manu sua subscripserit: & *l. qui ædes, de incend. ruina, &c.* ex 12. tab. eum, qui ædes aut aceruum frumenti combusserit casu quodam, teneri in duplum, vel extra ordinem coerceri. Coercetur ergo legibus nõ tantum conscientia, sed etiam ignorantia. Et lege Dei omnipotentis sex ciuitates eliguntur exiliis eorum, qui non sponte, sed per ignorantiam, vel iactu lapidis vel impulsu manus, si telum manu fugerit magis, quam iecerit, vt erat scriptum in antiquis actionibus vel eorum, qui ioco, aut lasciuia citra inimicitias, infelicitate magis, quam voluntate peccarunt, & tamen non sunt sine crimine: etiam error crimen est, quia lege Dei relegantur in perpetuum in eas sex ciuitates, tres cis Iordanem, & tres vltra Iordanem. Qua de re latius Hieron. 1. aduersus Pelagianos. Et relegationis quoque eius, qui per lasciuiam alij mortis causam præbuisset, dum sago eum iactat, exstat exemplum in *l. 4. §. 1. ad l. Corn. de sic.* Recte igitur Papinianus ait, legem esse coercitionem delictorum, quæ sponte vel per ignorantiam contrahuntur. Et postremo addit, *communis Reip. sponsio.* Demosth. πόλεως συνθήκη κοινή, Arist. sæpe in *Rhet. & in Polit.* ὁμολογία, & ὁμολόγημα πόλεως κοινόν, & similiter Dion. Hal. συνθήκας εἶναι κοινοὺς πόλεων, *leges esse communes sponsiones siue conuentiones Rerumpub. siue ciuitatum*, non partis eorum, qui ciuitates incolunt; lex enim est commune præceptum, communis sponsio omnium: & recte *l. de quibus, h. tit. leges nulla alia ex causa nos tenere, quam quod populi iudicio receptæ & vsu probatæ sunt*, id est, communi sponsione populi: & idem ipse Arist. 2. *Polit.* ὁ νόμος οὐδεμίαν ἰσχὺν ἔχει πρὸς τὸ πείθεσθαι παρὰ τὸ ἔθος, id est, *lex nullam vim habet, qua compellat homines, vt sibi pareant, nisi eam quam assumit ex more recepto*, ex consuetudine, quæ non conualescit, nisi diuturno tempore: atque adeo recte Demetrius, *legem nihil aliud esse, quam consuetudinem scriptam, consuetudinem autem esse legem non scriptam*, illiteratam. ὁ νόμος συνήθεια ἔγγραφος, συνήθεια δὲ ὁ νόμος ἄγραφος.

Ad l. 5. de transactionibus.

Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quæ ex consensu redditur, lites, de quibus non est cogitatum in suo statu retinentur: liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentum fregit.

Sciendum est, acceptilatione non omnem tolli obligationem, sed eam tantum, quæ verbis contracta est, veluti per stipulationem, vel per iusiurandum, *l. 4. de transact. l. & per iusiurandum, inf. de acceptil.* vel olim per dictionem dotis, æque solemnibus verbis conceptam, cuius exempla multa sunt in *tit. de iure dot.* Nam verba illa, quæ in illo tit. occurrunt frequenter, *prædia illa, vel tot millia doti tibi erunt*, sunt ex formula dictionis dotis. Cur autem per acceptilationem tantum tollitur verborum obligatio? quia acceptilatio verbis fit, exempli gratia, *acceptum fers acceptum fero, acceptum habes? Habeo. Acceptum facis? Facio.* Et sic obligatio constituitur per stipulationem, & fit liberatio per acceptilationem, & vtrumque fit verbis solemnibus. Verbis autem tolli non potest, nisi quod verbis contractum est, *l. 1. §. acceptum, de accept.* iuxta id, quod definitum est in *l. prout 80. D. de sol. prout quidque contractum est, ita & solui debere*, nimirum, vt eo genere absoluamur, quo nos obligamus, quod naturæ congruit omnimodo. Nec enim vinctus solui potest, si quod aliud vinculum quemve alium nodum soluas, quo ipse deuinctus non est, si alio vel nullo: sed si tantum eum nodum soluas, quo vinctus ipse tenetur, & eo modo quo eum colligasti, sed contrario. eodem modo tollitur obligatio, quo contracta est, eodem in genere scilicet, sed contrario tamen: vt ex Aristotele intelligimus, contrariorum eandem esse vim, sed contrariam tamen. at si quis velit etiam re aut consensu, aut litteris, non verbis contractas obligationes per acceptilationem perimere, remedio, & cautione ea vti debet, quam inuenit Gallus Aquilius Iurisc. vt eas obligationes, quæ re aut consensu, aut litteris, non verbis contractæ sunt, nouet, & immutet in verborum obligationem interposita stipulatione, quæ ab inuentore Aquiliana dicitur, cuius formula exstat in *Instit. &* in *l. & vno §. 1. inf. de acceptil.* ac deinde stipulationem ipsam Aquilianam perimat subdita acceptilatione, vt in *l. 4. hoc tit.* Remedio nouationis Aquilianæ omnis obligatio quoquomodo contracta acceptilatione tollitur, licet nihil solutum sit. Hoc enim distat acceptilatio ab apocha: nam acceptilatio liberat, etiamsi pecunia soluta non sit: apocha, id est, professio solutæ pecuniæ non aliter liberat, quam si & reuera soluta sit, *l. 19. de accept. l. 13. C. de solu.* Differentia inter apocham & acceptilationem maxime notanda est.

Ignoratio eius Ludouicum Regium, virum eruditissimum nostra memoria senatu exclusit, ac postea dolore repulsæ totus se in philosophia abdidit, & in ea consenuit. Solet autem Aquiliana stipulatio subiici pacto conuento de non petenda pecunia, *l.vlt.C.de acceptil.* Et notandum maxime consilium quod dat Paulus in *l. pactus, hoc tit.* vt pacto de non petenda pecunia non tantum subiiciatur stipulatio Aquiliana & acceptilatio, sed etiam stipulatio pœnalis, si creditor fregerit & ruperit fidem pacti, vt in *l.pen.h.t.* Cui vtile est subiicere vtramque stipulationem, vt scilicet, quod ostendit *d.l.pacto,* rescisso pacto de non petendo, & quæ id pactum subsequuta est, rescissa stipulatione Aquiliana & acceptilatione, forte beneficio restitutionis in integrum, tum ex altera stipulatione pœna peti possit, antequam agatur iudicio restitutorio & rescissorio, quæ alioquin nulla peti posset, sed impune liceret resilire à pacto beneficio restitutionis. Consultius igitur est vtramque stipulationem pacto subiicere, vt si hoc malit debitor, exigat pœnam. Nam in eius potestate est, vtraque stipulatione interposita, vt vel se quasi ipso iure liberatum per acceptilationem defendat, atque adserat, vel ac si non liberatus, persequatur pœnam, & deinde subeat iudicium restitutorium, quæ est sententia *l.vbi pactum, C.eod.* Formula autem stipulationis Aquilianæ generaliter concepta est, ita vt omnes omnino præcedentes obligationes nouet: *Quidquid te mihi, ex quacunque causa dare, facere oportet præsens, in diemue* &c. vt, inquam, omnes nouet, & perimat subdita etiam generali acceptilatione: *Quodcunque ego tibi promisi stipulatione Aquiliana, habes ne acceptum? Habeo acceptum.* Fateor stipulationē aliquā Aquilianā & acceptilationē fieri posse in speciē & partē tantū *l.3.C.eod.tit.* At si facta sit generaliter, vt cōposita est à Gallo, dico per eam omnes præcedentes obligationes nouari, & acceptilatione subsecuta perimi, vt in *l.actione, l.vt responsum, l. vti pactū, C. eod.tit. l.13.C.de solut.* Et hoc pro regula tradi in l. quæ præcedit, apparet ex eis verbis, *& hoc iure vtimur.* Ex iure, quo vtimur, plerunque regula fit: regula ergo proponitur in *l.4.* In hac autem *l.5.* proponitur huius regulæ interpretatio, quæ docet, eam regulam esse accipiendam de his tantum obligationibus, de quibus actum est, vt debitori stipulatione Aquiliana, & acceptilatione remitterentur, vt *l.6.D.de acceptil.* non de obligationibus, de quibus non est cogitatum, puta, quas ignoraret is, qui interposuit Aquilianam stipulationem vel acceptilationem, vt & de pactis dicitur in *l.9.§. qui per fallaciam, & § seq. hoc tit. l.tres fratres 35. sup.tit.prox.* & vbique ratio eadem est tam in stipulatione Aquiliana, quam in pactis. Nam & stipulatio Aquiliana ex consensu redditur, vt ait Papinianus hoc loco, id est, ex consensu interponitur & datur, vt *l.1.§.pen.sup.tit.prox.* Cautio vel stipulatio, vt dari, & reddi dicitur recte. Nam & reddere per se dandi significationem habet, & cauere stipulanti nihil aliud est, quam satisdare vel reddere. Quia ergo ex consensu redditur stipulatio Aquiliana, id est, quia ita satisdatur ex consensu: ergo in eam veniunt hæ tantum obligationes, in quas consensum est, quamuis stipulatio Aquiliana sit generaliter concepta: cæteræ obligationes, in quas consensum non est, in suo statu manent. Et ita superiorem regulam veteres prudentes interpretati sunt, & ea *interpretatio,* vt eleganter Papinianus ait, *captiosam liberalitatē fregit,* captionem omnem, quæ erat in generali sermone, amputauit: captiosa est generalis stipulatio Aquiliana, & acceptilatio, captiosa liberalitas, si eius sermo generalis spectetur, non mens, & cogitatio creditoris, quandoquidem ita creditor caperetur, deciperetur, incideret in fraudem, vt in *l.quæro, inf. de act. empt.* Obseruandum est, liberalitatem vocari decisionem litium: & proprie quidem liberalitas est, si Aquiliana stipulatio & acceptilatio interuenerit donationis

A causa, vt in *l.1.hoc tit.* qui, inquit, donationis causa rem certam & indubitatam remitti liberalitate. Nam si non liberalitatis, sed transactionis causa lites sunt deductæ in stipulationem Aquilianam, ea non est plena liberalitas, quia transactione non remittuntur lites, nisi aliquo dato, vel promisso, vel retento, *l.transacto, C.eod.tit.* coniuncta *l.3.C.de repud.hered.* Aliud est donatio, longe aliud transactio, *l.si vno, inf.loc.l.quidam 29.§.1. inf. de donat. l.tutores §.ab eo, inf.de admin.tut.*

Ad l.37.& 39.de reb.creditis.

Cum ad præsens tempus conditio confertur, stipulatio non suspenditur, etsi conditio vera sit, stipulatio tenet, quamuis B *tenere contrahentes conditionem ignorent. Veluti si Rex Parthorum viuit, centum dare spondes? eadem sunt, & cum in præteritum conditio confertur. Itaque tunc potestatem conditio obtinet, cum in futurum confertur.*

IN hac l. proponitur regula iuris, quam Modestinus proposuit 4. *Regularum l.100. de verb. obligat.* Regula hæc est: conditionem collatam in præsens vel præteritum tempus, sub qua facta est stipulatio, non suspendere stipulationem, non differre, non morari obligationem, quod est eam conditionem non habere conditionis potestatem propriam. Nam conditionis propria & præcipua potestas, est suspendere, differre, morari. Hanc potestatem non habet conditio, quæ refertur ad præsens, vel præteritum tempus. Ergo non est proprie conditio: Conditionis definitio hæc est: *conditio est causa, quæ suspendit actum, quoad ex postfacto confirmetur.* Hæc defini- C tio cadit tantum in conditionem, quæ in futurum confertur, veluti, *si nauis ex Asia venerit,* non cadit in eam, quæ confertur in præteritum, veluti, *si Lucius Titius Consul fuit,* vel in præsens, veluti, *si L. Titius Consul est.* Ergo ea, quæ confertur in præsens, vel præteritum tempus, proprie conditio non est: & definitio conditionis in eam non cadit, quoniam statim verum aut falsum est, L. Titium fuisse Consulem, vel Consulem esse, vt Dialectici dicunt, omnem affirmationem, aut negationem conceptam in præsens aut præteritum tempus, statim veram aut falsam esse. Ideoque si conditio concepta in præsens tempus, veluti, *si Lucius Titius Consul est: si Rex Parthorum viuit, si nauis in portu stat,* si falsa sit tempore interpositæ stipulationis, statim nulla stipula- D tio est: Si vera sit, statim tempore interpositæ stipulationis, id est, si Titius Consul sit eo tempore, si Rex Parthorum viuat, si nauis stet in portu, statim stipulatio tenet, neque eius effectus, siue emolumentum, siue obligatio vel petitio vllo modo differtur, quamuis contrahentes rei veritatem ignorent, quamuis nesciant conditionem veram esse, *l.28.de verb. obligat.* quia non spectatur, an illi sciant conditionem tenere & deberi, sed an alij homines scire potuerint, vel an hominum natura scire potuerit deberi, vt Scæuola ait, in *l.seq.* & debitu iri, vt ait idem Scæuola, hoc est, debitum iri statim, si sub ea conditione contrahentes concipiant stipulationem: sic enim illud *debitu iri* accipiendum est: si ita concipias E stipulationem scilicet, quam nondum concepisti. Nam si iam concepisti stipulationem, satis est, quod hominum natura scire potest, iam deberi ex stipulatione pecuniam, quod conditio sit vera: in hominum rerumque natura præterita & præsentia omnia sunt certa, non etiam futura, nisi quæ futura sunt, iam cœperint fieri & informari; vt statim atque mulier concepit, in rerum natura certum est, quot nasciturі sunt. Et hoc est quod ait *l.sed etsi restituatur §.1.sup. de iudic.* in rerum natura omnia esse certa, cum futura vtique fierent, proculdubio omnia præsentia, & præterita in rerum natura sunt certa, sed & futura cum fierent, inirentur & informarentur, certa iam sunt in rerum natura, non antequam fierent.

fierent. Et bene in rerum natura: nam cognitio rei futuræ non est certa in hominum natura, quandoquidem est supra captum hominum, cognitio præsentis vel præteritæ rei non superat captum hominum. Et serua diligenter, quod in hominum natura certum est, & in rerum natura certum esse: è contrario tamen, quod in rerum natura certum est, vt quotus fœtus sit in vtero prægnantis mulieris, non est etiam certum in hominum natura. & hæc est sententia *d.* §. 1. Effectus autem superioris regulæ pertinet non tantum ad stipulationes conditionales, & quasi conditionales, sed etiam ad multa alia. Nam & qui petit ex stipulatione facta sub conditione collata in præsens vel præteritum tempus, etiamsi ignorauerit tenere conditionem, plus non petit: qui ex stipulatione facta sub conditione collata in futurum tempus, plus petit, *l. 36. hoc tit.* si agat antequam cognouerit, aut certum sit, conditionem exstitisse. Hæc dicitur proprie conditio, siue stipulatio conditionalis, quæ confertur in futurum. Illa quæ confertur in præsens, vel præteritum, dicitur quasi conditio, vel quasi conditionalis stipulatio, & vt Græci loquuntur, αἱρετικοφανής, non est αἱρετική. In conditionali spectatur scientia nostra, non naturæ: in quasi conditionali naturæ, non nostra. Cuius differentiæ auctor est Stephanus hoc loco. Quasi conditionalis stipulatio nouat priorem obligationem, si vera sit conditio, quia pro pura habetur: conditionalis autem non nouat statim priorem obligationem, vt *l. 36. hoc tit. l. quotiens, de nouation.* Sub quasi conditione filiofamil. à patre herede instituto, iustum testamentum est: Sub conditione iniustum quasi præterito filio suo, *l. institutio, §. vlt. de condit. institu.* Sub quasi conditione herede scripto in posteriori testamento, superius rumpitur statim, si vera sit, aut non rumpitur, si falsa sit: Sub conditione autem non potest statim constitui superius testamentum ruptum sit, necne, quia eius euentus in dubio est, sit an non sit, *l. cum in secundo, de ini. rupt. test.* Item sufficit patrono, si sub quasi conditione heres instituatur, non si sub conditione, *l. 3. §. si patronus, de bon. libert.* Sub quasi conditione relictum legatum transmittitur in heredem, non relictum sub conditione. Et, vt idem Stephanus addit hoc loco: vsuræ in stipulationem deductæ quasi conditionalem, statim currere incipiunt, non si deductæ sint in stipulationem conditionalem, quæ proprie conditionalis dicitur, non καταχρηστικῶς. Vt illa confertur in præsens, vel præteritum tempus.

Ad leg. 74. de contrahenda emptione.

Clauibus traditis, ita mercium in horreo conditarum possessio tradita videtur, si claues apud horrea traditæ sunt: quo facto confestim emptor dominium & possessionem assequitur, etsi non aperuerit horrea. quod si venditoris merces non fuerint, vsucapio confestim inchoabitur.

Nemo est, qui nesciat, à venditore eius rei, quam vendidit, fieri debere traditionem possessionis vacuæ, non occupatæ ab alio, aut impeditæ: & non tradentem teneri actione ex empto: & tradere nihil aliud esse, quam possessionem cedere rei venditæ, & transferre in emptorem, quo genere transfertur etiam dominium rei in emptorem, si venditor dominus sit, si non, præstatur occasio vsucapionis emptori bona fide accipienti, dominium non transfertur, quod non habuit venditor, qui rem tradidit, *l. traditio, de adquir. rer. dom. l. qui rem alienam, de mort. caus. donat.* Traditio autem fit non tantum naturaliter re mobili data de manu in manum, vel emptore inducto in possessionem prædij, sed fit etiam multis aliis modis ciuilibus, non tantum fit naturaliter, vt dixi, sed etiam ciuiliter aliis modis, quibus res non tradita naturaliter, fingitur esse tradita, quorum vnus proponitur in hac lege, aptandus, vt ar-

A bitror cum aliis ad generalem illam definitionem, quã initio posui, de possessione rei venditæ à venditore tradenda emptori: modus autem qui in hac l. proponitur, hic est, si venditor venditis mercibus, quæ in horreo repositæ erant, claues horrei tradiderit emptori: si vendito vino, quod erat in cella vinaria conditum, in horreo vinario, claues horrei tradiderit emptori, licet emptor non aperuerit horreum: sola clauium traditio pro mercium, aut vini traditione habetur, vt etiam demonstratur aperte in *l. 2. C. de peric. & comm. rei vend. & l. 1. C. de crim. expil. hered.* Ideoque traditis clauibus horrei, in quo est merx, quæ veniit, statim in emptorem transfertur possessio mercis, & per hanc dominium mercis, siue venditor eius dominus fuerit, & solutum etiam sit ei

B pretium, aut eo nomine satisfactum, aut ab eo fides habita de pretio, alioquin dominium non transfertur, antequam de pretio ei sit cautum aut satisfactum, *l. 19. h. tit.* vel si venditor mercium dominus non sit, in emptorem transfertur possessio, & præstatur ei occasio vsucapiendi merces alienas, quoniam statim emptor vsucapionis conditionem inchoat: statim incipit vsucapere, vt loquitur *l. 1. de adq. poss.* Traditionibus & vsucapionibus dominia rerum acquiruntur, *l. traditionibus, C. de pact.* traditionibus, si factæ sint à domino ex iusta causa, iustoque titulo. vsucapionibus, si traditiones factæ sint à non domino. Et traditionibus, iure gentium: vsucapionib. iure ciuili. Verum, vt ostenditur hoc loco, vt clauium traditio, pro traditione mercium habeatur, necesse est, claues tradi apud horreum, in quo sunt merces

C venditæ, in re præsenti, in conspectu horrei, alioqui clauium horrei traditio non habetur pro traditione rerũ, quæ sunt intus, quæque venierint: necesse est claues tradi ob horreum, ante horreum, in re præsenti. Et ita columnæ venditæ, quæ propter magnitudinem ponderis vix loco moueri possunt, ita demum traditæ videntur, si in re præsenti, siue in rem præsentem consenserint contrahentes emptor & venditor, & dixerit venditor se eas columnas tradere emptori, vt eas tolleret & asportaret, cum vellet. Vel etiam fundus venditus, in quem emptor nondum inductus est, non aliter traditus videtur, etiamsi dixerit venditor, se eum tradere, quam si in re præsenti dixerit, se fundi venditi possessionem tradere emptori, aut si prohibuerit ingredienti emptori vim fieri, vt *l. 1. §. pen. & l. quod meo §. si vend. & l. pen. §. vlt. de adq.*

D *poss.* His omnibus modis possessio, cum res peragitur in rem præsentem, translata videtur in emptorem, & emptor videtur rei adquisiisse possessionem non animo, non effectu solo, sed etiam corpore perinde, atque si apprehendisset merces, aut vasa vinaria, aut columnas, aut ingressus fuisset fundum. Et idem dicendum, si in re præsenti mandatu emptoris procuratori eius rei venditæ possessio tradita sit, quia & hoc casu emptor videtur adquisiisse possessionem animo suo, & corpore, non corpore procuratoris: cum coram in re præsenti iussit procuratori suo tradi, præsens ipse videtur scil. accepisse non procurator. Potest possessio adquiri corpore alieno, hoc est verum, sed ita posita specie emptor videbi-

E tur eam adquisiisse suo corpore, quia præsens in re præsenti dixit, volente venditore, vt ingrederetur vel caperet possessionem rei venditæ, *d. l. 1. §. pen.* præsentia corporalis contrahentium: vel oculi emptoris, vice contrectationis, vice apprehensionis, vice σωματικῆς ἁφῆς funguntur: quo genere etiam hodie videmus beneficij Ecclesiastici possessionem quæri, pro foribus ædis sacræ, actis ea de re confectis, aut procul è conspectu eius fastigij, quod in æde summa tintinabulis relictum est. Sic in *l. quarundam, eod. tit.* dicitur possessionem traditam videri, & non solum animo, sed & corpore vti oportet quæsitam videri, si empto aceruo lignorum, si strue lignorum empta, aut emptis vniuersis amphoris vini, quæ simul eodem loco compositæ erant voluntate ven-

ditoris, emptor iis rebus custodem apposuerit, si volun- A tate venditoris, lignis & amphoris custodem apposuerit, vel etiam si venditor ipse, rebus emptorem custodem apposuerit, venditor rei venditæ custodiam præstare debet ante traditionem, *l.1.2.& 3 de per.& comm. rei vend.* Verum si à se custodiæ translationem faciat in emptorem, hæc translatio custodiæ nihil aliud est, quã translatio possessionis, & in fine *d.l. quarundam*, esse scribendum autumo, *vtrobique corporis genere quodam possessio æstimatur*, id est, vtroque casu aut venditorum lignorum, aut amphorarum vini quodammodo corpore possessio quæsita videtur, licet custodia tantum translata sit in emptorem, & similiter is, qui emit materiam ad ædificandum, veluti trabes, aut tigna, si eas trabes, eave tigna voluntate venditoris signauerit, traditæ ei esse videntur, si vel signauerit eas, & suo quodam signo pernotauerit, *l. quod si neque, in fi. de peric. & com. rei vend.* Vbi recte Accurs. non exposita tamen ratione differentiæ, notauit aliud esse dicendum in vino vendito, vino sc. vendito, si emptor vasa vinaria signauerit, vinum traditum non videri. Hoc verissimum esse arbitror, siue vinum iam degustatum sit & probatum, siue non sit degustatum. Primum si vinum degustatum non sit, quamuis vasa vinaria signauerit emptor, vinum traditum non videtur quia nondum perfecta venditio est, *l.1.§ 1. de per. & com. rei vend.* Et ideo periculum vini ad venditorem pertinet, non ad emptorem, si vinum acescat, vel mucescat, vel effundatur forte pertusis vasis. Et quamuis traditio posset præcedere emptionem venditionem, *l. siue autem §.1. de Public. in rem act.* tamen id agi non videtur, C vt quis tradat antequam vendat, aut perficiat venditionem, nisi appareat euidenter, quoniam præposterum est. Denique signando vasa vinaria, emptor non videtur degustationi renuntiasse, non videtur vinum probasse, quod in iis vasis est. Itaque imperfecta adhuc venditio est, cum scilicet ita væniit vinum, vt degustaretur, quod plerunque fit, & quod vix vnquam fit aliter, vt ait *l. 4. §. si auersione, eod. tit.* Verum, si quãdo vinum væneat auersione, *en gros, & en bloc*, omne forte quod est in amphoris, ita, vt non degustetur, siue vasa sint signata ab emptore, siue non, perfecta emptio est, & vini periculum statim pertinet ad emptorem, *l. qui officij §. vlt. h.t.* Quod si vinum degustatum sit, & post degustationem vasa emptor signauerit, Trebatius quidem dicebat, vinum traditum videri, vt de trabibus signatis diximus. Sed Labeo rectius, non idem esse statuendum in vino, quod in D trabibus, aut lignis, quia trabes non possunt alio fine signari, quàm vt traditæ videantur: vasa vinaria signantur sigillo impresso in operculo, ne mutetur vinum potius, quam vt traditũ videatur, nisi appareat eam fuisse mentem cõtrahentium, vt hæc signatio pro traditione esset, quæ est sententia *l.1.§. si dolium, de per. & commo. &c.* quem §. accipio de dolio signato etiam post degustationem, quia de dolio signato ante degustationem iam dixerat paulo ante in §. 1. alioquin bis idem quasi iuncta scriptura frustra positum videretur, & in §. 1. *vt certum*, & in §. *si dolium, vt controuersum.* Et de hac quidem specie traditionis ciuilis hactenus. Notandum etiam est, tradito instrumento originis siue emptionis fundi, *le titre*, quod etiam dicitur instrumentum auctoritatis in *l. vlt. C. de pign. act.* tabellæ auctoritatis à Seneca: tradito, inquam, instrumento auctoritatis fundi venditi, genere quodam, & possessio fundi tradita videtur, *l.1 C. de donat. l. pen. §. 1. de legat. 3.* Et hoc quidem genere vt arbitror possessio fundi tradita videtur, etiamsi non in re præsenti instrumentum emptionis fundi traditum sit, quia auctoritatem fundi habemus pro fundo ipso. Nam & similiter non exigimus rem præsentem, si dominus iubeat te rem suam, quam apud te habes, retinere iure empti. Nam etsi hoc non iusserit in re præsenti, quia iam rem habes apud te, hic iussus domini pro traditione possessionis habetur, licet, vt dixi, non consenserit in re præsenti, *l. si rem, in prin. de euict. l. 3. §. interdum, & l. si seruus, inf. de adquir. possess. l. absenti, de donat. l. quidam, de rei vindic.* Nihil refert relinquatur res apud emptorem, quam iam habet, vel ex causa depositi, vel commodati, an transferatur in eum possessio, *l. 9. C. commu. vtriusque iud.* Idemque dicendum, si rem meam nomine tuo me volente in censum referas quasi tuam, vel si ego rem meam tuo nomine in censum referam; nam & hoc pro traditione cedit, etiamsi census non fiat in re præsenti, *l. 7. & 8. C. de donat.*

Ad l.8. de iur. & facti ignor.

B *Error facti nec maribus quidem in damnis vel compendiis obest. Iuris autem error nec fœminis in compendiis prodest. Cæterum omnibus iuris error in damnis omittendæ rei suæ non nocet.*

Definitio iuris, quæ proponitur in *l. regula*, quæ sequitur, iuris ignorãtiam cuique nocere, facti ignorantiam non nocere, ad hanc *l.8.* manifeste pertinet, quæ eam regulam latius interpretatur, & docet, ignorantiam facti maribus aut fœminis neque nocere in dãnis amittendæ rei suæ, neque in compendiis adquirendæ rei cuiusque nobis delatæ ex causa lucratiua. hoc necesse est, vt appositis exemplis faciam euidentius. In damnis amittendæ rei suæ errorem facti non nocere, vt si errans in facto, nescius te seruum meum esse, & à te quasi à libero homine pecuniam debitam exegi in iudicio, hæc ignorantia non efficiet, vt tui dominium amittam. Denique quod te errans in facto olim habuerim pro libero, non ideo tui dominium amitto, *l. non ideo, C. eod. tit.* Itẽ si filius, qui se abstinuit hereditate paterna, quæ suspecta ei erat, maternam autem hereditatem agnouit, agrum paternum possideat veluti maternum, cum ignorat esse paternum, quod est ignorare factum, hæc ignorantia non efficiet, vt filius videatur damnosam hereditatem patris agnouisse, vt ue sustineat incommoda hereditatis paternæ, *l. 5. C. eod. tit. l. cum bonis, de adq. hered.* Item si pecuniam, quam existimabam me tibi debere, quum ignorarem alium me liberasse, alium pro me tibi soluisse, iussu tuo alij promisero, cui id donare volebas. Hæc quoque ignorantia non efficiet, vt pecuniam meã amittam, vt pecunia quam promisi, mihi inuito extorqueatur, *l. Iulian. de dol. except.* Et hæc sint exempla de damnis. In compendiis autem adquirendæ rei cuiusque etiam errorem facti non nocere, vt si ignorãs cognatum meum vita decessisse intestatum sine liberis & agnatis, non petierim bonorum possessionem vnde cognati intra centesimum diem: hæc quoque ignorantia non me excludet commodo bonorũ possessionis, neque efficiet, vt cognita morte cognati bona eius nõ adquiram, *l. 1. hoc tit.* Denique error facti neque in damnis neque in compendiis erranti nocet: & excipio tantum errorem, siue ignorantiam facti supinam, & dissolutam vitio & magna negligentia nostra quæsitã, vt in *l. 6. hoc tit.* vt in specie *l. 3. in pr. si quid in fraud. patr. & l. Clodius, & l. filium* E *emancipatum, D. de adqui. hered.* cum scil. erat in potestate nostra, vel mediocri, aut minima adhibita diligentia cognoscere factum, quod eleganter Græci vocant τὸ τῆς ὑποθέσεως ἀποτέλεσμα, cum erramus vt Arist. ait, cum erat in nobis diligentibus esse, & peritis facti facillimo negotio. In damnis male Accurs. vtitur exemplo indebiti soluti per ignorantiam facti: nam si solui indebitum, iam feci damnum rei meæ. Et quod dicitur in damnis errorem facti non nocere, de damnis futuris intelligitur, non de his, quæ iam contigerunt: errorem facti non dare nobis damnum, sed non restituere etiam nobis damnum, quod iam fecimus. Et in compendiis hoc exemplo vti conuenientius est, quia si indebitum,

quod solui per errorem facti condicere volo, hoc ago vt adquiram denuo, quod amisi semel, nec tamen quo minus hoc agam solutumque condicam, mihi nocet error facti, quia nec in compendiis denuo acquirere volentibus nocet. Vnde sic statuamus: si indebitum promisero, tuebor me errore facti ne soluam, ne pecuniæ promissæ, nondum amissæ damnum faciam: si indebitum soluero etiam tuebor me errore facti, quo magis id quod solui & amisi, vel solutione alienaui, condicam, & mihi denuo adquiram. compendium facio, si adquiro quæ mea non sunt, licet quandoque mea fuerint. Damnum facio si quæ mea sunt, aut mihi debita (nihil refert) non recipio, aut non retineo: & error facti præstat vtrumque ne damnum faciam, id est, vt meum retineam vel recipiam, & vt lucrum faciam *l. 1.* vt adquiram, quod amisi, quodve nunc primum mihi offertur ex causa lucratiua. Et hæc de errore facti, in quo, vt ostendi, non distinguuntur damna à compendiis. In errore iuris distinguuntur damna à compendiis. Nam in compendiis volentibus scil. adquirere maribus vel fœminis iuris error non prodest, id est, iuris error nocet, & impedimento est: in damnis suum petentibus, aut retinere & seruare cupientibus, iuris error non nocet: exemplum in fœmina est apertissimum: si soluto matrimonio morte mariti dotem petat, non repellitur, quia rem suam persequitur, etiamsi non fecerit inuentarium bonorum mariti ignara constitutionis Leonis 110. quæ hoc iubet. At si persequatur lucrum nuptiale ex donatione propter nuptias, repellitur, nec potest se tueri prætextu ignorantiæ eius constitutionis, quia compendium captat, non damnum præcauere tentat. Item si per errorem iuris fœmina antiquioribus creditoribus cesserit, & prius eis satisfieri permiserit, dum ignara iuris nescit dotium causam esse præcipuam, & præferri aliis creditoribus etiam antiquioribus, ab eis dotem suam reuocabit, ne in damno amittendæ dotis suæ error iuris ei noceat. Sin autem lucrum nuptiale persequatur, in qua persecutione non habet eadem priuilegia, quæ in dotis repetitione, *l. assiduis, in fi. C. qui potior. in pign.* Priuilegium tamen temporis commune eam habere constat, si antiquior sit: at si forte per errorem iuris non vtatur priuilegio temporis in persequendo lucro nuptiali, & cedat imprudens, stulta posterioribus creditoribus, eisque ante satisfieri permittat, nihil lucri nuptialis nomine eis auferri potest, quia in lucris error iuris non prodest, & hoc exemplo Harmenopulus vtitur *1. Epitomarum, titul. 16.* Sic igitur statuamus: errorem iuris neque maribus, neque fœminis nocere in damnis amittendæ rei suæ, vel sibi debitæ ex causa obligationis, vt in *l. quæ fideicommissa, de leg. 2.* exposita *11. Respons. l. 3. §. si quis ignorans, de Senatusc. Syllan. l. vlt. C. de iuris & fac. ign.* In compendiis autem errorem iuris & maribus & fœminis nocere, vt puta, persequentibus lucra nuptialia, vt dixi. Itemque, vt hoc aliis exemplis faciam manifestius, persequentibus donationes actis minime insinuatas, vti oportet, hoc colore, quod imperitia lapsi eas non insinuauerint, *l. 3. C. Theodos. de sponsal.* Item vsucapere volentibus, *l. 4. hoc tit.* vt ecce, neque mas, neque fœmina vsucapere potest quod à pupillo sine tutoris auctoritate emit per errorem iuris, dum putat valere emptionem, *l. nunquam, in prin. de vsur. & vsucap. l. 3. §. si à pupillo, pro empt.* Item condicentibus indebita soluta iuris error nocet; nam neque mas, neque fœmina potest condicere quod indebitum per iuris ignorantiam soluit, vt in *l. prox. §. pen. & vlt. l. cum quis, C. eod. tit. l. error, C. ad l. Falcid.* quia qui condicit quod soluit, id agit, vt adquirat quod amisit, nõ vt quod suum est, non amittat. Denique sollicitus est de lucro, non de damno. Erranti in iure subuenitur, ne suum amittat, non etiam ne amiserit, ne damnum faciat, non etiam ne fecerit: damna facta qui infecta facere studet, lucrum captat, non damnum futurum amolitur. Eademque ratio interuenit, si quis quid aliud damni fecerit per errorem iuris, vt si apud iudicem errans in iure inconsulto confessus fuerit, & ex confessione in damnum inciderit, *l. 2. de confess.* videlicet si confessus fuerit in iure vel in iudicio, quia confessio tantum facta in iure vel in iudicio, fraudi & damno esse potest confitenti, non facta extra iudicium: quam distinctionem, an confessio in iudicio facta sit, an extra iudicium, hoc loco Accursius inepte coarctauit ad regulam propositam. Nam siue quis in iudicio, siue extra iudicium damnum passus sit per errorem iuris, obtentu eius erroris non resarcietur ei damnum quod fecit semel. Idemque est si quis per ignorantiam Senatusconsulti Macedoniani pecuniam suam amiserit, credendo eam filiofamil. *l. 3. in princip. ad Macedon.* Item si per ignorantiam iuris duxerit vxorem eam, quæ nondum eluxerat priorem maritum, *l. liberorum §. vlt. sup. de his qui not. inf.* Error iuris obstat damno ne contingat, non etiam quod iam contingit, restituit. Alioqui erranti lucro esset ignorantia iuris. Et eadem ratione error iuris nocet petentibus bonorum possessionem post tempora præstituta, hoc pretextu quod ignorauerint legibus bonorum possessioni petendæ, præstituta esse tempora, *l. 1. h. t. l. 3. C. eod. l. iuris, C. qui admitti ad bon poss.* Itemque bona aut hereditatem persequentibus, quam alio modo imperitia & stultitia sua, id est, ignoratione iuris amiserint, *l. 2. eod. tit. l. vlt. C. qui petant tut.* Satis iam exemplorum habemus. nunc adnotemus, ab hac definitione de errore facti & iuris, quam diximus promiscue locum habere in fœminis & maribus, excipiendi sunt quidam, quibus iuris error nec in compendiis nocet, aut in persecutione lucrorum siue acquisitorum: Neque enim nocet minoribus 25. annis, siue sint mares siue fœminæ, *l. 2. & l. quamuis, C. eod. tit.* non etiam militibus, *l. prox. §. si filiusfamilias, hoc tit. l. 1. C. eod. tit. l. vlt. C. de iur. deliber.* Iis enim personis ius ignorare permissum est. Quandoque etiam error iuris in compendiis rusticis non nocet, maxime si non habuerint copiam Iurisconsulti, vt ait *l. prox. §. sed iuris.* Et hoc probatur etiam *l. pen. C. qui admitti ad bon. poss.* vt à me emendata est Obseruatione 17. Nam & rusticis ius plerunque ignorare permissum est. Minutius Fœlix in Octauio: *Agrestibus, inquit, non est datum intelligere ciuilia,* ἄγριον ὄντα δίκας εὖ εἰδότα, ὄντε θέμιστας. Non nocet etiam nec in compendiis error iuris captanti modicum compendium, vt in specie alibi à me exposita *l. de die §. si seruus, qui satisd. cogant. & l. 1. §. 1. vt in possess. leg.* Non nocet fœminæ, si ignara Senatusconsulti Liboniani sibi legatum adscripserit, quamuis non sit modicum compendium legati, quia scil. hoc ita nominatim fuit expressum SC. Liboniano, vt parceretur fœminæ ignoranti Senatusconf. alioqui amitteret legati emolumentum, *l. Diuus §. pen. ad l. Cornel. de fals.* Non etiam nocet fœminæ, si ignara iuris sui seipsam detulerit fisco quasi incapacem capiendi legati, quæ vere erat capax, *l. 2. §. vlt. de iure fisci.* Et hi sunt casus, quos significat lex proxima §. 1. dum ait, *in quibusdam, mulieri etiam adquirere volenti subueniri propter imperitiam iuris.* his personis & casib. exceptis, cæteris error iuris in compendiis nocet: in damnis, minime nocet. Huic postremæ sententiæ obiicit Accurs. *l. 2. C. de in ius voc.* vbi ignorantia iuris coercetur damno & pœna pecuniaria 50. aureorum, si libertus irreuerens patronum in ius vocauerit sine venia prætoris, nihil est facilius. Regula de qua tractamus, est de ignorantia iuris ciuilis, legum ciuilium, Senatusconsultorum, edictorum, receptarum sententiarum iurisprudentium, de ignorantia, inquam, iuris ciuilis omnibus cogniti vulgo, iuris ciuilis propositi in albo, iuris ciuilis promulgati propalam. At *d. l. 2.* est de ignorantia iuris naturalis, quod & Accurs. attingit. Si quis obtendat, se nescire reuerentiam deberi parentibus ac patronis, quod perinde est, ac si quis dicat se incestum, aut

adulterium, aut furtum, quæ probra sunt iuri naturali, commisisse per ignorantiam iuris naturalis, quod nemo potest prætendere, quia nemo nescit ius naturale, *l. si adulterium §.1.& seq. ad l. Iul. de adult.* Elegans est sententia Menandri, non licet ignorare leges naturæ. Has enim leges natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus: nec in damnis etiam amittẽdorum omnium bonorum nostrorum & publicandorum, earum legum ignoratio quenquam excusat: causari iuris ciuilis ignorantiam quidam non improbabiliter possunt: iuris naturalis nemo. Et ita hæc omnis definitio explicanda est.

Ad l.63. de ritu nupt.

Præfectus cohortis, vel equitum, aut tribunus, contra interdictum eius prouinciæ duxit vxorem, in qua officium gerebat, matrimonium non erit; quæ species pupillæ comparanda est, cum ratio potentatus nuptias prohibuerit. Sed an huic quoque si virgo nupsit, non sit auferendum, quod testamento relictum est, deliberari potest: Exemplo tamen pupillæ nuptæ tutori, quod relictum est, potest mulier consequi: pecuniam tamen in dotem datam mulieris heredi restitui necesse est.

PErtinet hæc lex ad id, quod definitum est, mandatis Principum, eum, qui in prouincia officium publicum administrat, veluti præsidem, aut proconsulem, aut procuratorem Cæsaris, aut præfectum cohortis, vel legionis, vel equitum, aut tribunum militum, quamdiu eo officio in prouincia fungitur, prouincialem mulierem vxorem ducere, vel filio suo nuptum collocare non posse, aut consentire filio suo eam vxorem ducenti, *l.38. & 57. sup. hoc tit. l.3. §.1. infr. de don. inter vir. & vx.* Et hoc loco, *contra interdictum*, id est, contra mandata Principum, quæ dant iis, quos mittunt in prouincias publici officij administrandi causa, quib. eis interdicunt nuptiis eiusmodi, *l.65. inf. hoc tit. l.2. §.1. de his, quæ vt indig. l.6. C. de nupt.* Si vxorem duxit prouincialem, qui in prouincia officium administrat, vel si consenserit filio suo vxorem ducenti in ea prouincia, iustum matrimonium non est, & liberi ex ea coniunctione procreati, iusti & legitimi liberi non sunt. Et speciem hanc iniusti, & illiciti matrimonij Papin. hoc loco comparat matrimonio, quod ex Senatusconsulto vel oratione Marci & Commodi, tutor filiusue tutoris prohibetur contrahere cum pupilla quondam sua, vel patris sui, *l. Senatusc. & l. seq. l.66. & l. seq. inf. hoc tit. &* in *C. tot. tit. de interd. matrim. inter pupill. & tutor. vel curator. & filios eor. &c.* Comparatio recta est: nam vtrumque matrimonium est prohibitum, vtrumque iniustum & illicitum, & vt ait, in vtroque ratio prohibitionis eadem, ratio potentatus scilicet: nam si prohibita ea matrimonia non essent, sæpe puellis inuitis & imprudentibus, maxime locupletioribus matrimonia extorquerentur per impressionem & terrorem potestatis, quod maxime interest Reipubl. ne fiat: potentatus maior ve potestas, & inæqualitas personarum libertati impedimento est, quæ potissimum exigitur in contrahendo matrimonio, *l.2. C. de inut. stip.* Vbi non est ea libertas nec matrimonium est; non videtur autem ea esse libertas inter magistratum, & eam, quæ subiecta iurisdictioni eius est: inter eum qui cum imperio & potestate est & priuatam mulierem; inter tutorem & pupillam, quæ vtique semper reuereretur & formidat eum, qui tutor est vel fuit, & facile ab eo circumscribi potest, aut terreri. In oratione Marci & Commodi, quæ prohibuit nuptias inter tutorem & pupillam, prohibitionis alia redditur ratio, ne rationes reddendæ tutelæ cohibeantur, quib. reddendis tutor obstrictus est, puella ducta in matrimonium, ne eiusmodi coniunctione fraudem administrationis suæ tegere laboret, ne pupillæ in re familiari circumscribantur eiusmodi coniunctione, ab iis, qui rationes gestæ tutelæ restituere debent, vt in *l. seq. & l. pen. §. sed etsi filiusfam. hoc tit. l. si tutor, C. de interd. matr.* Ea ratio continetur oratione Marci, vt ait *l. penult.* neque tamen omnino necessaria est, sed probabilis tantum, alioqui quicunque fœminæ esset obnoxius rationib. reddendis, non posset eam ducere vxorem ante redditas rationes, quod tamen est falsum. Ergo non ea tantum fuit ratio prohibitionis, sed & alia: nihil vetat eiusdem iuris plures esse rationes; & ratio quidem proxima est ratio potentatus, & melior igitur. Nam vt cum quæritur quid sit, quid quæque res sit, melius est reddere genus proximum, quam remotum, ita cum quæritur quare sit, melius est reddere proximam quam remotam rationem, quo proximior est, eo & propior negotio proposito, magisque necessaria. Comparatione autem facta vtriusque matrimonij, quod tutor contrahit cum pupilla, vel qui officium administrat in prouincia cum prouinciali muliere, quærit Papinianus, an & sicut pupillæ non iure nuptæ tutori, non aufert fiscus, quod ei testamento mariti relictum est, quamuis, maritus iustus non sit, *l.2. de his, quæ vt indign.* ita & prouinciali mulieri, quæ nupsit officium gerenti in prouincia, non auferat fiscus, quod ei testamento maritus reliquerit? Et ait, deliberari posse, id est, rem non carere dubitatione, quoniam facilius videtur, nos debere parcere pupillæ quæ captu facilis fuit, quam prouinciali cuilibet mulieri. Et tamen concludit Papin. idem iuris esse in vtroque matrimonio siue casu, vt scil. quod relictum est mulieri testamento mariti iniusti, id ei fiscus vt indignæ, quasi deliquerit, quia contraxit illicitum matrimonium, auferre non possit, etiamsi sit ex asse heres scripta testamento viri, *d. l.2.* Huic conclusioni Papiniani multa obstant. Obstat *l.1. vnde vir & vxor.* quæ generaliter statuit propter illicitum matrimonium nihil capi posse ex bonis viri vel vxoris, nec ex testamento adiri posse hereditatem, aut peti bonorum possessionem secundum tabulas, nec deficientibus cognatis ab intestato peti posse bonorum possessionem vnde vir & vxor, si iniustum, & illicitum sit matrimonium, id est, si neque sit maritus, neque vxor iusta: & nos tamen dicimus pupillam, quæ nupsit tutori, prouincialem, quæ nupsit præfecto regionis, posse capere ex testamento tutoris vel præfecti, nec quod cœperit, ei auferri à fisco. Obstat etiam *l.13. inf. de his, quæ vt indig.* cuius species hæc est. Quidam in adulterio Semproniæ damnatus, postea Semproniam, quæ & ipsa damnata non fuerat, duxit vxorem, & heredem scripsit. Idem Papinianus ait hoc loco, eam non esse vxorem iustam, non esse iustum matrimonium. Et ideo lucrum hereditatis ad eam non pertinere, sed vindicari fisco ablatum vt indignæ: & vice versa, si talis mulier talem virum heredem instituerit, viro auferri hereditatem vt indigno. Obstat etiam *l. vxori maritus 27. de vsufr. legato*, quam obiicit Accursius hoc loco. Species hæc est: maritus vxori legauit vsumfructum omnium bonorum suorum, alio herede instituto, & alia quædam, & dotem. heres mulieri vsumfructum concessit per errorem facti. post biennium apparuit iniustam vxorem esse, iniustum matrimonium; Quæritur, an heres possit ab ea repetere quod præterito tempore percepisset ex testamento iniusti mariti: & respondet Scæuola illo loco hoc tantum repetere ab ea heredem posse quod fructuum nomine percepisset. De omnibus aliis rebus, quæ legatæ erant, & de dote nihil respondet, quo plane significat, cætera legata heredem non posse repetere à muliere, sed fiscum repetere. At vsumfructum, & quod eo nomine percepisset, heredem posse repetere à muliere, non fiscum. quæ est sententia *d. l.27.* Vt omnibus respondeamus obseruandus est modus,

quem in hac l. Papinian. addit, prouinciali mulieri, quæ A nupsit præfecto verbi gratia, tribuno legionis, qui modus addi potest, & vero debet in qualibet alia specie illiciti matrimonij. Modus hic est: si virgo nupsit, quem modum & comparatio pupillæ exigit. Hic modus ostédit, tenellę ætati esse parcendum, quæ decepta fuit à viro & illecta in nuptias illicitas. Quod etiam est proditum nominatim in *l. vlt. de legat. 1.* ei ætati esse parcendum, vt non auferatur ei, quod ceperit ex testamento mariti. Virgo non tantum est integritatis nomen, sed & teneræ ætatis: si virgo ergo nupsit, id est, similis pupillæ ætate, si in vtraque specie vtraque fuerit tenella puella. Ex contrario igitur sequi maiori 25. annis, & robustæ ætati non esse parcendum, si hoc vel illo mo- B do, vel alio quouis illicitum matrimonium contraxerit. Huic ætati, id est, mulieri huius ætatis firmatæ, quasi indignæ esse auferédum quodcunque adquisiuit ex testamento mariti iniusti, etiamsi ius ignorauit, quia iuris error nec fœminis maioribus 25. annis in compendiis prodest. Et de fœminis vtique eius ætatis sũt accipiédę superiores ll. tres, non de fœminis tenellæ ætatis, de quibus hæc lex loquitur, quas respicit solas, quibusue parcit solis. Cur vero *d. l. 27. de vsuf. leg.* vsufructus relictus iniustæ vxori redit ad heredem non ad fiscum: alia legata & dos, vt dixi, redit ad fiscum, vsus fructus repetitur ab herede: quia scil. hoc est perpetuum in iure, vt nunquam vsusfruct. redigatur in fiscum, *l. 9. eod. tit. & l. si Titio, in pr. sup. de vsufr.* In quarum legum C specie vsusfructus legatum, quod erat in causa caduci, legatario defecto viuo testatore non redit ad fiscum. Nuda proprietas vel plena redit ad fiscum: ex suis causis, vsusfructus nudus nunquam, alioqui in perpetuum proprietas constitueretur inanis & inutilis. Et hæc de fœminis. De maribus dicimus, quod eis plerunque ex testamento vxorum iniustarum adquisitum est, fiscum auferre, *d. l. 2. de his, quæ vt indig. d. l. vlt. de legat. 1.* Nam & infames fiunt, qui contraxerunt illicitum matrimonium & extra ordinem coërcentur, vt de tutoribus est proditum, qui duxerunt pupillas, *l. 66. inf. hoc tit.* vel etiam iure ordinario coercentur ex *l. Iulia de stupro, l. 7. ad l. Iul. de adult.* Sed & in maribus hæc additur exceptio in *l. qui contra, C. de incest. nupt.* nisi lu- D brico ætatis lapsi sint, vel errore acrissimo decepti, sicut scriptum est in omnibus libr. veteribus, legunt Albericus & omnes Dd. Nam & Caius Marius apud Priscianũ antiquissimus poëta, *clarissimus adulat Hector,* & apud Charisiũ Ennius *celerissimus equitũ.* Si igitur mares lapsi sint lubrico ætatis, vel capti errore acrissimo, non auferetur eis à fisco vt indignis, quia veniam merentur, quod ceperunt ex testamento iniustæ vxoris. Papinianum autem hoc loco quum dixisset, neque pupillæ, quæ nupsit officium gerenti in prouincia, à fisco auferri quod quæsiuit ex testamento iniusti mariti, adiecisse eundem Papin. auferre tamen fiscum huic marito posse quod accepit ex testamento iniustæ vxoris: & hanc posuisse differentiam inter marem & fœminam indicat, quod sequitur in fine legis, *pecuniam tamen in dotem datam mulieri heredi restitui necesse est.* Quib. verbis signi- D ficat, fiscum tamen huic marito non auferre dotem, quã ab ea accepit, legatum auferre, aut hereditatem, quam ex testamento eius accepit, dotem non auferre, sed mulieri vel heredi mulieris mortuę in matrimonio, vel post diuortium dotem restituendam esse: heredi, inquam, agenti ex stipulatu, vt in *l. vn. §. maneat, & §. illo procul dubio, C. de rei vx. act.* dos est restituenda heredi mulieris. Quæro cur etiam apud heredem mulieris non remaneat, quod ea mulier viro in testamento legauit? nimirum, quia id mulier ad heredem suum pertinere noluit, sed ad virum, cui reliquit, vir autem relicto indignus est. Ergo fisco locus patet excluso marito & herede mulieris. At dotem voluit pertinere ad heredem suum quandoque soluto matrimonio, quæ non remisit dotis repetitionem. Verum contra potest obiici, etiam his casibus, dotem non pertinere ad mulierem vel heredem mulieris, quia scriptum est, dotem datam propter illicitum matrimonium caducam fieri, *l. 38. 61. sup. h. tit.* Et priore quidem casu, eo, qui officium gerebat in prouincia, ducente prouincialem mulierem, dotem caducam fieri ex constitutione Seueri indicat Constitutio quædam Gordiani à me prodita *lib. Obser. 1.* quæ etiam vult, ne ex ea causa dos semel fisco commissa marito restituatur, etiam si post depositum officium nouo cõsensu iustæ nuptiæ effectæ sint, iuxta *l. 65. hoc t. l. 6. C. de nupt.* Vix vnquam fiscus reddit quod semel occupauit, *l. 2. C. de requir. reis.* Et sane vt respondeam fateor marito non reddi dotem à fisco, quib. casibus dos remaneret apud eum, si iustum esset matrimonium. At sane quibus casibus rediret ad mulierem vel ad heredem mulieris, à fisco mulieri restituenda est. Potior est causa mulieris dotem persequentis quam fisci: & mulieri vtique dotem esse restituendam probat, *d. l. si tutor, C. de interd. matr.* etiam imperitæ iuris siue nescientis illicitum esse matrimonium, ne rei suæ damnum faciat propter ignorantiam iuris: ergo & heredi eius. Hinc quæritur, an idem sit dicendum in reb. à muliere iniusto marito donatis, quæ donatio ipso iure valet, quia non est maritus, non est vxor, non est dos, non est matrimonium? Qua in re pugnare videtur *l. si ex voluntate, C. de don. int. vir.* cum *l. cum hic status, in fi. eod. tit.* Nam hæc l. dicit, donata ab indignis ablata, fisco vindicari, si illicitum matrimonium fuerit, & vtitur exemplo tutoris, qui duxit pupillam. Illa autem lex ait, donata pupillę esse restituenda, fisco igitur non vindicari. Et sane exemplo dotis pupillæ restituenda sunt quæ donauit ablata marito vt indigno, *d. l. si ex voluntate.* non omnia quæ auferuntur vt indignis rediguntur in fiscum, sed conferuntur in alios, *l. 4. §. amittere, de his quæ vt indig. l. pen. C. de leg.* At non æque sunt tutori restituenda, quæ tutor donauerit, sed ea quoque tutori, ne recipiat & reuocet, vt indigno à fisco auferenda sunt. Et de his tantum fisco vindicandis, quæ tutor donauit, non quæ pupilla, intelligere dictam *l. cum hic status.* vero similius est.

Ad l. 27. ff. de pact. dotal.

Si liberis sublatis, reuersa post iurgium per dissimulationem, mulier, veluti venali concordio, ne dotata sit conueniat, conuentio secundum ordinem rei gestæ moribus improbanda est.

HÆc lex pertinet ad generalem illam definitionem iuris inter virum & vxorem donationes non valere, quæ moribus recepta dicitur, vt in *l. 1. de donat. inter vir. & vx.* ita etiam in h. l. dum ait *morib. improbanda est.* & eam quoque regulam siue definitionem iuris Rufinum *lib. 6. reg.* & Modestinum *lib. 7. reg.* & Paulum *lib. singular. regul.* proposuisse & explicasse constat ex *l. 27. & 41. & 43. de donat. inter vir. & vx.* Et quæ ratio eius regulæ redditur in *l. 3. eod. tit. ne concordia inter maritos pretio conciliari videatur.* eadem ratio redditur in hac *l. à Papin.* his verbis, *veluti venali concordio:* dixit concordium ἀψυχικῶς. Species *l. 1.* hæc est mulier à viro discessit per dissimulationem diuortij, non fuit igitur verum diuortium, sed simulatum, forte & dissidium friuolarium, quod & friuolum dicitur, & per diminutionem friuusculum, *l. cum hic status §. si diuortium, inf. de donat. int. vir.* De quo verbo non debemus laborare, quin nobis sufficit, quod scribit Isidorus *lib. Etymol. friuolum esse cum eo animo separatus, vt rursus ad se inuicem reuertatur, nam friuolum,* inquit, *est velut quassæ & fluxæ mentis non stabile dissidium.* At vero nec probabile

fuit, mulierem eam discessionem fecisse diuortij animo, non est probabile eam discessionem, quæ non diu durauit verum diuortium fuisse, *l. 3. inf. de diuor.* maxime quia matrimonium liberis subnixum erat, vt eleganter loquitur *l. 1. §. pen. de liber. exhib.* Liberi communes firmius astringunt vinculum matrimonij, & adaugent magis charitatem coniugum inter se. Arist. 8. Ethicorum, *σύνδεσμον εἶναι τὰ τέκνα, liberos esse nexum inter virum & vxorem.* Idcirco, inquit, facilius diuortio separantur, qui non habent liberos, quo pignore in matrimonio contineantur. Denique liberorum omnium ratio & fides & pietas tollit omnem suspicionem veri diuortij. Et hac solum de causa puto Papin. notasse, eam mulierem sublatis liberis communibus, id est, existentibus liberis communibus, non elatis, vt glossa, id est, mortuis, sed melius existẽ-B tibus liberis ex eo matrimonio procreatis, se ab ædibus subduxisse mariti, vt argumentum notaret non veri diuortij, quia exstabant liberi: nec vlla alia est ratio, cur dixerit sublatis liberis, cur hanc circumstantiam notarit, quam quod ex ea collegerit, non fuisse verum diuortium. Postea vero marito volente cum ea veterem gratiam reconciliare, eamque domum reducere, ipsa non aliter reuerti potuit, quam si veluti redempta isto pretio reconciliatione atque concordia, maritus ei dotem, quam dederat, restitueret, vel quam promiserat caueret se non petitum, ita vt indotata esset. Quæritur, an ea conuentio valeat? Et ait, non valere quia species donationis est, quæ constante matrimonio non valet, si fiat inter virum & vxorem. Et inter eos matrimonium cõstitisse certum est, quia ea separatio siue discessio iurgium fuit non diuortium, & iurgio non soluitur matrimonium, *l. 32. de iure dot.* Denique vt ait, *secundum ordinem rei gestæ.* Scæuola diceret, secundum ea quæ proponuntur, secundum ea quæ in consultationem deducuntur: *secundum ordinem rei gestæ,* id est, sicut rem gestam fuisse proponitur, factum vocat rei gestę ordinem, vt in *l. 3. §. vlt. de donat. int. vir. & vxor.* illo loco, *eum rei gestæ ordinem futuru,* secundum igitur factum, quod propositum est eam conuentionem non valere, *ne mulier dotata sit,* quia mera donatio est, quæ manente eodem matrimonio inter maritos consistere non potest: dos constante matrimonio permutari si sit ex re mulieris, vel dari vel augeri & ampliari potest, *l. 21. & 24. hoc tit. l. ita constante 8. de iur. dot. l. 7. de tutor. dat.* Minui autem dos constante matrimonio, vel tolli, auferri, reddi, repeti non potest, exceptis certis causis, quarum quædam enumerantur in *l. 37. §. 1. de iur. dot.* Alias constante matrimonio dos minui, tolli, auferri, repeti non potest, quoniam redditio, aut diminutio instar donationis habetur. Potest & sine dote ab initio matrimonium contrahi, quid ni? *l. vlt. C. de don. ant. nupt.* Sed quod semel contractum est matrimonium, dote data vel promissa, nec diremptum, nulla conuentione fieri potest, vt sit sine dote. Si vero diuortio fuerit diremptum, & in redintegrando & renouando matrimonio conuenerit, ne mulier dotata esset, conuentio improbatur, quia non est facta constante matrimonio, sed initio matrimonij noui contrahendi, eo die quo nouum matrimonium reconciliatum est, quo iure fit donatio quælibet. *l. 27. ff. de donat. inter vir. & vx. & l. vir mulieri eod. l. 31. de iure dot.* At quia in specie poposita idem matrimonium mansit, nec iurgio diremptum est, ea conuentio improbatur, & mulier dotata manet, eadem dos manet, sicut & matrimonium idem.

Ad l. 42. de administ. tutor.

*Ex pluribus tutoribus in solidum vnum tutorem index condemnauit in rem suam, iudicatus procurator datus, pri-*A *uilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur. Non enim causæ, sed personæ succurritur, quæ meruit præcipuum fauorem.*

PErtinet hæc l. ad regulam illam, quæ etiam ex lib. reg. Modest. proponitur in *l. priuilegia de reg. iur.* priuilegia siue beneficia, quæ personę præstantur, quæ personæ cohærent, non transire ad heredem eius personæ, vel ad alium quemlibet, priuilegia: quæ causæ præstantur, quæ rei, negotio, generi actionis, priuilegia realia transire, non personalia. Hęc est regula & definitio iuris, ad quam hoc loco apponitur exemplum in persona pupilli, cui in tutelæ actione datur constitutionibus Principum priuilegium exactionis, vt præferatur cæteris creditorib. tutoris, vtque tantisper, dum ei satisfactum sit ex bonis tutoris, cæterorum creditorum actiones differantur, *l. ex facto, sup. de pecul. Persona pupilli,* vt ait Papinianus, *meruit hunc præcipuum fauorem.* Omne beneficium personale præcipuum est, non commune. Quamobrem heredi pupilli idem priuilegium non datur, vt in *l. 1. §. Iidem principes, ad l. Corn. de fals. l. dabimus, §. vlt. de reb. auct. iud. poss. vel de priuileg. creditor.* Nec distinguo inter heredem pupilli extraneum & filium. Nam & filio pupilli quem postea genuit, idem priuilegium non datur, vt aperte demonstrat *l. pen. §. 1. de rit. nupt.* Ergo heredi pupilli, quamuis in eum transeat actio tutelæ, idem priuilegium non datur: actio tutelæ in eum non transit cum priuilegio, nec si filius sit pupilli: & multo minus transit in procuratorem pupilli factum in rem suam, vt in hac specie: si C pupillus ex plurib. tutoribus, qui tutelam administrarant, vt potest, vnum elegerit & conuenerit, atque cõdemnauerit in solidum, debet ei cedere actionem tutelæ, aduersus collegam vel collegas, quo genere eum faciat procuratorem in rem suam, id est, in rem propriam ipsius procuratoris, *l. 2. §. vlt. famil. ercisc. l. si quis in rem, de procur.* Competit igitur actio tutelæ ei, cui cessa est, sed sine priuilegio: priuilegiaria actio tutelæ non ceditur, sed simplex, quod non transit in successorem totius iuris, qui tamen propius accedit ad vicem defuncti, vt Cic. ait 2. *de legib.* & ostendit *l. heres, ff. de vsucap.* Denique quod non transit ad heredem, qui totius successor est, quique eadem intelligitur esse persona cum defuncto, vt ait Nouella, *de iureiur. à moriente* D *præstit.* & in successionem vnius rei, vel vnius actionis transit multo minus. Coniungenda autem cum hac omnino est l. *cum pupillus 21. de tut. & rat. distrah.*

Ad leg. cum pupillus. 21. de tutel. & rat distrah.

Cum pupillus tutelæ actione, contra tutorem alterum, tutori, quem iudex in solidum condemnauit cessit, quamuis postea iudicatum fiat, tamen actio data non intercidit, quia pro parte condemnati tutoris, non tutela reddita, sed nominis pretium solutum videtur.

E QVæ de eadem specie tractat, nempe de vno ex tutorib. pupillo condemnato in solidum, cui pupillus cessit actionem tutelæ aduersus collegam, quam cessionem in hac *l. 21* Papinia. ostendit esse vtilem, quamuis postea ex causa iudicati is, qui condemnatus est, solidum pupillo soluerit, quod omnes tutores pupillo debebant ex tutelæ administratione, quia solutio eiusmodi non intercidit inquit, actio tutelę quæ tutori, qui solidum soluit, ex causa iudicati data, id est, cessa est, vt in *l. 1. C. de satisdat. lis quæ ei data est,* id est, cessa & mandata. Denique cessio actionis tutelæ facta à pupillo, non est inutilis, *quia,* inquit, *pro parte condemnati tutoris, non tutelæ redditur, &c.* Vbi plusquam manifestum est esse scribendum, *quia pro parte non condemnati tutoris, non tutela reddita videtur,* id est, pro eius

parte, pro collegæ parte, qui condemnatus non est, non videtur solutum pupillo ex causa tutelæ, alioqui inutilis esset cessio, sed pro eius parte, *nominis pretium*, id est, actionis tutelæ pretium pupillo numeratum videtur, quasi ex causa emptionis, vt idem dixit in *l. 5. de censibus, l. Modestinus, de solut. l. cum is, de fideiuss.*

Ad l. 1. de iniusto, rupto, & irrito facto testam.

Testamentum aut non iure factum dicitur, vbi solemnia iuris defuerunt, aut nullius esse momenti, cum filius, qui fuit in patris potestate, præteritus est: aut rumpitur alio testamento, ex quo heres existere potuit, vel agnatione sui heredis: aut in irritum constituitur non adita hereditate.

DE causis, quæ vitiant testamentum hæc lex proponit regulas iuris ciuilis quatuor. Prima hæc est: Testamentum, in quo desunt solemnia iuris, non iure, aut non rite factum esse, atque adeo inutile esse, quoniam testamentum solemnitatem iuris desiderat. Testamentum, solemnis voluntas est. Solemnia ergo iuris ciuilis intelligit. Nam & hæ regulæ quatuor & cæteræ, quæ in his libris continentur, sunt regulæ iuris ciuilis, non prætorij: & solemnia iuris ciuilis potissimum consistebant in emancipatione familiæ facta inter testatorem & emptorem familiæ, adhibito libripende, qui æs appenderet, quod pro familia emptor inferebat, emptor imaginarius, & in solemni nuncupatione testamenti, vt Vlpian. exposuit *lib. sing. reg.* Quintil. in Inst. *Non dixerim*, inquit, *testamentum, cui libripens, & emptor familiæ, & cætera iure necessaria deerunt.* In solemnibus non pono testes, alioqui falsum esset, quod in Instit. dicitur, codicillos nullam ordinis solemnitatem desiderare, quoniam & codicilli desiderant 5. testes, *l. vlt. C. de testam. l. vlt. C. de codicill. l. hac consultissima, §. 1. & l. cum antiquitas, C. de testam.* In solemnibus etiam non pono signa testium, quia non desiderantur iure ciuili, sed iure prætorio, vt scilicet testamentum sit obsignatum 7. testium signis, pretore alioqui non daturo heredi scripto bonorum possess. secundum tab. Et iure quoque factum testamentum, & rite esse potest, licet signatum non sit, *l. si quis legatum, inf. ad l. Corn. de falsis.* Secunda regula; nullum esse testamentum, in quo filius qui est in potestate testatoris, præteritus est, id est, neque heres institutus, neque nominatim exheredatus, licet legata ei adscripta sint. De qua regula, & Martianum tractasse secundo regul. constat ex *l. vlt. tit. super.* Idem etiam inutile & iniustum testamentum dicitur. Nam hoc est summum vitium testamenti, præterire filiumfamil. & principale ius, quod exigitur in ordinandis testamentis, vt ait *l. inter cætera, tit. sup.* Tertia regula: rumpi testamentum, quod ab initio iustum fuit, mutatione vel agnatione sui heredis. Mutatione, si postea aliud testamentum factum sit, ex quo, vt ait, heres existere possit, & interdum etiamsi non iure, non rite, non solemniter factum sit, vt si aliud testamentum factum sit iure militari, vel si in posteriore testamento is sit scriptus, qui ab intestato rem obtinere potest, *l. 2. hoc tit. l. hac consultissima §. si quis, C. de testam.* Atque etiam si ex posteriore testamento, nemo heres extiterit, prius rumpitur. Denique neutrum consistit: non prius, quia ruptum est: non posterius, quia irritum est, quando ex eo nemo heres extitit, vt quādo heres scriptus repudiauit, vel conditione defectus est, *l. 16. hoc tit.* Vt posteriore rumpatur prius satis est, si ex posteriore heres existere potuerit, licet non extiterit. Ambulatoria enim est voluntas, vsque ad extremum vitę spiritum, *l. 4. de adim. leg.* Quintil. in declam. *sublatum*, inquit, *dicunt prius testamentum posteriore, neque ego non confiteor, si iure factum sit*: hoc est, si testamentum sit, quoniam plerumque exigimus, vt posterius iure sit factum, exceptis duob. casibus notatis ex *l. 2. hoc tit.* Et sequitur potentissimam esse defuncti proximam quamque voluntatem. Agnatione autem sui heredis rumpitur testamentum si post mortem testatoris, vel post testamentum ei suus heres agnascatur, qui testamento præterius sit, id est, neque institutus heres, neque vti oportet exheredatus, & non agnatione tantum sui heredis, sed quasi agnatione, vt si mortuo filio superstite patre, vel emancipato, nepos ex eo in eius locum succedat & subintret, *l. 13. hoc tit.* vel si filius ex prima vel secunda mācipatione manumissus, vt olim fiebat, reuertatur in potestatem patris. Quod etiam idem Vlpian. exposuit *eod lib. regul.* quod non ita fiebat in filia, cæterisque liberis, qui vna mancipatione exibant de potestate patris, nec desiderabantur tres, vt in filio, (quem morem etiam hodie Moscouia obseruat) *l. 8. §. vlt. hoc tit.* His duobus modis testatori, quasi agnascitur heres suus, & rumpit testamentum, in quo silentio pręteritus est. Qui agnationem, & quasi agnationem dicit, vt qui contractum, & quasi contractum, qui impossibilem conditionem, & quasi impossibilem: qui possessionem, & quasi possessionem, qui actionem Seruianam, & quasi Seruianam. nihil etiam refert, suus heres naturalis agnascatur, vel quasi agnascatur, veluti ex iusta vxore, vel ex nuru, quæ sit in manu filiifam. an suus heres non naturalis, veluti per adoptionem vel adrogationem, *l. 8. in pr. hoc tit.* vel, vt olim per conuentionem in manum. Nam & vxor, quæ conuenerat in manum mariti, sua heres, & filiæ loco marito erat, vt Caius scribit. 3. *Instit. &* Aulus Gell. noct. Attic. lib. 18. *cap. 6.* Quarta & vltima regula hæc est: irritum testamentum per omnia constitui non adita hereditate ab herede, qui in eo scriptus est, in *l. penult. §. 1. de bonor. possess. secund. tab. l. 5. de manum. testam.* Idem desertum dicitur testamentum, & destitutum. Irritum igitur fit testamentum in totum, si repudietur ab herede. Nec dubito quin addiderit Papinianus huic definitioni, vel etiam irritum fieri capitis deminutione quacunque eius, qui testamentum fecit. Qua de re in *l. 6. §. irritum, h. tit.* singulæ causæ, siue species vitiandorum testamentorum, singula vitia, singulis appellationibus singulisque regulis distincta & definita sunt. Et hæc sunt vitia, quæ testamentum infirmant.

Ad l. 34. de heredib. instit.

Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio.

ALia sunt vitia his à Papin. subiecta, quæ testamentum non infirmant, vt in hac *l. 34. de hered. instit.* si in testamento pagani heres nominatim instituatur ex tempore certo, vel ad tempus certum, veluti *heres esto, post decennium quam maior, vel heres esto vsque ad 10. annos.* Quo genere non recte heres instituitur, non recte hereditas datur, quia quod in bon. portione pagano non licet, vt de vna portione testetur, de alia non testetur, vt in vna habeat heredem testamentarium, in altera legitimum: non licet etiam ei in temporis spatio. Vt post mortem suam parte temporis sit testatus, parte intestatus, *l. miles ita §. 1. de milit. testam.* hæc, quæ sunt priuantia natura sunt inter se contraria, testatus & intestatus, *l. 7. de regul. iur.* Et in quo subiecto vnum contrariorum est, non potest etiam esse alterum. Quod autem iure singulari receptum est, vt miles partim testatus, partim intestatus esse possit, hoc colore receptum est, quasi miles habens bona duorum generum, castrensia & pagana, duorum hominum vice fungatur, pagani & militis, vt paganus sit testatus, & vt miles intestatus, vel contra, *l. si certarum, inf. de milit. test.* Paga-

nus tantum vnius generis bona habet. Quamuis autem ex tempore vel ad tempus non recte instituatur heres, tamen institutio propterea non vitiatur, quia vitium illud temporis, quod significat illis verbis, *vitio temporis sublato*, tollitur & circumscribitur, & pro non adiecto habetur: & vitium est potius testatoris, quam vitiũ testamenti: vitia testatoris non infirmant testamentum, quia menda potius sunt & errata testatoris, *l. 1. ff. de condit inst.* vitia personæ non rei: vitia testamenti testamentũ infirmant. Et ita in d. l. 1. *sub conditione impossibili, vel alio mendo*, vt in Florent. *recte factam institutionem non vitiari*: sub conditione impossibili, vel quasi impossibili. vt *l. 14. & 15. eod. tit.* quia ea institutio pro pura habetur, *l. 50. §. pen. hoc tit.* ea conditio pro impleta habetur, *l. 4. §. vlt. de condit. inst.* coniuncta *l. Mucianæ §. vlt. de condit. & demonstrat.* sub alio mendo veluti ex certo tempore, vel ad certum tempus, vel sub falsa causa, falsa demonstratione, vel falso mendo. Nam & hæc vitia non vitiant testatoris voluntatem, quia vitia testatoris sunt, non testamenti, vel etiam si seruus proprius liber esse iussus ita heres instituatur, *si liber erit heres esto*. Nam mendosa est illa adiectio, *si liber erit* cum directo sit manumissus. At hæc quæro, cur tamen heres possit institui sub conditione, an quia pendente conditione videtur paterfam. esse intestatus? hoc nego, quia quamdiu pendet conditio, non est certum, testatus an intestatus sit, sed ex postfacto, ex euentu hoc declaratur, & siquidem conditio extiterit, retroagitur conditio, atque recurrit, & testatus è vita migrasse intelligitur. Si defecit conditio, intelligitur nunquam fuisse testatus, & intestatus è vita migrasse, atque ideo sub incerto conditionis euentu etiam interim heredi pendente conditione prætor dat bon. poss. secundum tab. non expectata conditione, *l. 2. §. 1. & l. 6. ff. de bon. poss. sec. tab.* præstita tamen cautione, vel substitutis, vel iis, qui irrito facto testamento per defectum conditionis ab intestato venire possunt, *l. inter, qui satisd. cog.* Tempus vero certum, neque retro duci potest, neque porro inspicitur, vt puta, cum tempus certum inspicitur & obseruatur, ex quo vel ad quod quis heres institutus est, vt in testamento militis post vel ante tempus qui scriptus est, non intelligitur heres esse, vel fuisse. Non est omittendum, quod ait Accurs. hoc loco, idem esse in libertate & hereditate, vt etiam si testamento data sit libertas vsque ad diem certum temporis, adiectio circumscribatur, & pro non scripta habeatur, *d. l. libertas, & l. seq. de man. test.* Et in Comœdia Plauti, quod Sticho seruo dicitur, *sume eleutheriam in hunc diem, te nihil morabor, & abi quo lubet*, non est manumissio, sed commeatus & licentia in eum diem, se gerendi pro libero. Neque liber, neque heres quisquam est temporarius: sicut dicitur etiam de filio in *l. quæsitum, de adopt.* per adoptionem puta, non posse fieri filium temporarium. At quum ex die datur libertas, tum differentia est inter libertatis donationem & donationẽ hereditatis, quia ex die data libertate temporis adiectio non circumscribitur, *l. 17. §. vlt. & l. seq. §. vlt. l. 23. §. vlt. de manu. test.* In hereditate data ex die, diei adiectio circumscribitur, quia hereditatis nullum aliud initium esse potest, quam tempus mortis eius, de cuius bonis agitur: mortuo enim succedit statim, aut potest succedere aliquis vel lege vel testamento. Libertatis autem initio quodcumque tempus idoneum est, non tempus mortis solum domini, vel aditæ hereditatis, nisi pure sint datæ libertates.

Ad l. 79. de hered. instit.

Quod si non sit reliqui facta mentio. tantumdem in altero asse habebit Mæuius, quantum Titius in primo.

A PErtinet hæc lex ad id, quod ex lib. regul. Vlp. definitum est in *l. 50. §. vlt. h. t.* Hereditatem plerunque diuidi in 12. vncias, quia sc. hoc numero plerunque significatur vniuersitas, & vt ait idem Vlp. illo loco: *hæ 12. vnciæ assis appellatione continentur*: Quod & Remnius Palemo tradit:

Nunc dicam solidæ, quæ sit diuisio libræ,
Siue assis, nam sic legum dixere periti,
Ex quo quod soli capimus perhibemur habere.

Per translationem Vegetius dixit assem pro vngula equi, *purgabis*, inquit, *assem*, *epied*, *libro de re veterinaria*. *Plerumque* autem ait Vlp. quia non semper 12. vncias esse vel fieri oportet, sed ex voluntate testatoris quandoque sunt plures, quandoque pauciores, *l. 13. §.* B *1. h. t.* vt in specie huius *l. 79.* Titium heredem scripsit ex portione, quam per leges capere possit, & Mæuium simpliciter hoc modo, *Mæuius heres esto*, duo asses fient, id est, 24. vnciæ, vt singuli habeant 12. si Titius assem capere possit, vel etiam duobus assibus reductis ad vnum assem, dupondio reducto ad assipondium, singuli habebunt semissem. Et hoc si Mæuius fuerit simpliciter institutus, non si fuerit institutus ex residua parte, quia Titio existente capace assis, Mæuius nihil habiturus est, quia residua pars nulla est. quod in responsis latius exposuimus ad l. superiorem cui hæc implicita est.

Ad l. qui duos 42. ff. de vulg. & pup. substit.

C *Qui duos impuberes filios heredes reliquerat, ita substituit, si ambo mortui essent, deinde pueri post mortem patris, simul perierunt. Duæ hereditates substituto deferuntur: sed si diuersis temporibus vita decedant in hereditate nouissimi pueri, eius fratris, qui ante mortuus est, hereditatẽ substitutus inueniet. Sed in ratione Falcidiæ, pueri prioris hereditas non veniet, nec substitutus amplius, quam sescunciam iure testamenti desiderabit. legata quoque quæ à substituto eius filij data sunt, qui prior intestato decessit ad irritum recidunt.*

DE rebus dubiis, vel ambiguis, & maximẽ de commorientib. varias fuisse conditas regulas, & definitiones à Iurisconsultis, constat ex *l. 16. 17. 18. 22. de reb. dub. & l. 34. ad Treb. & l. 26. de mort. caus. don.* D Quæ omnes sunt ex lib. reg. Martiani Iurisc. Commorientes dicuntur, qui simul pereunt naufragio, vel alio casu, ita vt non videatur superuixisse alter alteri. Ad eas regulas Iurisc. de commorientibus pertinet hæc *l. 42.* Cuius species est de duobus filiis impuberibus à patre heredibus institutis ex æquis partibus, quibus pater L. Titium directo substituit in hunc casum, *si ambo impuberes mortui essent*, quæ est substitutio pupillaris, siue pupillare testamentum, quod pater filiis fecit: & ab eodem substituto in eum casum pater plerisque multa legata reliquit. Et ostenditur in hac l. multum interesse, vtrum ambo filij diuersis temporibus vita decesserint vnus post alium, an simul vno ictu, vnoque impetu commortui sint, ruina vel naufragio. Nam si non di- E uersis temporib. vita decesserint, sed simul iis filiis post mortem patris commorientib. casu quodam, duæ hereditates duorum pupillorum substituto deferuntur, substitutionis iure, quasi substituto vtrique simul morienti, quia non apparet vter vtri superuixerit. Sed si hoc appareat, vt si diuersis temporib. vita decesserint, priori mortuo superstes succedit legitimo iure ab intestato, quia pater, qui substitutum vocauit in hunc casum tantum, *si ambo impuberes mortui essent*, ius legitimæ hereditatis inter fratres seruari voluit. Deinde vero posteriori mortuo succedit substitutus substitutionis iure, *si hic & intra pubertatem mortuus sit, si mortuus sit impubes*. Cæterum vna est hereditas, cui substitutus succedit, non vt priore casu duæ hereditates, licet in here-

ditate posterioris, cui succedit, inueniatur hereditas A prioris, quæ hereditati posterioris accessit iure legitimo, non iure testamenti paterni. Eademque differentia seruatur, si pater duobus filiis impuberibus ita substituerit, *si vterque impubes decesserit*, *l. pen. C. de impub. & aliis subst.* vel si substituerit ei, qui nouissime morietur, vt *l. vel singulis*, *& l. ex duob. h. t. l. qui duos, de reb. dub.* quibus ll. quæ refragari videbātur, ea iam sunt profligata in Respōsis Pap. ad *l. heredes § qui ita, ad Treb. &* ad *l. 14. §. vlt. ad leg. Falc.* vel ad Afric. in *d. l. ex duob.* Sic igitur statuamus: siue duob. filiis impuberibus pater ita substituat, *si ambo impuberes decesserint*, vel, *si vterque impubes decesserit*, vel etiam hoc modo, *ei qui nouissime impubes morietur*, dicimus, multum interesse simul, an diuersis temporib. fratres impuberes vita decesserint. B Nam primo casu, *si pariter & simul mortui sint*, vtriusque hereditas id est, duæ hereditates duorum pupillorum substituto deferentur ex testamento pupillari, quod pater pupillis fecit. Secundo autem casu, *cum ordine vita decesserint*, substituto tātum defertur ex testamento pupillari hereditas filij postremo defuncti, sed auctior & locupletior hereditate fratris præmortui legitima. Ex hac differentia nascitur alia, quæ pertinet ad legata quę initio posui fuisse plurima à substituto primo casu relicta. Et quod ad rationem legis Falcidiæ attinet, cui ea legata subiiciuntur, primo casu, id est, *si ambo simul perierint*, ex legatis à se relictis in testamento pupillari, vel quod idem est in secundis tab. substitutus, si sit oneratus, detrahit quadrantem totius hereditatis paternæ, C perinde ac si à patre heres institutus esset ex asse, quia & assem substitutus capit iure testamenti: id est, iure substitutionis: Et merito hac in causa substitutus instituto comparatur, *l. 11. §. si filio, & l. quæsitum, ad l. Falc. l. prox. §. coheres, h. tit. l. quod fundum §. vlt. ad Treb.* Et ideo si ex vnius pupilli hereditate substitutus saluum quadrantem habeat totius hereditatis paternæ, nihil detrahit ex hereditate pupilli alterius, quia in ponenda ratione legis Falcidiæ duæ illæ hereditates duorum pupillorum commiscentur, & confunduntur, *l. 14. §. vlt. ad l. Falc.* Secundo casu, *si pueri diuersis temporibus vita decedant* quem solum casum vt & aduertit, Accurs. qui intelligit hanc legem. recte tractat hic Papin. cum diuersis temporibus diem suum obierint, hoc, inquam, casu pro parte eius, qui prior vita decessit, substitutio D fit irrita, *l. prox. §. pen. sup. h. t.* Igitur & pro eius parte legata à substituto relicta ad irritum recidunt, vt ait in extremo *h. l.* testamentum, quod fit irritum, per omnia fit irritum, *l. pen. §. 1. de bon. pos. contr. tab.* & irritum fit testamentum non adita hereditate, siue si noluerit heres adire hereditatem, siue non potuerit, veluti, conditione defectus, sub qua heres institutus erat. Qua ratione, & in specie proposita irritum fit testamentum pupillare, pro parte eius, qui prior excessit è vita, quam partem ne substitutus adire possit, frater superstes impedit, cui ea pars defertur iure intestati, iure legitimo, quod inter fratres pater seruari voluit. Pro parte autem posterioris, id est, qui postremus vita decessit, testa- E mentum pupillare, siue substitutio pupillaris valet, & pro ea parte legata debentur à substituto, salua tamen eidem substituto Falcidia, id est, quarta semissis, quæ est sescuncia semissis competentis posteriore mortuo. As enim continet 8. sescuncias. ergo semis continet 4. & semissis quarta siue Falcidia est sescuncia. In eam vero Falcidiam, id est, in sescunciam substitutus non imputat hereditatem fratris præmortui, quam inuenit in bonis posterioris, cui soli ex substitutione succedit, quia ea hereditas præmortui filij aduentitio iure quæsita est, nimirum ab intestato, non ex iudicio patris: & ea tamen, quod vulgo notum est, in Falcidiam imputantur, quæ capiuntur ex iudicio testatoris, id est, iure testamēti, *l. quod autem, ff. ad l. Falc.* Qua de causa & Falcidia hoc loco dicitur capi iure testamenti, id est, iure substitutionis testamento factæ: & alibi Falcidia dicitur esse commodū testamenti, *l. omnes, ff. ad Treb.* quia iure testamenti, iure hereditario percipitur, non aduentitio iure. Quæ non imputaret in Falcidiam institutus, non imputat etiam substitutus, quia primo & secundo casu substitutus instituto comparatur. Itaque supra sescunciam, quam substitutus detrahit ex semisse posterioris, iure substitutionis habebit etiam integrum & illibatū semissem prioris. Et hoc est quod ait in *h. l.* cum diuersis temporib. pueri nō pariter mortui sunt (quem solum casum tractat) in rationem Falcidiæ pueri prioris hereditatem non venire, id est, capi eam à substituto integram, non pro ratione Falcidiæ dodrante eius portionis legatis erogato, quæ pro ea parte in irritum reciderunt, nec imputata quoque ea parte hereditatis in rationem Falcidiæ, in quam venit sola hereditas posterioris, quam ex testamento prior acceperit: sed ex hereditate tamen posterioris, si onerata sit legatis substitutum detrahere sescunciam iure Falc. vt in *d. l. 14. § vlt. ad l. Falc.*

Ad l. 80. de legat. 2.

Legatum ita dominium rei legatarij facit, vt hereditas heredis res singulas. quod eo pertinet, vt si pure res relicta sit, & legatarius non repudiarit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis.

In hac l. proponitur hæc regula, *legatum ita dominiū rei legatarij facit, vt hereditas heredis res singulas, &c.* Loquitur de legato pure relicto, vt infra ait, *vt si pure res relicta sit.* non loquitur de legato relicto sub conditione, sicut nec altera regula, quę huic subseruit ex *lib. 9. reg.* Modest. in *l. omnia, sup. h. tit. Omnia quæ testamentis sine die, vel conditione adscribuntur,* id est, quæ pure relinquuntur, ex die aditæ hereditatis præstantur. Ergo non loquuntur etiam hæ regulæ de legato relicto ex die, vel ad diem: nam & legatum aliter, quam hereditas recte datur ex die vel ad diem, *l. vlt. C. de leg.* & legatarius temporalis fit dominus rei legatæ quod in herede esset absurdum. Et ea est differentia inter heredem & legatarium summe notanda. Legati autem titulo, & iure rei legatæ dominiū adquiri ait hoc loco, vt *l. quotiens §. vlt. de pecul. l. 1. in fi. de Public. in rem act. l. 3. §. si rem, tit. seq. l. 7. C. de leg. l. 2. C. quando dies leg. ced.* est ex lege. 12. tab. vt legato dominium adquiratur, *vti quisque legassit, &c.* Sed ita legato ait adquiri dominium legatario rei legatæ, vt hereditate, id est, titulo & iure hereditatis heredi adquiruntur (quod est etiam ex 12. tab.) res singulæ hereditariæ. quam definitionem sic explicat, vt heres dominium rerum hereditariarum adquirat adita hereditate, cum dixit se heredem esse velle, & ea aditio retrotrahitur ad mortis tempus testatoris, vt & ex mortis tempore defuncto heres esse intelligatur, *l. heres, de adquir. her.* Cuius rei argumentum profert *l. si ex re §. vlt. de stipul. seru.* ex iure Pontificio, quod heres, aut quod heredis familia ex die mortis funesta esse intelligatur, nondum pura, nondū expiata: Heres igitur ex aditione fit dominus rerum hereditariarū, & intelligitur fuisse à morte testatoris, quia aditio retrotrahitur: & ad eundem modum legatarius dominium rei legatę adipiscitur agnito legato, cum dixit, se amplecti liberalitatem defuncti, *l. et qui ita, de condit. inst. l. cum vero, in fi. de fideic. libert.* Ceterum agnitio legati retrotrahitur ad tempus aditæ hereditatis ab herede instituto, quo tēmpore demum cœpit legatario deferri legatum, *l. seruum filij §. 1. l. si tibi homo §. cū seruus, tit. prox.* Cedit dies legati, quod notandum, vt possit transferri in heredem (hic est effectus cessionis) à

morte testatoris: defertur legatum, vt vel repudiari, vel A agnosci possit ab aditione heredis: ante aditionem non defertur, id est frustra repudiatur, frustra agnoscitur: adquiritur autem dominium rei legatæ ab agnitione legatarij, cum dixit se non aspernari aut repudiare legatum. Et hoc est, quod ait *l. omnia, h. tit.* quam dixi subseruire omnino huic regulæ, *omnia quæ testamentis sine die, & conditione ascribuntur, ex die aditæ hereditatis præstantur,* id est, ex eo die deferuntur, & si repudiata non sint, si agnita sint, ex eo etiam die adquisita esse dicuntur, retroacta ad eum diem agnitione legati. Denique vt aditio heredis retrotrahitur ad tempus mortis testatoris, ita agnitio legatarij retrotrahitur ad tempus aditæ hereditatis, non vltra: quia non sequitur recursum siue retractum etiam aditionis, sicut sidera, quæ retra- B huntur ad punctum certum, nec tamen eius puncti ductum sequuntur, qui retro trahitur: ita vero fit, vt ab adita hereditate legatario rei legatæ dominium adquisitum videatur, dominium scil. quod ante fuit testatoris dum vixit, & post mortem eius, ante aditam hereditatẽ, quod fuit iacentis hereditatis & vacuæ, quæ quidem hereditas iacens, non minus, quam heres qui adiuit, ante aditionem, domini, id est defuncti vicem sustinet, *l. heres, de vsurp. & vsuc. l. hereditas, de adq. rer. dom. l. non minus, de hered. instit. l. denique, §. quæsitum, quod vi aut clam.* Agnitione igitur legatarius adquirit dominium quod fuit hereditatis, non quod fuit heredis, quia nunquam fuit heredis res legata, sed vt ait, *recta via. l. 3. §. si rem, tit. seq.* ait, *statim recta via.* Igitur & statim ab hereditate iacente dominium intelligitur transiisse in lega- C tarium, nunquam factum heredis: sicut nec serui directo manumissi in testamento heres intelligitur vnquam dominium habuisse, *l. si iussit, in fi. de furt. & ita in l. à Titio, eod. tit.* Similiter dicitur recta via ea, quæ leguntur ab eo, qui legauit, & ab hereditate, quæ eius vicem sustinet, ad eum, cui legata sunt, transire, nec vllo momento consistere in dominio heredis, *l. 9. §. sed & creditor, sup. de pecul.* dominium igitur rerum legatarum, non nisi scientibus adquiritur, nempe agnoscentibus, actiones tamen personales legatorũ, fateor etiam ignorãtib. legatariis adquiri. aliud est actio personalis, aliud dominium, *l. si à furioso, de obl. & act. l. filiusf. qui testã. fac. pos. l. cum pr. §. surdo, h. t. l. vlt. quand. dies leg. ced.* D Ac prostremo ne quid obiiciatur, omnino notandũ est, quæ diximus hactenus locum habere tantum in legato vindicationis, de quo hæc lex accipienda est, veluti, *illud tibi do, lego. illam rem capito, habeto:* nam legatũ damnationis, veluti, *heres damnas esto illi illud dare,* non adquiritur per agnitionem legatarij, sed per traditionem heredis damnati, & quæsitum traditione dominium nõ retrotrahitur ad tempus aditionis heredis, sed ad tempus moræ heredis: ac propterea interim ante traditionẽ aditione hereditatis heredis factum esse intelligitur. Ex quibus principiis certissimis sequuntur effectus cõplures, & de hoc genere legati per damnationem est accipienda *l. 18. de seru. & l. legatum, §. vlt. tit. prox.* vel etiã E de legato per vindicationem conditionali, vel in diem, non de pure relicto, de quo solo egimus hactenus.

Ad l. 79. de condit. & demonst.

Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato, purum legatum est, quia non conditione, sed mora suspenditur, non potest enim conditio non exsistere. §. 1. Heres meus cum ipse morietur, centum Titio dato, legatũ sub cõditione relictum est; quamuis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario viuo, dies legati non cedat, & non est certum ad eum legatum peruenturum. §. Qui post Mucianam cautionem interpositam legatum accepit, si contra cautionem aliquid fecerit stipulatione commissa etiam fructus heredi restituet: hoc enim legatarius, & in exordio cauere cogitur. §. 3. Quamuis vsusfructus cum morietur legatarius inutiliter legetur: tamen conditionis Mucianæ remedium, vsufructu quoque sub conditione alicuius non faciendi legato, locum habet. §. 4. Quod in fraudẽ legis ad impediendas nuptias scriptum est nullam vim habet, veluti Titio patri centum, si filia quam is habet in potestate, non nupserit; heres dato, vel filiofam. si pater eius vxorem non duxerit, heres dato.

QVæ proponuntur initio h. l. pertinent ad generalem illam definitionem iuris antiqui, qua vtimur, neglecta l. Papia: Legatorum, quæ pure vel in diẽ certum relicta sunt, diem cedere ex mortis testatoris tempore: eorum vero, quæ sub conditione relicta sunt, diem cedere, cum conditio extiterit, quam Vlp. ponit *lib. sing. reg. tit. de legatis,* Et consequenter pertinet etiã ad regulam Catonianam, vt quæ legata ab initio non valent, non conualescant ex postfacto: quæ locum tantum habet in legatis, quorum dies cedit à morte testatoris, non conditionalibus legatis, *l. cætera §. 1. de leg. 1.* neque enim ad alias, quam ad alias regulas iuris referri potest, quod ait initio huius l. purum esse legatũ, quod ita relinquitur, *heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato,* Quod sane purum est legatum, quia certum est Titium moriturum, atque statim à morte testatoris legatum deberi incipit, *l. 9 vt legat. nom. cau.* & quandoque mortuo Titio præstandum est legatum heredi eius, *l. 4. quando dies leg. ced.* & deberi quidem incipit statim, non tamen peti potest etiam statim, quia etsi non conditione, mora tamen certi temporis legatum suspenditur, quoad moriatur Titius: n omne quod debetur statim, & peti statim potest, quia differtur sæpe petitio ex causa, *d. l. 9.* Conditio suspendit obligationẽ & petitionẽ: mora suspendit petitionem non obligationẽ: conditio transmissioni impedimento est, ne sc. à legatario ius legati transeat ad heredem eius: mora transmissioni impedimento non est. ac similiter conditio delegationi impedimento est, ne sci. ius legati possit cedi alteri, *l. legata sub condit. h. tit.* mora non obstat delegationi, vel cessioni legati. Denique magna est differentia inter cõditionem & moram, *l. 1. D. de leg. 2. l. 6. quando dies leg.* At vt sequitur in §. 1. si legatũ ita relinquatur *heres meus quum morieris, Titio centum dato,* vel *Titio hoc vel illud facito,* conditionale legatum est, quia etsi heredem moriturum certũ sit, tamen nõ est certum, vter sit prior moriturus, heres an Titius legatarius, quæ res suspendit omnino causam legati. Si enim prior moriatur heres superstite legatario, verum est heredem heredis statim teneri legatario. At si prior moriatur legatarius superstite herede, heredi legatarij, heres, à quo legatum relictum est, non tenetur, quia legatarius decessit antequam dies legati cederet, id est, ante mortem heredis, ante conditionem impletam: & ideo nihil legatarius transmisit ad heredem suum, *l. 1. §. dies, h. t. & d. l. 4. quando dies leg. ced. l. 12. §. vlt. de leg. 2. l. vlt. C. de contr. stip.* Priore casu, qui proponitur initio h. l. certum est, legatũ debitũ iri, atque adeo videtur etiã deberi statim, quia quæ omnino extitura sunt, pro præsentibus habẽtur, & videntur deberi statim. Qua ratione & mors cuique dicitur esse præsens: omnis dies cuique esse supremus dies. Posteriore casu, certum non est legatum debitum iri, quia legatario heres superuiuere potest, quo casu inutile legatum efficitur: priore casu dies est certus, posteriore incertus, qui pro conditione habẽtur, *l. dies, hoc tit.* Quod sequitur in hac l. in §. *qui post,* pertinet etiam ad legata conditionalia, non quidẽ ad ea, quæ relinquuntur sub conditione dandi aut faciendi aliquid, sed ad ea, quæ relinquuntur sub conditione nõ faciendi, veluti, *Titio centum lego, si Stichum non manumiserit,* quæ quidem plurimũ ab illis distant. Neque enim illa, quæ relinquuntur sub cõditione dãdi vel faciendi, vllo remedio capi aut peti possunt, antequã cõditio fuerit impleta. Hæc

autem quæ relinquuntur sub conditione non faciendi, A capi & peti possunt remedio stipulationis Mucianæ, quam C. Mucius excogitauit. Vnde si legatarius eam offerat & caueat datis fideiussoribus se non facturum, quod ne faceret in cōditionem legati deductum est, aut si secus fecerit, se rem legatam heredi redditurum cum fructibus medio tempore perceptis, hoc remedio statim perueniet ad legatum, quamuis sit conditionale, *l. 7. & 18. h. tit.* alioquin erit expectanda mors legatarij, quia antequam ea contigerit, nō est certum non fecisse eum, quod facere vetitus est. quia cōditiones in non faciendo conceptæ, non possunt expleri, nisi morte legatarij, *l. Titio fundum, h. t.* Solet autē legatarius etiam cauere de fructibus restituendis, vt dixi ante, & ostenditur in *l. cum filius, de leg. 2.* Sed & si in cautione omissa B fit mentio fructuum restituendorū, forte per obliuionē cōmissa stipulatione Muciana, hoc loco ostendit in eam fructus rerum legatarum venire rupta cautionis fide: quod cautioni vulgo adijci solet pro adiecto habetur, si omissum sit, non pro omisso, *l. vlt. C. quæ res pign. l. vlt. C. de fideiuss.* De cautione Muciana etiam est quod subijcit in §. *pen.* si ita legetur vsusfruct. quum morietur legatarius, purum quidem est legatum, sed inutile, quia & constitutus vsusfruct. morte legatarij extinguitur, quia ius est personale, quod cum persona extinguitur: & consequenter perperam, & quasi ridicule confertur in mortem, quod morte perimitur, *l. 5. de vsufr. leg.* Sed si vsusfructus relinquatur sub conditione non faciendi C aliquid, conditionale est legatum, & valet, quia etsi ea conditio non expleatur nisi morte legatarij, quæ extinguit legatum, tamen legatarius ad legatum statim peruenire potest prestita cautione Muciana: remedio cautionis Maucianæ fiet vtile legatum, quod alioqui esset inutile, quæ est sententia §. *pen.* etiam referri potest ad cautionem Mucianam §. *vlt.* vt intelligamus, si mulieri legatum relictum sit sub conditione, *si non nupserit*, vel si viro relictum sit sub conditione, *si vxorem nō duxerit*, legatarium posse peruenire ad legatum, etiam non præstita cautione Muciana, quia l. Iulia, quæ Miscella appellatur, ea conditio viduitatis remittitur, quasi publicæ vtilitati repugnans, *l. hoc modo, hoc tit. l. 2. §. tractari, ad Tertullian.* Itaque post mortem testatoris intra D annum, vt definiuit lex Iulia, ille legatarius nuptias cōtrahere, & nihilominus non habita ratione conditionis adscriptæ legato, legatum capere potest. Verum post annum si viduus aut vidua permanserit in annum post mortem testatoris, post annum non aliter capere potest, quam si præstiterit cautionem Mucianam se non nupturum, non ducturum vxorem, quod lex Iulia cauit & probauit etiam Iustin. in *Nouella 22.* Et hoc quidem ius sequimur non tantum si conditio viduitatis conferatur in personam legatarij nominatim, veluti, *lego Titio centum, si vxorem non duxerit*, sed si ea conditio conferatur in personam patris, in cuius potestate legatarius est hoc modo, *lego Titio centum, si pater eius vxorem nunquam duxerit*, vel si conferatur in personam filij, quem legatarius in potestate habet, vt, *lego Titio centum, si filius eius vxorem non duxerit*, vel, *si filia eius non nupserit.* D Nam & hæ conditiones circumscribuntur & remittuntur, quia scilic. sunt adscriptæ in fraudem l. Miscellæ per simulationem legati relicti patri, quod relinquere voluit filio sub ea conditione, vel contra, & inspecta calliditate testatoris perinde est, atque si ei sub ea conditione legasset nominatim, cui legatum & quæsitum voluit, & ideo intra annum poterit capere legatum, etiamsi pater vel filius, qui in conditione positus est, nuptias contraxerit. Ponit speciem in patre, qui filium habet in potestate, & in filio, qui est in potestate patris: nam aliud est in emancipato vel extraneo quolibet, vt si ita legauero, *lego Titio centum, si Seia non nupserit.* Hæc species legati nihil pertinet ad l. Iuliam Miscellam, nec aliter Titius perueniet, ad legatum, quam si Seia vidua permanserit, *l. mulieri, hoc tit.* Qui ita legauit nullam fraudem excogitauit aduersus l. Iuliam Miscellam.

Ad l. 28. de oblig. & act.

Actio in personam infertur, petitio in rem, persecutio in rem, vel in personam, rei persequendæ gratia.

PRopositurus Papinianus regulas, quæ multæ sūt de actionibus, vt in his libris regularum non esse insolitum fieri ostendi initio huius libri, diuisit actionem in *d. l. 28.* in actionem, petitionem, persecutionem. Actionem dixit inferri in personam rei persequendæ gratia. B Proprie ita accepit actionem & specialiter: est enim actionis nomen generale & speciale vt adoptionis & cognationis. Petitionem inferri in rem, quæ & petitoria actio dicitur, & inde nomen petitioni hereditatis, quia in rem actio est. Persecutionem autem inferri in rem vel in personam. Ergo actione conuenio personam, affirmans eam mihi dare aliquid aut facere oportere. Petitione conuenio rem ipsam, asserens eam rem meam esse, quæ ab alio possidetur: persecutione conuenio vel rem vel personam. Et vt hęc quoque definitionibus explicemus. Actio est ius, quod sibi debeatur rite & ex ordine in iudicio persequendi. Petitio est ius, quod suum est, id est, in dominio suo iudicio rite persequendi. C Persecutio autem est ius quod suum, quodve sibi debitum est extra ordinem iudicio persequendi. Nam persecutio dicitur tantum de actionibus extraordinariis, *l. pecunia §. actionis, de verb. sign.* vt de persecutione fideicommissi, quod vt Vlpian. scripsit in regulis, petitur cognitione & interuentu ipsius magistratus, non apud iudicem datum per formulam. In iudiciis extraordinariis formulæ non obseruantur, id est, iuris ordo, *l. actio, de neg. gest.* vt item de persecutione salarij, quod non petitur per formulam, sed cognitione magistratus, *l. salarium sup. mand.* Et ita hæc tria verba distinguenda sunt in stipulatione de rato, *l. procurator, rem rat. hab.* Neminem petiturum, cui ea de re actio, petitio, persecutio sit: & in stipulatione Aquiliana, *l. & vno,* D *de accept.* Quarūcunque rerum mihi tecum actio, quæque aduersus te petitio, vel aduersus te persecutio est: & in *l. 49. de verb. sign.* In bonis connumerari, quæ sunt in actionibus, petitionibus, persecutionib. Et apud Cornif. 2. *ad Herenn. quæritur in translationibus,* inquit, *num aliquis eius rei actionem, petitionem, executionem habeat,* nihil est mutandum. Nam persecutio passim in iure executio appellatur. Quamuis autem hæ sint definitiones actionis, petitionis, persecutionis, admonendi tamen sumus, eas facile confundi, commutari, vel communicari earum verbis latius acceptis. Nam & in definitione actionis verbum debendi complectitur etiam, quæ nostra sunt, si ab alio possideantur, lata significatione, in *d. l. pecuniæ, §. debetur.* & in definitione petitionis suum recte quis dicit latissime, & quod sibi debitum est, vt in *l. repetitio, de cond. indeb.* & sæpe in illo tit. *quia suum recepit*, id est, sibi debitum. Et definitio quoque persecutionis accommodari potest ad omnia iudicia, omnesque actiones, quoniam hodie omnia iudicia sunt extraordinaria, id est in nullis obseruantur formulæ, mores, ritusue iudiciorum antiqui proditi iure ciuili, omnia iudicia sunt extraordinaria, §. *vlt. Institutionibus. de interdictis.* non quod ordinaria, solemnia, formularia sint sublata, si quis his vti malit, quibus plerumque vti consultius esset, & nescio an desuetudo formularum plus auxerit, quam minuerit lites, sed quod extraordinaria iudicia magis frequententur omni ordine sublato à iudicijs, sicut à cæteris negotiis: nam & à testamentis hodie exulat ordo iuris, vt vere possis dicere omnia testamenta non iu-

re facta esse, quia in omnibus desunt ritus & solemnia iuris, deest æs & libra.

Ad l. 123. de verb. oblig.

Si flagitij faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.

IN hac lege melius est accipere verbum *flagitij* generaliter, vt regula congruat cum eo, quod generaliter definitur in *l. generaliter, eod. tit.* Generaliter nouimus turpes stipulationes nullius esse momenti. Et ait, *ab initio non valet*, id est, statim non valet ipso iure, etiamsi postea flagitium admissum non sit: vel etiamsi admissi flagitij pœna legibus extincta sit.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. II. Definitionum Æmilij Papiniani.

Ad l. 7. D. de iustit. & iure.

Ius ciuile est, quod ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentium venit. §. 1. Ius prætorium est, quod Prætores introduxerunt adiuuandi vel supplendi, vel corrigendi iuris ciuilis gratia, propter vtilitatem publicam, quod & honorarium dicitur, ad honorem prætorum sic nominatum.

HÆc lex secundum editionem Florentinam est ex libro 2. definit. Papin. quæ declarat quid sit ius ciuile, & quid prætorium. At secundum vulgarem editionem, sane ea *l. 7. lib. 1.* definition. vindicanda est, quod equidem verum esse arbitror. Nam & cæteræ fere omnes *ll. huius tit.* sunt ex aliorum auctorum vel *lib. 1. Instit.* vel *lib. 1. regul.* vel *lib. 1. iuris Epitomarum.* Ergo & hanc verisimile est fuisse ex lib. 1. definitionum. Præterea vt Papin. *lib. 1.* exposuit ante omnia, quid esset lex, ita verisimile est, quod præstat lex 7. & eodem libro antequam iuris regulas exequeretur, exposuisse eum, quid esset ius ciuile, quid prætorium. Sunt enim hæ definitiones præparatoria quædam ad regulas. Et credo etiam Vlpian. regulas iuris inchoasse à partibus iuris ciuilis, quas complectitur definitio proposita in hac *l. 7.* Est enim definitio cōfecta per partitionem. At ita verisimile est Papin. libros suos definitionum & regularum inchoasse non tantum à definitione legis, sed etiam iuris ciuilis atque iuris prætorij, nec eius rei explicationem reiecisse *in lib. 2.* Ait autem Vlpian. initio regularum, ius ciuile, quod & posititium appellatur ex pluribus partibus cōstat, scil. legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, constitutionibus Imperatorum, & similiter iure honorario, inquit, quod est edictum prætoris, vel proconsulis, id est, edictum vrbanum, vel prouinciale, & ex responsis iurisperitorum. Et his partibus explicatis, ait Vlpian. se ad studia iuris regulas exequi velle, & ita priusquam regulas iuris exequeretur Papinian. quæ sumuntur ex variis partibus iuris, vel ciuilis, vel prætorij, exposuit nobis, quid esset ius ciuile per partitionem his verbis, *ius ciuile est, quod ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, &c.* Verum Vlpian. supr. d. loco in partibus iuris numerat etiam edicta magistratuum, quæ tamen hic Papin. conficiens definitionem iuris ciuilis per partitionem omittit. Partem etiam iuris ciuilis Vlp. facit edicta magistratuum in *Instit.* ex quibus est §. *scriptum,*

A *Inst. de iure nat. gent. & ciu.* Et Cicero in Topicis, vbi etiam per partitionem definit ius ciuile. Ac solus ipse etiam partibus iuris ciuilis adnumerat res iudicatas, & morem, & æquitatem, quas tamen omisit omnes Papin. in hac definitione, quamuis & eam conficeret per partitionem, quod vitiosum esse merito quis dixerit, nisi cur eas partes Papin. omiserit ostendatur. Et facilis huius rei absolutio erit, si dicamus à Papin. definiri scriptum tantum & merum siue legitimum ius ciuile, scriptum ius ciuile. Nam vt in *d. §. scriptum,* cum proposuisset ante ex Vlpian. Instin. ius ciuile constare ex scripto, & sine scripto: mox subijcit definitionem iuris scripti. Ita cum eadem diuisio iuris ciuilis ante proposita fuisset ex eodem Vlpiano in *l. 6.* consequens erat, statim & primum tradi definitionem iuris scripti, quod & posititiū
B siue positiuum dicitur. Ius non scriptum, cuius partes sunt mos, æquitas, rerum iudicatarum constantia, est ius ἀνομαθετικὸν, non positiuū. Merum autem ius ciuile, quod legitimum dicitur, *l. sed cum patronus, §. bonorū, de bō. poss. l. vlt. §. vlt. de bon. poss. cont. tab.* à Papin. definiri, etiam subiecta iuris prætorij definitio demonstrat in hac l. quid enim euidentius, quam voluisse Papin. ius ciuile separare à iure prætorio? Et ideo ius prætorium siue edicta magistratuum, quod idem est, non inseruit definitioni iuris ciuilis confectæ ex partibus, cui definitioni iuris ciuilis inserit ius prætorium, miscet ius vtrūque, miscet quæ separat Papin. Neque enim definit Papinian. ius ciuile vniuersum, cuius pars est etiam prætorium, & ius quoque ciuile nonnunquam dicitur, vt in illo loco Ciceron. pro Cæc. *quod denique ad ius ciui-*
C *le,* &c. loquentis de prætoriis edictis, & ius prętorium, quod manat ex edicto vel interdicto prætoris, quod & ὁμιλία dicitur à Theoph. in *tit. de interd. viua vox esse iuris ciuilis* in l. *seq.* Ciceroni *lex loquens*, & ius prætoriū ius ciuile subsequi in *l. scio, de testib. l. 1. §. vlt. de capt. & post. l. 39. de noxal. act.* Et ius prætorium ad legem ęstimari apud Varronem de *ling. Lat.* & Prætorem Tullius in *ll.* iuris ciuilis custodem esse, qui idem pari ratione definitioni iuris ciuilis, cum admiscet res iudicatas & morem & ęquitatem, non ius tantum scriptum definit, vt Papin. sed vniuersum ius ciuile siue scriptū, siue non. Non scripti iuris ciuilis pars est mos & consuetūdo, quæ tacito & illiterato populi cōsensu & quasi
D conuentu obtinuit: non scripti etiā iuris pars est æquitas, quæ scripti iuris interpretatio est, & moderatio & emendatio, vt Aristoteles ait, ἐπανόρθωμα, id est, quod deest iure ciuili, quod litteris non potuit comprehendi. Æquitas denique iuris scripti interpretatio, moderatio, emendatio est, posita in arbitrio boni viri, periti bene iudicandi, vt in re dubia pro ratione temporis, loci, causarum, personarum, æquitatem sequatur potius, quam ius scriptum: ea æquitas neque in totū scripta est, neque in totum scribi potest: est enim infinita regula æquitatis. Non scripti iuris ciuilis pars etiā sunt res iudicatæ, id est, res quasi tritura quadam fori & vsu iamdiu recepto semper eodem modo in similibus causis iu-
E dicari solitæ, iuxta id quod dicitur in *l. nam Imperator, D. de ll. in amb guitatib. quæ ex legibus proficiscuntur, rerum perpetuo iudicatarum similiter auctoritatem, vim legis obtinere:* obserua quod ait, *perpetuo & similiter:* nam vt Tullius ait lib. 1. de inuent. *solitarij alicuius aut rari iudicati nullum momentum est.* nec à iudicato simpliciter argumentum valet, sed à sæpius iudicato, vel à perpetuo iudicato, *l. 1. §. hoc autem, inf. ad Syllan.* Et *similiter* ait, *non varie*, vt l. *nonnunquam, ad Trebell.* nam ex vario iudicato ius vel argumentum certum constitui, aut duci non potest. Iudicatum autem perpetuo & similiter, iudicatum quod numero & tempore valet, partem facit iuris non scripti, in his causis, in quibus ius scriptum deficit, eaque pars dicitur mos iudiciorum sæpissime, & ius iudiciorū, *l. 3. C. de dotis promiss.* & mos legum

l.32.C.de transaction. Alius est mos maiorum siue ius populi: alius mos iudiciorum & legum. Non scripti etiam iuris ciuilis nemo negat partem esse ius gentium, quod & naturale dicitur, & morum etiam appellatione continetur, vt in *l.8.& in l.sororis,de rit.nupt.* nec libertinam matrem vel sororem vxorem duci posse, quia hoc ius, inquit, moribus, quod est iure gentium, non legibus introductum, quia, vt ait in *l.adoptiuus §.1.eod.tit.* in nuptiis contrahendis ius naturale inspicitur, quod est ius gentium, pudor naturalis, non merum ius ciuile, non ius legitimum. Et similiter in *d.l.sororis*, si quis eam duxerit, quam moribus prohibemur vxorem ducere, incestum committere iure gentium; quo fit perspicuum morum appellatione significari ius gentium, & vniuersi iuris ius gentium pars dici potest. Et inde M. Tullius 3.de offic. *quod ius gentium est*, inquit, *& ius ciuile esse debet.* Et alibi in Partitionib. *legis esse propria etiam ea, quæ sine litteris, aut gentium iure, aut maiorum more retinentur.* Verum non partes iuris non scripti, sed partes iuris scripti tantum hac definitione Papin. complecti voluit. Noluit etiam, vt diximus, confundere ius prætorium cum iure ciuili, quamuis idipsum, quod prætorium est, ciuile sit, non quidem specialiter, sed generaliter. Specie n. plurimum inter se differunt ius ciuile & prætorium. Et ius quidem prætorium ita definiuit, *quod prætores* scil. vrbani & peregrini, *introduxerunt adiuuandi, supplendi, corrigendi iuris ciuilis gratia, propter vtilitatem publicam*, quæ mater est iuris ciuilis, quæ non contenta iusto fœtu suscepit alium, qui primum fœtum adiuuaret, suppleret, corrigeret. Tres sunt virtutes iuris prætorij, adiuuare ius ciuile, supplere, corrigere. Definitio iuris ciuilis est à partium, definitio iuris prætorij, ab effectorum enumeratione. Adiuuat autem ius ciuile prætor, cum id subsequitur, cum id tuetur, atque confirmat; vt cum suis heredibus, vel agnatis ab intestato dat bonorum possessionem vnde liberi & vnde legitimi, & cum heredibus institutis iure perfecto testamento dat bonorum possessionem secundum tab. & aliis plerisque modis, *§.1.Instit.de bon.possess.l.sed cum patrono, D.eod.tit. legum*, inquit, *tuendarum causa prætor dat bonorum possessionem.* Supplet autem ius ciuile, cum quod ei deest quodue legibus omissum est, quantum potest aliqua ex parte implet: vt cum fœminas, quas in successione intestati lex Voconia excludit iure graduque agnatorum, nec vocat inter cognatos, saltem prætor vocat data bonorum possessione vnde cognati. qua de re *§.media, Instit.de legit.agnat.succes.* primum ait, Prætorem corrigere asperitatem iuris ciuilis; deinde propriore verbo vsus, non corrigere, sed quod deerat implere. Et similiter *l. quia actionum, de præscr.verb.* ait, actiones legibus proditas, actiones ciuiles; si lex iusta ac necessaria sit, prætorem supplere in eo quod legi deest. datis actionibus vtilibus, actionibus in factum, exigente æquitate & vtilitate rerum, legi accommodatis. Supplet item quodammodo ius ciuile, cum agnatus vel gentilis, qui legitimus est curator furiosi aut mente capti, ad eam rem inhabilis est, quasi deficiente curatore legitimo, deficiente iure ciuili, alij permissa bonorum furiosi administratione, *l. sæpe, de curat.furios.* Corrigit autem ius ciuile, cum id palam oppugnat & emendat, vt cum postumum alienum, id est, qui suus heres testatori futurus non est, heredem institutum, quem ius ciuile repellit, quasi incertam personam, *§.postumus. Instit.de legat.* prætor ad bona testatoris vocat, data bonorum possessione secundum tabul. *§.1.Instit.de bonor.poss.l.postumus, de inoffic.testam.l. 3.de bon.possess.sec.tab.l.1.§.si filius in adoptionem, & l.si extraneo, de vent.in poss.mitt.* Item cum liberos capite deminutos, quos ius ciuile proculdubio repellit ab hereditate parentum, prætor rescissa capitis deminutione vocat ad bonorum possessionem contra tab. *l.vlt., vnde lib.d.l.sed cum patrono §.pen.l.3.§.si emancipatus, de bon. A poss.cont.tab.l.si aliquis, C.Theod.de bon.poss.* Item cum liberto testato, vel ab intestato relinquente suum heredem non naturalem, puta, filium adoptiuum, quo casu ius ciuile omnimodo patronum excludit à liberti bonis, prætor patronum vocat in semissem, data bonorum possessione contra tab. vel contra suum heredem non naturalem. His modis prætor corrigit ius ciuile propalam. Denique hæ sunt vires, hæc effecta iuris prætorij. Quod subiicit Papin. etiam ius honorarium nominari in honorem prætorum, vt & in Inst. ait Theophil. εἰς τιμὴν ἀρχόντων, qui & ipsi honorati sunt atque dicuntur apud Ouid. *Verbaque honoratus libera prætor habet.* Quare etiam bonorum possessores dicuntur etiam honorarij successores. Addi velim ad ea, quæ superius dixi de correctione iuris ciuilis. locum, quem omisi, in quo id proponitur, B prætores scil. ius emendare in *§.1.Inst. de succes. libert.* vbi ait, ea in re iniquitatem iuris ciuilis prætorem emendasse.

Ad l. pen. de vsufr. accresc.

Cum singulis ab heredibus singulis eiusdem rei fructus legatur, fructuarij separati videntur, non minus quam si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset, vnde fit, vt inter eos ius adcrescendi non sit.

HÆc l. pertinet ad id, quod generaliter definitur ex auctoritate & sententia Celsi in *l.3. h.t.* Inter eos quibus eiusdem rei vsusfruct. legatus est, toties esse ius adcrescendi, quoties ab initio singuli solidum habent, C concursu partes faciunt, non si ab initio singulis legatariis partes adscribantur aut adscriptæ intelligantur, id est, inter eos esse ius adcrescendi, si vtroque concurrente & agnoscente legatum vsumfruct. inter se partiantur, non etiam si ab initio ipse testator inter eos vsumfru. partiatur adscriptis partibus. Et ius adcrescendi est ius obtinendi totius vsusfructus, quem quis non repudiauit, collegatarius eius repudiauit, vel amisit. Et ex hac definitione Celsi intelligimus, inter re coniunctos esse ius adcrescendi, vt si ita legauit: *Primo & Secundo fundi illius vsumfr. do lego*, vel ita, *Primo fundi illius vsumfructum do lego, Secundo fundi eiusdem vsumfr. do lego. §.si eadem res, Instit. de legat.* Priore exemplo Primus & Secundus etiam verbis coniuncti sunt, posteriore exemplo verbis sunt disiuncti & separati. Vtroque re con- D iuncti sunt, quia ab initio singulis pro indiuiso fundi solidus vsusfru. relictus videtur. Denique iudicio testatoris indiuisus est vsusfructus, nec diuidetur nisi concurrat vterque & amplecti legatum velit. Ex eadem definitione intelligimus, inter disiunctos re non esse ius adcrescendi, etiamsi verbis forte coniuncti sint, vt si ita legauerit, *Primo & Secundo fundi illius vsumfruct. æquis portionibus do lego*, non sunt re coniuncti, quia ab initio singuli partes habent, non solidum: & ideo, nec inter Primum & Secundum hoc casu versatur ius adcrescendi, sed repudiante primo vsumfruct. portio eius recurrit ad proprietatem, non etiam adcrescit alteri portioni vsusfructus. Quod in hac *l.pen.* demonstrant hæc verba, E *si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset.* & separatos eos esse nec inter eos versari ius adcrescendi. Ergo inter verbis tantum coniunctos, non etiam re, non est ius adcrescendi Hoc est verissimum, cum hac exceptione tamen, nisi appareat aliud sensisse testatorem, puta, partes designasse potius, quas facerent concursu, quam ipsum fecisse, vt in specie *l.16 §.vlt.de leg.1.* Cum legauit mihi & postumis ex virilibus portionibus, adscriptis portionibus, nullo nato postumo totum legatum vindicabo iure adcrescendi. Atqui non fuimus re coniuncti, quum singulis sint adscriptæ partes viriles? Respondeo testatorem non tam adscripsisse partes viriles, vt nos separaret, quam vt demonstraret, pluribus

postumis natis non vnam mihi partem, & postumis alteram se dare velle, sed singulis viriles, vt in *l.7.& 8.de reb.dub.* Alioqui nuda verborum nominumve coniunctio ius adcrescendi non parit, quoniam plerumque non tam coniunxisse testator, quam celerius dixisse videtur, *l.66.de hered.inst.* cum scilicet re legatarios disiunxit, id est, cum adscripsit eis partes ab initio nominatim. Et idem est si intelligatur ab initio partes adscripsisse, vt & hic Papinianus ostendit in hac specie, si duobus heredibus institutis Titio & Mæuio, à Titio testator vsumfructum legauerit primo, & à Mæuio eiusdem fundi vsumfructum secundo, quia hoc casu intelligitur testator singulis legatariis partes ab initio reliquisse, quas scil. singuli heredes pro portionibus hereditariis singulis legatariis præstare tenentur, quia vt subiicitur in *l. vlt.* cum alius legatarius ab alio herede vsumfructum vindicat, id est, quia singuli legatarij vindicant partes ab heredibus singulis, quæ singulis relictæ videtur, non solidũ, & ideo inter eos quasi re disiunctos ius adcrescendi nõ versatur in *l.vlt.cum* pro, *quia*, vt in Basilicis. Nihil igitur interest Primo & Secundo coniuncta oratione legetur vsusfructus fundi æquis portionibus adscriptis, an vero singulis legetur à singulis heredibus, quoniam hi & illi re disiuncti sunt, & non concursu partes faciunt, sed habent eas statim ab initio ex iudicio testatoris. Et ideo non est inter eos ab initio ius accrescendi.

Ad l.59.de cond.indeb.

Si fideiussor iure liberatus, soluerit errore pecuniam, repetenti non oberit, si vero reus promittendi per errorem, & ipse postea pecuniam soluerit, non repetet: cum prior solutio, quæ fuit irrita, naturale vinculum non dissoluit, nec ciuile, si reus promittendi tenebatur.

PErtinet hæc lex ad regulam illam, vulgo iactatam, *errore & imprudentia soluti repetitionem esse, consulto soluti donationem, non repetitionem esse, l.53.de reg.iur. l.1. hoc tit.* errore, inquam, facti, qui soluenti indebitum non obest: error iuris obest, *l.cum quis, C.de iur.& fac. ignor. l. error, C.ad l.Falcid.* Nec enim errorem cum dicunt simpliciter iuris auctores, alium quam errorem facti intelligunt. Et est plane importunus, qui *d.l.53.* scripsit esse accipiendam de errore iuris, relatam ad actionem Fabianam, ad quam etiam sane proprie pertinet. Sed non aptanda est ad eam actionem Fabianam eo modo, quo eam ille aptauit ex *lege 5.si quid in fraud.patr.* sed hoc modo, vt si libertus errore soluerit indebitam pecuniam, repetitio liberto competat per condictionem indebiti, nõ patrono per actionẽ Fabianã, quia qui errauit, noluit fraudare patronum, sed si consulto soluerit, quia donasse videtur in fraudem patroni, actio Fabiana, quæ solutum reuocet, patrono competet. Sicut in *l.6.eod.tit.* dicitur eandem actionem patrono competere, si libertus consulto sciens prudensque filiofam. pecuniam crediderit contra Senatusconsf. Maced. in fraudem patroni, quia donasse intelligitur filiofamil. scientem credere, donare est, perdere est, vt ait *l.4.§.Iulianus, ad Maced. & l. filiusfam. de donat.* Hoc cognito, finge, qui fideiusserat pro reo promittendi, solus ipse iure liberatus est, non etiam reus promittendi, reus promittendi mansit obligatus. Quod euenit si fideiussor cum creditore paciscatur, ne à se pecunia petatur, quia pactum fideiussoris reo non prodest, *l.fideiussoris, de pact.* fideiussori prodest non quidem, vt iure ciuili liberetur, quia pacto non potest tolli ciuilis obligatio, sed vt liberetur iure prætorio per exceptionem pacti conuenti. Idem etiam euenit, si fideiussor tempore liberatus sit, vt puta, cum fideiussisset in diem certum tantum, vt in *l.fideiussor, §. vlt.D.mand.* Nam & hoc casu reus omni iure obligatus manet, fideiussor iure prætorio liberatur per exceptionem pacti conuenti vel doli mali, *l.oblig.§.1.versic.placet, de obligation.& action.* Et ita in hac lege hæc verba, accipienda sunt, *si fideiussor iure liberatus*, id est, iure prætorio, vt *l.3.§.1.de constit.pec.* per exceptionem pacti vel doli, non iure ciuili. Nam liberato fideiussore iure ciuili, & reus omnino liberatur. Fac vero fideiussorem tutum exceptione pacti conuenti vel doli mali, per errorem creditori suo nomine pecuniam soluisse, pacti non reminiscentem, solutione huiusmodi videtur tam se, quam reum promittendi liberasse omni obligatione, & ciuili & naturali: solutione tollitur omnis obligatio, id est, & naturalis & ciuilis. Et quamuis pactione fideiussoris reus non liberetur, solutione tamen liberatur: sane solutione vera, cum & solutione imaginaria, veluti, acceptilatione fideiussoris etiam reus liberetur & tota soluatur obligatio, *l.13. §.etiam si fideiussori, de accept.* Quid tamen dicimus in specie proposita, si fideiussor per errorem soluit ignarus exceptionis pacti, vel heres fideiussoris qua se tueri poterat, & solutum condicat quasi natura indebitum, quod potest, *l.cum is §.1.hoc tit.* potest, inquam, condicere, quia exceptio pacti vel doli, quam habuit, dat repetitioni locum: pacto enim etsi non tollatur ciuilis obligatio, tollitur tamen naturalis, *l.Stichum §.naturalis, de solut.l.qui exceptione §. vlt.* coniuncta *l.si non sortem §.libertus, hoc tit.* Solutione autem fideiussoris irrita facta per condictionem indebiti, ex euentu apparet, nec retro vllo modo fuisse liberatum reum promittendi, qui fideiussore paciscente, & ciuili & naturali iure mansit obligatus, fideiussor iure ciuili tantum, *l.qui hominem §.vlt.de solut.* Itaque post solutionem à fideiussore factam per errorem, si huius solutionis ignarus reus promittendi per errorem creditori soluerit eandem pecuniam, condictio quidem indebiti fideiussori dabitur, quia natura non debuit: reo promittendi, non dabitur vt definit Papin. hoc loco, quia reus promittendi, quod soluit, & naturaliter, & ciuiliter debuit, nec solutione fideiussoris, quæ ad irritum redacta est, sublata est naturalis vel ciuilis obligatio, qua reus promittendi tenebatur obstrictus: prior, inquam, solutio, id est, solutio fideiussoris, quæ fuit irrita facta per condictionem indebiti, naturale vinculum non dissoluit, quo reus promittendi tenebatur ex stipulatione. Vinculum naturale & ciuile dixit, significans obligationem, quæ etiam definitur esse iuris vinculum. Verum si definitioni addatur, quod additur in Institutionibus, *iuris vinculum, quo necessitate adstringimur, alicuius rei soluendæ*, obligatio ciuilis definitur, non naturalis, quoniam naturalis sola necessitate soluendi non adstringit. Denique definitur tantum ea obligatio, quæ parit actionem, quæque proprie est obligatio. Nam vt eleganter ait *l.in vendentis, C.de contr.empt.* nulla est obligatio quæ necessitate non adstringit contrahentem. Et ex hoc loco non male Baldus colligit, ex stipulatione, qua scilicet reus promittendi tenebatur nasci vinculum naturale, obligationem naturalem, quod & Accursius probat in *l.1.§.penult.de pactis.* quia stipulatio etiam consensum habet, & ex consensu interponitur, vt ait *l.5.de transact.* Et vt solus consensus etiam nudus siue pactio nuda parit actionem, aut obligationem naturalem, & sicuti dicitur quis ex stipulatione iure ciuili teneri, non ex eo sequitur & iure naturali eum non teneri. Sicut in *l.soluere, de solut.* cum dicitur iure ciuili constitutum esse, vt liceat etiam ignorantis inuitique conditionem meliorem facere: an ideo inferes, non idem esse constitutum iure naturali? minime. Nam & ita scriptum est in *l.soluendo, de negot.gest.* & naturalem & ciuilem rationẽ suadere, vt & ignorantis & inuiti melior conditio fieri possit, vt si quis soluat pro alio inuito & ignorante, quod is reuera debet. Quod autem dicitur in *l. indebitam, hoc tit.* fideiussorem, qui intercessit pro eo, qui ne-

ciuiliter, nec naturaliter obligatus erat, quem fideiussionis causa constat nullo modo teneri, quia nulla subest obligatio principalis, si tamen is fideiussor suo nomine soluerit per errorem, habere condictionem indebiti, quia, inquit, iure gentium, id est, natura indebitum soluit: ex eo non sequitur ex nulla stipulatione nasci obligationem naturalem, quoniam nascitur sane ex vtili stipulatione: sed ex eo tantum colligitur, ex ea duntaxat stipulatione, nec naturalem obligationem nasci, nec ciuilem, quæ adhibetur accessionis loco, nulla existente principali obligatione. Et ita verissimum est, quod Accursius & Azo existimauit, etiam ex vtili obligatione naturalem obligationem nasci, quod & lex hæc aperte demonstrat.

Ad l.6.ff.quando exfacto tut.

Tutor interposito decreto prætoris actiorem reliquit, secundum eum sententia dicta, iudicati transfertur ad pupillum actio, non minus quam si tutor obtinuisset.

CErtum est, tutore vel curatore aduersa valetudine vel senio ætatis, vel alia necessitate & iusta causa impedito, quo minus præsto adesse pupillo, & omnia negotia eius, quæ late diffusa sunt, administrare possit, si nec sit in promptu, vt pupillus tutore auctore sibi procuratorem faciat, vel quia pupillus abest educatus peregre apud matrem, vel, quia nondum fari potest, id est, quia minor est septennio, tum à tutore vel curatore suo periculo interueniente decreto prætoris vel præsidis, actorem eligi posse vel adiutorem, qui sibi suppetias ferat in administrandis negotiis pupilli: actorem ad litem agendam. Et inde nomen, vt indicat *l.liberto §.pen. de neg.gest.* dum ait, matrem, non habere ius filio suo constituendi actoris litium causa suo periculo, quod solus tutor habet; mater autem non potest esse tutor. Ergo nec actorem dare filio impuberi litium causa, quia nec ipsa filij nomine recte agit. Nec enim verum est, quod Theoph. scribit in §. *vlt.Inst.de curat.* actorem dici, quod apud acta constituatur, sub gestorum publicorum testificatione, alioqui & procurator siue defensor constitutus apud acta, iuxta *l.vnic.C.de satisd.* actor dici possit, quod nemo dixerit. Actorem igitur ad litem agendam: adiutorem vero ad cætera negotia pupilli administranda, vt in *l.solet, de tutel.* Tutor ex sua persona ante litem contestatam procuratorem dare non potest, qui agat nomine pupilli: quia non est dominus litis, *l.neque, C.de procurat.* actorem vero interposito decreto prætoris dare potest suo periculo. Duo exiguntur, vt decretum interponatur prætoris, actorem constitutum & electum à tutore approbantis: & vt tutor in se recipiat omne periculum eius, quod is actor gesserit, administrarit, egerit, *l. decreto, de administrat.tut.l.10.C.eod.l.10.qui tut.dare, l.1. C.de actor. à tut. vel curat.dando.* Et quemadmodum tutore agente pupilli nomine, & secundum eum dicta sententia, certum est, actionem iudicati pupillo dari, cuius nomine egit: ita hoc loco Papinian. ostendit, secundum actorem à tutore relictum, qui alia negotia procurabat, dicta sententia, actionem iudicati transferri ad pupillum, actionem competere pupillo. Vnde & consequens est, & damnato actore actionem iudicati in pupillum, non in actorem dari, vt executio iudicati fiat in pupilli bonis, ad quem ea res pertinet, non in bonis actoris, sicut & in tutore seruatur, ne suum officium ei damnosum sit: Regula hæc erat: quotiens tutor ipse iudicium accipit, vel dictat pupilli nomine, non pupillus tutore auctore forte propter absentiam vel infantiam pupilli, actionem iudicati dari pupillo & in pupillum, *l.2.de administ.tut.l.4.§ tutor, de re indic. & l.seq.l.1. C. eod.tit.* Et regulam esse satis demonstrat *d.l.2.* dum ait, id multis rescriptis fuisse declaratum, actionem iudicati cum tutor egit pupilli nomine, dandam esse pupillo & in pupillum. Ex multis & crebris rescriptis & constitutionibus fiunt regulæ iuris. Et ita quod dicitur sæpe constitutum in *l.nuda, C.de contrah.stip.* ex pacto nudo actionem non nasci, id appellatur regula iuris in *l.iurisgentium §. vt puta, de pact.* Et hanc regulam quidem, quam proposuit Papi. hoc loco, extendit etiam ad actorem decreto prætoris & tutoris periculo constitutum, vt perinde atque si tutor egisset actio iudicati detur pupillo & in pupillum.

Ad l.22.de manumissionibus.

Nepos ex filio, voluntate aui: vt filius voluntate patris, potest manumittere, sed manumissus patris, vel aui libertus est.

IN hac lege ostenditur, seruum patris vel aui, vel seruum peculiarem à filiofamil. vel à nepote ex filio, consentiente patre vel auo vindicta apud prætorem manumitti posse. Quod & *lib.1.Reg.* Modestinus scripsit in *l.si consentiente, hoc tit.* hoc addito, vt valeat manumissio ob patris consensum seu iussum, etiamsi filius fuerit minor 25.annis, nec causam manumissionis probauerit consilio prætoris vel præsidis: Hoc item addito, quod & hic Papinianus ait, manumissum libertum patris, vel nepotis: nimirum, quia pater ipse eum manumisisse intelligitur, *l.matrimonij, sup.de rit.nupt.l.si quis §.1.qui, & à quibus manum.* Regula iuris hæc erat: *seruum vindicta manumitti per alium non posse.* Quæ regula adeo vera est, vt nec vxor per maritum, nec mater per filium vindicta seruum suum manumittere possit, quia ea manumissio est actus legitimus, & nullus actus legitimus expletur per alium. Et hoc in manumissione ita definitur in *l.pen. de manumiss.vind.* Paulus 1.Sent.tit.20. *filiusfamil.* inquit, *iussu patris manumittere potest: matris vero, non potest.* nec pater per filium emancipatum, nec item pater per filiamfam. quasi muliere non idonea ad exequendum actum legitimum, & multo minus auus per nepotem ex filia, quia eum non habet in potestate: hoc tantum datum est patri vel auo. Et hæc tantum exceptio ad superiorem regulam addenda est: vt pater per filiumfam. auus per nepotem ex filio quem habet in potestate seruum manumittere possit, quia vinculum potestatis facit, vt vnus homo intelligatur esse pater & filius, auus & nepos, & filij vox intelligatur esse vox patris, vox nepotis, vox aui, §. *ei vero, & §. post mortem, Inst. de inut. stipul.* vox filij dicitur esse vox patris, ratione potestatis, quæ vnam personam constituit ex duabus, sicut manumissio quæ ex vna duas personas facit, vt ait l. *si Pamphilo, de opt.legat.* Erat igitur hac in re differentia inter filiumf. & filiamf. Nam per filiamfamil. pater non poterat manumittere: per filiumfam. poterat, quæ tamen differentia tollitur à Iustiniano in *l.1.§.vlt.C. comm. de manumiss.* Nam & per filiam pater quocunque modo seruum manumittere potest. Erant etiam iure veteri, multæ aliæ differentiæ inter filium & filiam: filia furiosi vel capti ab hostibus suo arbitrio cuicunque nubere poterat: filius non poterat vxorem ducere sine permissu Principis. Ad quam differentiam pertinet *l. 8. sup. de pact.dotal.* sed & hæc tollitur à Iustiniano in *l. si furiosi, C. de nupt.* Item filius trina mancipatione exibat potestate patris: filia vna mancipatione tantum, *l.verum, §. vlt.de iniust.rupt.testam.* quæ etiam differentia, cum solemnibus mancipationum exoleuit. Item filij non filiæ præteritio nullum faciebat testamentum patris: filius nominatim erat exheredandus, filia non item, sed & inter cæteros exheredari poterat his verbis, *cæteræ exheredes sunto*: filia sub omni conditione heres institui poterat. filius sub ea tantum conditione, quæ esset in eius potestate, non quæ penderet ex casu, *l.suus, l.sed etsi, de*

hered.instit.l.1.§.sciendum, de suis & legitim. heredib. Et hæc quidem postrema differentia non inuenitur esse sublata. Cæteræ sublatæ sunt, vt Instit. docent in *tit. de exher.lib.& l.pen.& vlt. C.de liber.prat.*

Ad l.36. de statuliberis.

In tabulis secundis filio seruum data libertate substitutum iure statuliberi prudentes munierunt, quod vtilitas recepit: scilicet vt cum sua causa alienaretur, ne patris testamentum puer filius rescindat. Quæ iuris auctoritas, citra delectum ordinis, ad secundum quoque vel tertium substitutum porrecta est.

IN hac lege proponitur hæc definitio & auctoritas Iurisprudentium, seruum à patre filio impuberi cum libertate substitutum in secundis tabul. statuliberi causam obtinere. Ea substitutio vocatur substitutio pupillaris, quæ fit in secundum casum hoc modo, *si filius impubes decesserit, Stichus liber & heres esto*, & dicitur etiam testamentum pupillare, & hoc loco *testamentum patris*, quod scilicet pater non sibi, sed filio fecit, *l.Papin.§.sed nec, de inoffic.testam.* Hanc autem definitionem ait Papinianus vtilitatem rerum extorsisse, quia ipso iure statuliberi causam non nanciscitur, non obtinet seruus, antequam adita sit hereditas ex testamento, in quo libertas ei directo relicta est in diem, vel sub conditione, *l.2.§.1. & l.statuliberum §.vlt.hoc tit.* Qua ratione etiam hoc loco Dorotheus vtitur. Nondum autem adita est, imo nondum adiri potest hereditas ex testamento pupillari pupillo viuo. Ergo interim seruus ei substitutus cum libertate iure statuliber non censetur, sed exigente vtilitate pupilli prudentibus placuit, eum haberi pro statulibero post aditam hereditatem patris, etiam ante aditam hereditatem pupilli ex testamento pupillari, in quo libertas relicta est. Et confirmatur hæc iuris auctoritas siue definitio *l.2.§.sed si in tabul.& §.vlt.hoc tit.l.vlt.§.vlt.de vulg.substit.l.pater filio, de her. instit.* Vtilitatis causa hæc est, ne à pupillo forte alienato seruo, antequam casus substitutionis existat, infringatur spes libertatis, si non haberetur pro statulibero, sicut & reuera non est statuliber, atque ita testamentum pupillare euanescat, quod pupillo esset inutile: & id tamen alienatio serui efficeret, id est, infringeret spem libertatis, rescinderet testamentum pupillare nisi haberetur pro statulibero, id est, nisi intelligeretur ei implicitus esse casus libertatis, vt ait *l.vlt.si ex nox.caus.agat.* etiam ante hereditatem aditam pupilli ex substitutione pupillari. Qualitas statuliberi siue statulibertatis est immutabilis & inseparabilis, ac seruum, cui adhæret, perpetuo sequitur, siue alienetur, siue vsucapiatur, siue manumittatur interim: alioquin si non haberetur pro statulibero venditus seruus, maneret seruus emptoris, nec posset eius iussu adire hereditatem pupilli existente casu substitutionis, quia sine libertate compelli non potest. At verius est, eum pupillo cum libertate necessarium heredem fore, existente casu substitutionis, & alienationem siue venditionem recidere in irritum, quia cum sua causa alienatus esse censetur, id est, cum causa quasi statulibertatis. Et addit Papinianus, *vt & d.l.2.§.vlt.h.tit.* nihil referre, quo ordine, vel gradu seruus cum libertate filio impuberi substituatur primo an secundo, vel tertio, potest pater vel sibi, & filio impuberi facere plures gradus substitutionis, *l.potest, de vulg.subst.* & citra delectum ordinis vel gradus. Papin. ait initio propositæ iuris auctoritati, id est, definitioni locum esse.

Ad leg.45. de adquir. vel amit. possess.

Licet neque seruum, neque colonum ibi habeamus.

A PErtinet hæc l. ad definitionem illam Proculeianorum vulgo receptam, vt ait *l.1.§.quod vulgo, de vi & vi arm.* Definitio hæc est, æstiuorum & hibernorum saltuum possessionem nudo animo retineri, videlicet cum eos saltus, vbi pecus pasci solet æstate vel hieme, quos Græci vocant ἄλσεα, vel ἄλση, νομὰς, νομάδεια, & νέμεα, & posteriores νομὰς, cum scil. eos saltus certis temporibus anni relinquimus, nec eis insidemus corpore nostro vel alieno, veluti corpore serui vel coloni, atque ita cum eos omnimodo relinquimus, nemine nostrorum in eis relicto: corpore quidem eos non possidemus, sed non ideo amittimus possessionem. Nam vt ait Papinian. *licet neque seruum, neque colonum ibi habeamus, eorum possessionem solo animo retinemus, vt l.3.§ saltus, hoc*

B *tit.* Paulus 5. Sent. *possessionem*, inquit, *nudo animo retinere possumus, sicut in saltibus æstiuis & hibernis contingit*: idque etiam verum esse ostenditur in *l. sequen.* tametsi alius nobis absentibus clam eos saltus fuerit ingressus animo possidendi, quamdiu scil. ab eo possessionem occupatam ignoramus. Nam, vt non potest nobis adquiri possessio nisi corpore & animo, *l.3. in princ.hoc tit.* ita nec tolli nobis, nisi in qua vtrunque in contrarium actum sit, *l.8.h.tit.* repetita in *l.fere quibuscunque, de reg. iur.* Non potest tolli nobis possessio fundi, nisi corpore & animo inde digrediamur, nisi corpore discedamus possessione simul, & desinamus habere animum possidendi, quem vtique animum non desinimus habere, quandiu ignoramus alium possessionem occupasse.

C Quum vero hoc rescimus, alium sc. possessionem rei nostræ occupasse, non possumus non despondere & deponere animum possidendi, *l.25.§.vlt.h.tit.* si modo suspicemur repelli nos posse & excludi ab eo, qui incubat rei nostræ, animus labascit suspicione, & perinde est, ac si nos ille repulisset vel expulisset: vtroque genere deficit nobis & delinquit animus. Et ita in specie *l.6.§.vlt. & l.1.hoc tit.* dominus fundi, qui ad nundinas abiit nemine in fundo relicto, si forte cum esset in itinere, quum reuerteretur in fundum, aliquis clam occupauerit possessionem fundi, non desinit fundum possidere, cuius possessionem retinet, solo animo videlicet, antequam vel reuersus repellatur, vel re cognita metuens repulsam, vel vim maiorem, inducat animum in fundum non reuerti. species est elegans. qui redeuntem repellit vi possidet, vt *l.1.§.siue autem, de vi, & vi arm.* qui domino no-

D lente reuerti metu repulsæ, & vis maioris, possessionem retinet, quam domino absente occupauit, clam possidet. Vtroque genere vitiose, & tenetur interdictis, de vi vel de clandestina possessione. Et placet etiam hac in re species *l.licet, C.eod.* si prædiorum tuorum possessionem desertam aliquandiu non coluisti, non animo quidem derelinquendi, sed metu, dum forte times periculum aliquod vel ab incursu hostium, vel à contagio grassantis morbi, & nemo eam possessionem occupauit, à quo suspiceris te posse repelli, non omisisti possessionem, sed animo retinuisti. *l.licet*, de prædiis loquitur, non de saltibus. Nam quod dicitur & definitur de saltibus æstiuis vel hybernis, recte ait *d.l.1.§.quod vulgo*, id dici exempli

E gratia: quoniam idem est in omnibus aliis prædiis, omnium prædiorum possessionem solo animo, sola mente, affectione, voluntate, vt nostri auctores varie loquuntur, proposito, cogitatione, opinione, & similiter Græci, ψυχῇ, λογισμῷ, διαθέσει, προαιρέσει. Denique omnium prædiorum possessionem solo animo retinemus si ex eis non hoc animo, non hac mente recedamus, vt possessionem derelinquamus: Et recte quod ait *l.3.§.quod si seruus, h.tit.* nos possidere, donec aut nostra voluntate discessimus, aut vi deiecti sumus. Ex hac definitione intelligimus, corpore solo non amitti possessionem, nisi accedat etiam animus amittendi, quia nudo animo retineri potest. nudo etiam & solo animo amitti potest, *l.3.§. in amittenda, h.t.* vt si fundum, quem meo nomine possidebam,

debam, incipiam possidere alieno nomine, veluti quasi precario, sola destinatione animi possessionem, quæ mea erat amitto, & alium possessorem ministerio meo facio. Nam is possidet, cuius nomine possideo *l. quod meo, h. tit.* Et quod dicitur in *d. l. 8. & in l. fere, de reg. iur.* possessionem, vt non adquiritur nisi corpore & animo, ita non amitti nisi corpore & animo. articulus *fere,* qui est supplendus etiam *l.* 8. quique eam regulam temperat, satis perspicue demonstrat, eam comparationem claudicare nonnihil. Nam corpore quidem non amittitur possessio sine animo. Cæterum & ex hac parte claudicat, solo animo amittitur sine corpore. Et rectissime Ioannes, quem & Græci sequuntur interpretes: in amittenda possessione, si à corpore incipias, & animum requiri, si ab animo, solum animum sufficere. Et hoc maxime distat possessio à dominio: nam dominium solo animo non amittitur, sed certis præscriptisque modis iure gentium vel ciuili, veluti traditione, mancipatione, cessione in iure, *l. 17. §. 1. h. t. l. ius autem, de pact.* Ius agnationis, inquit, non posse pacto repudiari vel dicto, vt si agnatum meum dicam, me nolle esse mihi agnatum, non ideo desinit esse meus agnatus, sicut, inquit, si quod meum est, dicam nolle meum esse, non ideo desinit esse meum, propter voluntatem, facto opus est meo: nuda voluntas, nudumve pactum non sufficit, *l. traditionibus, C. de pact. l. quod nostrum, de reg. iur.* Varro 2. de re rustic. *quod alterius fuit, vt id fiat meum, necesse est, aliquid intercedere.*

Ad l. 49. de adq. vel amit. poss.

Possessio quoque per seruum, cuius vsusfruct. meus est ex re mea, vel operis serui acquiritur mihi, cum naturaliter à fructuario teneatur, & plurimum ex iure possessio mutuetur.

PRima definitio hæc est, per seruum, in quo vsumfr. habemus, non proprietatem, sed possessionem nobis adquiri ex duabus causis tantum, ex suis videlicet operis, quas habemus in fructu, & ex re nostra, vt in §. *non solum, Inst. per quas personas.* Nec huic definitioni obstat, quod fructuarius non possidet, sed proprietarius solus, *l. adquiritur, in fi. sup. tit. prox.* Et absurdum videtur vt per seruum possessio nobis adquiratur, quem non possidemus, *l. homo liber, in fi. eod. tit.* Et vt huic obiectioni respondet Papinian. superioris definitionis hanc esse rationem ait, (duplicem rationem affert,) quia fructuarius sane ius vtendi fruendi, quod est ius incorporale quasi possidet, *l. ait prætor §. 1. ex quibus causis mai. l. 3. §. vlt. de vi & vi arm.* Et seruus quoque, non quidem ciuiliter, id est, animo domini, animo proprietarij, sed naturaliter possidere intelligitur, *l. naturaliter, in princ. h. tit.* M. Tull. pro Cæcinna: *Cæcinnam prope vsumfructum possidere non negas?* Ergo hominem, in quo vsumfr. habet fructuarius, naturaliter possidere intelligitur, & proprietarius siue dominus per eum. Ac proinde non est absurdum, si dicamus & per seruum fructuario adquiri possessionem, quia & eum possidet quodammodo. Ac propterea non est absurdum, vt adquiramus possessionem per eum, quem non possidemus. Filiumfa. non possidemus, & tamen per eum adquirimus possessionem, *l. 1. §. per eum, sup. h. t.* Præterea, & hæc est altera ratio, si seruus ex iis duabus causis fructuario adquirit ea, quæ sunt iuris, veluti dominium & obligationem & actionem, quod est certissimum: ergo & possessionem. Nam & possessio fructuarij, naturalis scilicet siue corporalis, plurimum ex iure mutuatur: magis quidem est facti quam iuris, sed tamen & ex iure plurimum habet: nam & in pari causa fructuarius potior est eo, qui ei controuersiam facit, & interdicta possessoria ei dantur, si forte prohibeatur vti frui, *l. 3. §. vnde vi, de vi & vi arm.* Ac præterea iure suo fructuarius omne emolumentum rei percipit; & consequenter adquirit etiam per seruum ex supra dictis causis. Ergo & in possessione fructuarij naturali est iuris aliquid.

Ad §. 1.

SEcunda definitio hæc est; Per filium, aut seruum nostrum peculium, quod ei concessimus non possideri ciuiliter, sed corporaliter tantum, & naturaliter, peculium non haberi non possideri. verba sunt de possessione ciuili, vt in stipulatione Aquiliana, sed teneri, quod verbum est naturalis possessionis. Cur vero peculium non possident ciuiliter, cum sit eis quasi proprium patrimonium voluntate patris vel domini, cum dicantur etiam domini serui peculiarij, id est, serui vicarij, & peculium omnino obtineant quasi domini? Rationem ostendit Papinianus, quia possessio ciuilis, non tantum corporis est, imo magis est iuris, quia possidetur animo domini, & nullius iuris, præterquam ex causa castrensi, vel quasi castrensi filiusfamil. vel seruus obtinendi capax est, ne momento quidem temporis, quin id confestim adquirat patri vel domino, *l. quod dicitur, de verb. oblig. l. placet, de adq. hered.* Ergo fieri non potest, vt videatur filiusfam. vel seruus peculium possidere ciuiliter, vt in *l. quod seruus, hoc tit.* sed possidet naturaliter, & dominus per eum.

Ad §. vltim.

TErtia & vltima definitio hæc est: Per liberam personam, id est, per procuratorem possessionem adquiri, etiam nobis ignorantibus, si eam apprehendat nostro nomine, quam definitionem *l. 1. & 8. C. eod. tit.* & Paulus 5. *Sentent. tit. 2.* ait, vtilitatis ratione fuisse receptam, ne scilicet interim possessio vacet, vt fusius explicat *l. 1. §. per procuratorem, hoc tit.* & auctoritate prudentum fuisse receptam, *l. 41. tit. sequen.* Denique in adquirenda possessione per procuratorem, ab initio quidem voluntas nostra requiritur & animus, requiritur mandatum, vt rem emat, & traditam accipiat procurator. Alioqui nec possessio sine mandato adquireretur domino, *l. nisi ratum habenti, l. communis, hoc tit.* & Paulus, *sup. d. loco Sentent.* Ab initio igitur mandatum nostrum requiritur & voluntas, *l. ea quæ, sup. tit. prox.* Sed non requiritur etiam scientia, vt scil. postea sciamus traditam fuisse procuratori possessionem. Et hoc distat possessio ab vsucapionis causa. Nam per procuratorem ignorans incipit quidem possidere, sed nō etiam vsucapere, si forte procuratori res tradita sit à non domino, non incipit vsucapere, antequam scierit eam rem procuratori fuisse traditam, *d. l. 1. C. eod. tit. l. si emptam, tit. seq.* Distat etiam multum possessio ab obligatione. Possessio adquiritur per procuratorem: obligatio & actio non adquiritur per procuratorem, sed per eos tantum, qui sunt in nostra potestate. Nam per liberam personam, qualis est procurator, excepta causa mutui & pignoris traditi, aut contracti in causa mutui, *l. solutum, §. per liberam, de pign. act. l. per procurat. sup. de procur. l. 1. C. per quas pers. nobis adquir.* Denique obligationes & actiones nobis non adquiruntur per procuratorem, sed mandati iudicio quæsitas actiones nobis cedere & præstare tenentur. Itaque si rem procurator emerit, & traditam acceperit, statim possessionem domino adquirit, actionem euictionis nomine, si forte res euincatur ab alio contra venditorē domino non adquirit, sed mandati iudicio eam cedere compellitur. Dominus eam obligationem vel actionem non adquirit ipso iure, sed mandati actione adquirere potest. quæ est sententia §. *vlt. huius l.*

Ad leg.11. de diuers.& temp.præscr.

Cum heres in ius omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit: veluti cum sciens alienum illum, illo, vel precario possedit: quamuis enim precarium heredem ignorantem non teneat, nec interdicto recte conueniatur, tamen vsucapere non poterit, quod defunctus non potuit. Idem iuris est, cum de longa possessione quæritur, neque enim recte defendetur, cum exordium ei bonæ fidei ratio non tueatur.

DEfinitio, quæ proponitur in hac l. est etiam de possessione, & extat in *l.pen. C. de adq.poss.* Vitium possessionis à defuncto contractum heredem sequi. Vitia possessionis tria sunt, vi possidere, clam possidere, precario possidere, quoniam his tribus modis mala fide possidemus, vt ait Donatus Homerus grammaticorum. Hæc vitia, si cœperint à defuncto, heredem comitantur. Succedit enim in vniuersum ius defuncti, quod est non in commoda tantum, sed & in incommoda: non in virtutes tantum, sed & in vitia: neque in bonam fidem tantum, sed & in malam. & vt bona fides defuncti prodest ad vsucapionem, vel longam possessionem, quamuis heres sciat rem alienam esse, continuatio vsucapionis non impeditur heredis scientia, *l.heres eius, de vsurp. & vsucap.* ita vero mala fides defuncti heredi nocet, quamuis ignoret rem alienam esse: *heres*, inquit Papin. *ignoratione sua defuncti vitia non excludit.* Papin. noster nunquam dixit ignorantiam, sed ignorationem semper. Et subiicit exemplum, *veluti cum sciens alienum illum illo vel precario possedit*, vbi quæso quid est, *illum illo*, aut quid portendit potius? vel illum, illo, vel vt scriptum est in Florent. quibus nulli sunt vetustiores, nulli castigatiores, & sicubi incastigati, ita tamen scripti, vt castigatæ lectioni inueniendæ occasionem præbeant. Diuinum est munus editio hæc Pandectarum. Nam leuat nos magna parte quæstionum & dubitationum illatarum frustra ab interpretibus; earum denique beneficio ius nostrum mirum in modum illustratum est: In illis vero atque etiam in omnibus manuscriptis, hoc loco ita scriptum est, *veluti cum sciens alienum illum, illo, vel precario possedit*, manifesto mendo, quod equidem creatum opinor ex notis iuris male explanatis, quibus hæc significabantur, *cum sciens alienum vel vi vel precario possedit.* & ita est legendum. Sensus autem hic est, vitium defuncti, qui rem alienam, vel vi, vel clam, vel precario possedit, heredem sequi & afficere. Dubitari poterat, an huic definitioni locus esset, cum defunctus rem alienam precario possederat. Ratio dubitandi hæc erat, quia precarium non transit in heredem, sicut nec societas, nec mandatum: precarium, siue precaria possessio non transit in heredem, id est, quod defunctus possedit precario, heres etiam non possidet precario: precarium non transit in heredem eius, qui precario rogauit & possedit, quia ei duntaxat non etiam heredi eius concessa est precaria possessio, *l.cum precario §.vlt.sup.de precar.* Et ideo nec heres eius ex sua persona tenetur interdicto de precario, vt rem restituat, ex persona defuncti tenetur ad restituendum, si rem habeat, aut dolo fecerit, quo minus haberet, vel ad se perueniret, *l.quæsitum §.vlt de precar.l.2. C.eod.* Ex sua autem persona non tenetur interdicto de precario, quia precarium ad eum non transit, sed finitur morte eius, qui precarium rogauit. Verum si heres sciens pergat eam rem sibi possidere, tenetur interdicto de clandestina possessione, de quo in *l.7.§.Iulianus, comm. diuid.* quia clam possidet non precario, tenetur etiam rei vindicatione. Et eleganter Paulus *5.Sentent.tit. de interd. heres*, inquit, *eius, qui precariam possessionem tenebat si in ea manserit, magis dicendum est, clam videri*

A *possidere*: nullæ enim preces eius videntur adhibitæ, & *ideo*, inquit, *persecutio eius rei semper manebit, nec interdicto locus est*: interdicto scil. de precario. Et hoc est quod ait Papinian. hoc loco, precarium heredem ignorantem non tenere, nec interdicto de precario recte conueniri. *Ignorantem ait*, non quod idem non sit in sciente: nam & scientem precarium non tenet, sed quia de herede ignorante est quæstio, an ei scientia defuncti noceat, quo minus rem vsucapere possit. Et quamuis heres eam rem precario non possideat, sicut defunctus, sed forte pro herede, ignorans esse rem alienam, existimans hereditariam esse, quamuis eam possideat bona fide, tamen non potest eam vsucapere, quia nec defunctus potuit eam vsucapere, quam precario possidebat,
B *l.vlt.C.commun.de vsucap.* Precaria quidem possessio in heredem non transit, sed vitium & mala fides defuncti in heredem transit, & ideo non potest eam rem vsucapere, quamuis ignoret eam alienam esse. Et subiicit Papin. huic definitioni locum esse non tantum cum de vsucapione, sed & cum de possessione longi temporis, quæritur, id est, 10. inter præsentes & 20. annorum inter absentes, quæ olim in prouinciis locum habuit, & non minus quam vsucapio, quæ erat anni vel biennij tantum, bonam fidem possessoris exigebat, & exigit etiam hodie. Nam & in causa longæ possessionis mala fides defuncti ignoranti heredi nocet, nec recte defenditur heres præscriptione longi temporis, cum exordium, inquit, quod cœpit a defuncto bona fide non tuetur: nam in initio & ad vsucapionem & ad longam possessionem
C bonam fidem intercedere oportet. Hæc definitio est tantum de herede, qui successor est iuris, & porrigi potest etiam ad bonorum possessorem: nam & hic successor est iuris vniuersi: non est, inquam, hæc definitio, nisi de successore iuris vniuersi: nam idem non est in successore rei: veluti in emptore, hic enim si bona fide emerit, nec vtatur accessione temporis ex persona venditoris, ei mala fides venditoris non nocet, quia ad vicem eius propius non accedit, sicut heres, nec in vniuersum ius vniuersasque qualitates eius successit, *l. an vitium, hoc tit.l.apud Celsum §.de auctoris, de doli except.l.1. C. de præscript.longi temp.* Alius est successor iuris. Alius successor rei, *l.quædam §.is autem, sup.de edendo, l.9.de exception.l.*
D *15.C. de donat. §.legatariis, Institut. de testam.* Successor iuris est successor vitiorum defuncti, non successor rei.

Ad leg.124.de verborum obligationib.

Insulam intra biennium illo loco ædificari spondes? Ante finem biennij stipulatio non committitur, quamuis reus promittendi non ædificauerit, & tantum residui temporis sit, quo ædificium extrui non possit: neque enim stipulationis status, cuius dies certus in exordio fuit, ex post facto mutatur, idque & in stipulatione iudicio sistendi causa facta placuit, scilicet vt ante diem stipulatio non committatur, si certum esse cœperit parere stipulationi residuo tempore non posse.

E HÆc lex pertinet ad regulam *l. 186.de reg.iur.* quæ talis est: cum certum tempus, certusve dies obligationi additur, nisi eo tempore vel die præterito agi non posse. Quam & Vlpianus retulit *lib.1.regul.* in *l.cedere, de verb.significat.* his verbis: *vt i quis in diem certam stipulatus est, statim quidem cedere diem, sed nondum venire*, id est, statim deberi, statim nasci obligationem, & ex præsenti tempore vires accipere, sed stipulationem non committi, & ex ea agi non posse, antequam dies venerit, atque etiam præterierit, *§.omnis, Instit.de verbor.obligat.* Qua de causa, qui ante diem agit, non dicitur nihil agere, quia ei debetur, quod petit: sed dicitur male agere, quia plus petit tempore, sicut & qui plus

petit quantitate, male agere dicitur, *l. 4. de compensat.* Et similiter, qui tempore plus petit, *l. 1. §. vlt. quan. dies vsusfr. leg. cedat.* male agit, quia incidit in periculum plus petitionis: qui nihil agit, ab omni periculo securus est. Porro huic regulæ hoc loco Papin. ostendit locum esse, etiamsi antequam dies venerit, certum esse cœperit, non posse expleri, quod in stipulationem deductum est. Fac me stipulatum domum ædificari certo loco intra biennium, an ex stipulatu agere possum ante finem biennij, cum ex biennio superest mensis duntaxat, intra quem certissimum est domum ædificari non posse, an statim, atque id certum esse cœperit, possum agere ex stipulatu? Minime: *status*, inquit, *stipulationis, cuius dies certus in exordio fuit, ex post facto mutari non potest*, tota stipulatio fuit collata in biennium completum: ergo biennij finis expectandus est, quia nec ante verum est, intra biennium ædificium extructum non esse, quam totum biennium exierit, & effluxerit: statum stipulationis dici pro natura, conditione, qualitate stipulationis, vt *l. 9. §. pen. tit. seq. l. 17. de condict. furt.* Idemque est in stipulatione iudicio sisti, si exempli gratia, eum, qui Romæ est, stipuler Lugduni in iudicio sisti intra Calen. Maias. Nam etsi 4. Calen. Maias is nondum pedem Roma extulerit, vt plane certum sit, eum intra triduum Lugdunum venire non posse, & sese iudicio sistere, tamen ex stipulatione nondum agi potest, antequam Calendæ Maiæ venerint & præterierint, quia tota obligatio fuit collata in Calendas Maias, *l. si eum, §. 1. sup. si quis caution.* Neque huic sententiæ Papiniani quicquam obstat *l. 14. hoc tit.* quia & stipulatio, quæ in ea l. proponitur ita concepta simpliciter, domum ædificari, non committitur, antequam tempus præterierit, intra quod domus ædificari potuit vel debuit, quod quidem tempus ei stipulationi simpliciter conceptæ tacite inesse intelligitur, *l. 73. h. t. l. quotiens, de oper. libert.* & *d. l. 186.* Vtrobique igitur non committitur stipulatio antequam is dies præterierit, intra quem domus ædificari potuit vel debuit, etiamsi iam ante constiterit domum ædificari non posse residuo tempore, quod superest. Itaque congruit *l. 14.* cum hac *l.* Magis tamen videtur obstare, *l. 72. §. vlt. h. t.* quæ ait, eandem stipulationem domum ædificari committi etiam, antequam tantum temporis præterierit, quanto domus ædificari potuit: Nempe statim atque interpellatus promissor, vt inchoaret ædificium, moram fecit. Pugnat *d. l. 72. §. vlt. cum d. l. 14.* & fuit in ea dissensio inter iuris auctores, vt ostendi in *d. l. 14.* reiecta distinctione Ioannis, quam tamen postea quidam asserere conati sunt ineptissime. At non pugnat *d. l. 72. §. vlt.* cum sententia hac Papinia. quia Papinian. loquitur de stipulatione, cui ab initio nominatim dies additus est, is dies omnino est expectandus, antequam committatur stipulatio, vel agatur ex stipulatu. Illa *l. 72. §. vlt.* loquitur de stipulatione, domum ædificari, cui dies additus non est: nec mutat quod tacite inest, quia in iure non est eadem ratio taciti & expressi, nisi perraro.

Ad l. 28. de nouationibus.

Fundum Cornelianum stipulatus, quanti fundus est postea stipulor, si non nouandi animo secunda stipulatio facta sit, cessat nouatio, secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur: itaque si reus promittendi fundum soluat, secunda stipulatio iure non tollitur: nec si litem actor ex prima contestetur, deinde meliore vel deteriore facto sine culpa debitoris postea fundo, præsens æstimatio fundo petito recte consideretur, in altera vero ea æstimatio venit, quæ secundæ stipulationis tempore fuit.

HÆc l. pertinet ad id, quod definitur in *l. 3. §. in hac, commod.* & *l. vinum, de reb. cred.* & *l. vlt. de condict.*
Definit. Papin.

A *trit.* & *l. hominem 37. mand.* In actione stricti iudicij tempus litis contestatæ spectari, cum quæritur quanti ea res sit qua de agitur, qua in re actio stricti iudicij plurimum distat ab actione bonæ fidei. Nam in actione bonæ fidei plerumque æstimatio respicit tempus rei iudicatæ, ad quod etiam formula eius actionis refertur, *d. §. in hac.* Et species huius legis hæc est: stipulatus sum mihi dari fundum Cornelianum; postea ex interuallo ab eodem stipulatus sum mihi dari quanti fundus idem est. i. æstimationem fundi, non nouandi animo, sed vt vtrumque mihi daretur, fundus & pecunia. Pecuniam vocat hoc loco Papinian. verum fundi pretium. Nam vt his verbis, *quanti ea res est*, modo verum pretium significatur, modo id, quod interest aut B pœna, vt ostendi in *l. 2. rem ratam haberi. 11. respons.* ita etiam pecuniæ verbo modo significatur verum & iustum rei pretium, vt hoc loco: modo id, quod interest vel pœna certa, vt *l. stipulationes, de verb. oblig. l. si quis ab alio §. vlt. de re iud.* Titus Liuius lib. 3. *sisti reum pecuniamque, nisi sistatur, pro populo promitti.* Igitur in specie proposita duæ obligationes, duæ stipulationes sunt. Vna fundi, altera æstimationis; ideoque soluto fundo, altera stipulatio iure non tollitur, id est, neque ipso iure tollitur, quia nec in eius stipulationis causam fundus solutus est, neque per exceptionem pacti conuenti, vel doli mali, quia id actum non est, vt ex posteriore stipulatione non ageretur: *iure*, Basilica interpretantur *ἰδίῳ δικαίῳ*, vt in *l. vbicunque, de fideiussor.* Ac similiter lite contestata ex priori stipulatione, id est, C fundo petito altera stipulatio non perimitur, & ex vtraque agi potest, quia cessat nouatio. Hoc tantum interest, quod est præcipuum in hac lege, inter effectum prioris & posterioris stipulationis, quod ex priore, si agatur condictione triticaria, ad æstimationem scilicet, puta, vt si non fundus, qui stipulatione continetur, saltem fundi æstimatio præstetur, tum præstari debet officio iudicis, non quanti fundus fuit tempore interpositæ stipulationis, sed quanti est cum petitur, i. tempore litis contestatæ, vt in *d. §. in hac, d. l. vnum, d. l. vlt. de condict. trit. d. l. hominem.* quæ omnes ll. etiam sunt accipiendæ de condictione triticaria ex stipulationis causa, qua persequimur rei æstimationem deductæ in obligationem. Et hæc definitio ita procedit, nisi aliud conuenerit. Nam si de tempore conuenerit, id sane po- D tius spectabitur, id est, si conuenerit, cuius temporis æstimationem præstari oporteret, vt mox declarabitur, quum tractabimus de posteriori stipulatione. Item nisi dictum sit, quo tempore fundus daretur. Nam id tempus spectare oportet in æstimando fundo, quo dari debuit *d. l. vinum, & d. l. vlt.* Vnde est sumenda ratio *l. cum quis, de oblig. & action.* vt ad Africanum demonstratum est *lib. 3.* nam ea *l. cum quis* est Africani. Alioqui si dictum non sit, quo tempore fundus daretur, tempus litis contestatæ spectatur secundum superiorem definitionem: siue vt ait, post stipulationem primam, melior siue deterior factus sit fundus sine culpa promissoris. Nam si culpa vel mora promissoris interuenerit, æstimatio fundi reducitur ad tempus, quo culpa debitoris nondum in- E terueniente, fundus nondum erat deterior, non ad tempus culpæ vel moræ debitoris, quo pluris fuit fundus, vt in *l. pen. in fin. de condict. tritic.* Nam & mora culpa est, *l. si seruum §. sequitur, de verb. oblig.* Et ob id solet a me ita definiri mora, culpa debitoris, non respondentis ad interpellationem creditoris. Et hæc de prima stipulatione. Nunc dicamus de secunda, aut de effectu secundæ stipulationis. Si agatur de secunda stipulatione ita concepta, *quanti fundus est*, dari præstari debet quanti fuit fundus, tempore interpositæ stipulationis, non tempore litis contestatæ, quia illa verba, *quanti fundus est*, præsentis temporis, id est, temporis contractus demonstrationem habent, *l. scribit §. item scribit, de aur. & arg. leg.*

Proinde quasi ex conuentione eius temporis æstimatio debetur, non eius temporis, quo lis contestata est, pretium cuiusque rei pro tempore est. Itaque multum interest scire, cuius temporis æstimationem seruari oporteat: Et in prima quidem stipulatione seruatur tempus litis contestatæ: in secunda tempus contractus, quæ est sententia huius l. cui tamen in eo quod ait, ex prima stipulatione, tanti fundum æstimari, quanti fuit tempore litis contestatæ, quod & homine petito seruari ostendit *d.l.hominem*, & vino petito *d.l.vinum*, & frumento vel oleo petito & cæteris rebus *d.l. vlt. de condict.tritic.* quæ omnino consentit cum *d.l.vinum.* in eo, inquam, & illis ll. & legi nostræ aduersari videtur *l.pen. de cond.tritic.* Aduersari igitur *l.pen. & l. vlt.* aduersari inter se ll. vicinæ & quasi coniunctæ. Qua in re dici non potest, quantopere iamdiu laborent Doctores nostri nec quicquam, non animaduertentes quod erat perspicuum satis in *l.vlt.* quæ vt dixi omnino congruit cum *l.vinum*, debitorem non fuisse in mora vel culpa. Quod in hac l. aperte proponitur illo loco, *sine culpa debitoris*, atque etiam in *d.l.hominem.* Sed vini, exempli gratia, non existente copia, & debitore, qui vinum mutuum acceperat, parato soluere æstimationem, quam & creditor ipse petit condictione triticaria, de eo tantum quæri & litigari, cuius temporis æstimatio præstanda sit, vtrum contractus habiti, an rei iudicatæ, an litis contestatæ, cum scil. non est dictum, quo tempore vinum redderetur. Et aiunt omnes litis contestatæ tempus spectari, vel litis contestatæ tempore spectari quanti vinum fuerit, & eius temporis æstimationem creditori esse præstandam. At in specie *l.pen.* debitor fuit in mora, nec fuit paratus soluere hominem, qui petebatur condictione triticaria. Ideoque si post moram, si post litem contestatam ille homo factus sit pretiosior, tanti homo æstimatur, quanti fuit rei iudicatæ tempore si viuat, vel si interim mortuus sit quanti fuit mortis tempore, quod tempus recte ait esse accipiendum ἐν πλάτει. i. tempus mortis non esse accipiendum pro momento moriendi, sed aliquanto latius, ne spectato nouissimo tempore vitæ, nouissimo spiritu, quandoque ad exiguum redigatur pretium serui, veluti si forte seruus mortiferè vulneratus fuerit. Qua de causa id tempus potius spectatur, quo mortiferam plagam seruus accepit, quo longe pluris erat, quam litis contestatæ tempore, quia post litem contestatam factus erat pretiosior. Et hæc de homine post moram pretiosiore facto. Quod si deterior factus sit post moram, vt si eluscatus sit, tunc subiicit *l. pen.* siue is homo viuat, siue non, æstimationem esse reducendam ad tempus moræ, quo pluris fuit, atque ita plectendam esse moram debitoris. Denique *l.pen.* tota est de facienda æstimatione post moram debitoris. *l.vlt.l.vinum*, & similes sunt de æstimatione facienda ante moram debitoris, aut cum nulla intercedit mora debitoris. Quod & Stephanus Græcus interpres notat expresse ad *d. l. vinum*, his verbis partim Græcis, partim Latinis: τὸ τοδὲ νόησον ἔνθα μὴ μόρα παρὰ τῷ ῥέῳ γενήσεται. id est, *hoc autem, intellige, vbi moram reus non fecit.* Hoc etiam memini me exponere latius ad *d.l.hominem*, *& ad l.50.de verb. oblig.* Quod profligat omnes quæstiones, quæ frustra agitantur vulgo in *d.l.vinum.*

Ad l.97. de solutionibus.

Cum ex pluribus causis debitor pecuniam soluit, vtriusque demonstratione cessante, potior habetur causa eius pecuniæ, quæ sub infamia debetur, mox eius quæ pœnam continet; tertio quæ sub hypotheca vel pignore contracta est: post hunc ordinem potior habebitur propria, quam aliena causa, veluti fideiussoris. Quod veteres ideo definierunt, quod veri simile videretur, diligentem debitorem admonitum, ita negotium suum gesturum fuisse, si nihil eorum interueniat, vetustior contractus ante soluetur. Si maior pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit, nihilominus primo contractu soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo vel in totum, vel pro parte minuendo, videbitur datum.

QVod proponitur in hac l. definitionem esse veterum ipsemet Papin. nominatim ait in *h.l.* Definitio autem est de debitore, qui cum eidem creditori deberet ex pluribus causis, ex pluribus nominibus, certam pecuniam soluit, nec dixit, in quam causam eam pecuniam solueret, nec item creditor dixit, in quam causam pecuniam acciperet. Potuit id debitor exprimere, & solutioni dicere certam legem, vel debitore cessante potuit creditor statim in ipso negotio edicere, cui potius causæ siue debito eam pecuniam acceptam ferret. Qua tamen in re ita debet versari, atque versaretur ipse in suo debito soluendo: nec, verbi gratia, quod soluitur acceptum ferre debet debito, quod est in controuersia: nec debito, quod pro alio fideiussit: nec debito, cuius dies nondum venit, *l.1.h. tit.* vbi ex Basilicis iamdiu ostendi, omnino ita esse legendum, *non in id debitum, quod est in controuersia*, id est, probe non faciet creditor, si quod soluitur, acceptum ferat in debitum quod liquidum non est. Vtroque vero cessante & debitore & creditore, vtroque tacente, vel, vt Papin. ait, *cessante vtriusque demonstratione causæ*, ita veteres definierunt, id videri solutum, quod ex causa famosa debeat, veluti furti vel mandati potius, quam quod debetur ex causa non famosa, vt *l.7.h.tit.* Causa existimationis prima & summa causa est, tum post eam causam id, quod debetur sub pœna, solutum videtur potius, quam id quod debetur sine pœna, *l.4.hoc tit.* Tertio loco id, quod debetur sub pignore, quam quod debetur sine pignore. Quarto loco id, quod debet is, qui soluit principaliter suo nomine potius, quam quod debet fideiussorio nomine, *d.l.4.* Potior est causa, quæ durior est, & grauior, & quæ magis onerat debitorem, quaque absolui eum quantocius maxime interest. Et inter duriores causas prima, & summa est causa famosa. Secunda causa pœnalis. Tertia causa hypothecaria. Quarta causa principalis & directa: prægrauat enim me magis, quod meo nomine principaliter, quam quod alieno nomine debeo. Et quem ordinem diligens debitor in admonendo creditore seruare dicitur soluendo pecuniã, eundem seruasse semper præsumitur, si neque debitor, neque creditor demonstrarit, in quam causam pecunia indistincte soluta solueretur, vel acciperetur. Quid autem fiet, si nulla interueniat causa durior, nullum nomen quod contractum sit sub infamiæ periculo, vel sub pœna, vel sub pignoribus, vel alieno nomine puta fideiussorio. Denique quid si omnia nomina similia sint? Et recte ait, tunc solutum videri in vetustiorem causam, id est in antiquius debitum, & quæ Græci dicunt γεγενηκότα χρέα, Galli, *plus anciens debtes*, vt in *l.5.in prin. & l.24.& l.89. §. vlt. h. t.* Et ad hanc definitionem respiciens Modestinus in *l.77. hoc tit.* ait, in libertino nullum esse antiquius debitum debito operarum, quas promisit patrono, sine quibus non peruenisset ad libertatem; hæc est prima obligatio, quam manumissus contrahit; ergo antiquior: nam debita contracta in seruitute manumissum iure ciuili non sequuntur, *l.serui, de obl. & act.* Quid rursus fiet, si maior pecunia soluatur, quam debeatur ex singulis causis? Fac nullam esse causam, ex qua debeantur plusquam centum, & solui centum & quinquaginta, non demonstrata causa, & ait centum imputari primo ordini, id est, causæ primæ, causæ famosæ, si ex ea centum debeantur: superfluum autem, id est, 50. imputari secundo ordini, secundæ causæ, & sic deinceps secundum definitionem veterum, quæ est sen-

tentia huius l. In ea in hoc fallitur tantum Accurs. quod A ponat ad hanc definitioné pertinere *l. si in duab. 104. de reg. iur.* quæ longe alio respicit: nimirũ ad causarũ agendarum ordinem, non ad ordinem soluendarum pecuniarum. ordo causarum agendarum hic erat; vt causa de maiore summa præponeretur minori, nisi si qua incideret causa existimationis, causa famosa, veluti de furto, aut de vi. Nam hæc extra ordinem agebatur, & inde appellatio extraordinarij rei in epist. Cælij, ad Cic. & de seruando isto ordine in causis agendis etiam est lex quædam *lib. 9. C. l. penul. si pendent. appellat.*

Ad l. 10. de publicis iudiciis.

Inter accusatorem & reum cognitione suscepta excusatio pro absente iustis rationibus admittitur, ne per triduum per singulos dies ter citatus reus damnetur, vel de accusatoris absentis præsente reo calumnia pronuntietur.

IN hac l. proponitur ratio eius definitionis, quæ statuit: post litem contestatam inter accusatorem & reũ: si reus vel accusator absit, pro absente excusationem iustis rationib. admitti. Quæ definitio Senatusconsulto tribuitur in *l. pen.* §. *vlt. h. t.* Iustis, inquam, rationibus, vt ait hoc loco, quod est in *d.* §. *vlt.* si iustas & idoneas rationes absentiæ procurator habeat, quas iudicibus allegare possit. Admissa autem excusatione absentis rei vel accusatoris differtur cõdemnatio: alioqui absens ex contumacia condemnari statim posset, quoniam litem contestatus est. Litis contestatio hoc loco significatur his verbis, *cognitione suscepta*: nec enim iudex cognitionem suscepit antequam litem partes susceperint, quod fit per contestationem & narrationem negotij ex vtraque parte. litem suscipit litigator, cognitionem vero iudex statim atque lis suscepta est ex vtraque parte, *l. pen. sup. de iurisdict.* ante litem contestatam absens condemnari non potest, *l. 6. C. de accus. l. absentem* §. *aduersus, de pœn.* At quia post litem contestatam absens condemnari potest, si per triduum, per singulos dies ter citatus, non respondeat, nec sui præsentiam faciat: ideo iustæ excusationes absentiæ, quæ allegari possunt per procuratorem, *l. absens, sup. de procur.* admittuntur differendæ & cohibendæ condemnationis causa, si existat procurator vel amicus voluntarius, qui excuset absentem quod in foro vocant *exonier*. Et hoc est, quod ait hoc loco, *ne per triduum per singulos dies ter citatus reus dãnetur, vel de accusatoris absentis præsente reo calumnia pronuntietur.* Ideo admittitur excusatio absentiæ prolatis iustis rationibus, ne ex calumnia damnetur reus absens, vel etiam ne accusator absens præsente reo calumnia damnetur, qui destitit à lite suscepta. Legendum est hoc loco, *ne per triduum*, vt & in Basil. ἵνα μὴ ποτε &c. male in Florent. scriptum est, *nec per triduum*. Mos autem hic erat quem Glossæ non perceperunt, qui seruabatur & in legibus promulgandis trinundino, aut in trinundinum, & in die dicenda reis æque in trinundinum, vt indicat Cic. oratione pro domo sua. Denique mos hic erat, vt absens reus, vel accusator post litem contestatam trinundino adesse iuberetur, id est, singulis tribus nundinis siue mercatibus solemnibus per singulas nundinas intermisso, vt fiebat, spatio dierum 9. & vnaquaque vice ter repetito nomine absentis voce præconis, quæ vox legis dicitur, vt Iulianus interpretatur in *Nouel. 69.* vel à Demosthene pro Ctesiphonte, *vox patriæ communis.* Et hunc morem latius exposuit Obseruatio 20. Ne igitur hoc more non seruato, vel absens reus damnetur, vel absens accusator vt calumniator: ideo Senatusconsulto cautum est, differendæ condemnationis causa, iustas causas absentiæ si allegentur, admittendos esse suspensa condemnatione. Quæ est sententia huius legis.

Ad l. 41. D. de pœnis.

Sanctio legum quæ nouissime certam pœnam irrogat iis, qui præceptis legum non obtemperauerint, ad eas species pertinere non videtur, quibus ipsa lege pœna specialiter addita est. nec ambigitur in cætero omni iure speciem generi derogare. nec sane verisimile est, delictum vnum eadem lege varijs æstimationibus coerceri.

HÆc lex proponit euidenter regulam eiusmodi, quæ est in *tit. de regul. iur.* 80. In toto iure generi per speciem derogari, & illud potissimum haberi, quod B ad speciem directum est. Et proponit hæc lex ad eam regulam exemplum tale. In extrema parte legum plerumque solet generaliter addi pœna certa, *si quis aduersus ea fecerit sciens dolo malo, capital esto*, vel, *tot populo dare damnas esto.* Vltima clausula legum est pœna, quæ infligitur migrantibus à lege, siue non obtemperantibus præceptis legis; & ea pars vltima legum appellatur sanctio, & ab ea leges ipsæ sanctæ dicuntur, quasi sanctione subnixæ, *l. sacra* §. *proprie, de rer. diuisione.* Tull. 2. de Inuent. *Maxime conseruandam eam legem esse, quæ diligentissima & sancta est.* & 3. ad Att. *vix vllam esse legem, quæ non ipsa se sepiat difficultate abrogationis*, id est, sanctione aliqua. Pertinet autem ea pars, siue sanctio, quæ generalis est ad omnia capita legis, & ad omnes species, C quæ lege continentur, quibus similiter non est adscripta pœna certa & propria. Nam ad eas species, quibus pœna lege specialiter adscripta est, clausula illa, siue sanctio generalis non pertinet; pars siue pœna specialis derogat generali: vt in certo omni iure ait Papinianus receptum esse, speciem generi derogare & detrahere, quod multis exemplis demonstrari posset, petitis ex *l. 10. de manum. testam. l. 9. de supell. leg. l. 12.* §. *vlt. de instruc. & inst. leg.* & innumeris aliis locis. Ac præterea ait Papinianus non esse verisimile legem voluisse, idem crimen siue delictum coerceri duplici pœna; nimirum speciali & generali. vnius criminis vna lex est, vna pœna, vnum iudicium. Qua de causa & Senatus censuit, ob vnum crimen neminem posse pluribus legibus reum D fieri, *l. Senatus, sup. de accusat.* Idque arbitror censuit tempore Titi Vespasiani. Nam vt Sueton. scribit, *Titus Imperator, vt delatores coerceret, vetuit inter cætera de eadem re pluribus legibus agi*: alioqui vni delicto duplex pœna infligeretur, quod iniquum est. Ideoque cum certo capite legis vni delicto addita est pœna specialis, pœna sanctione subscripta ad illud delictum non pertinet: quoniam est iniquum, vnius delicti duplicem esse pœnam. Hoc loco addam definitionem Papin. ex hoc lib. 2. quæ non est quidem relata in D. sed quam nobis conseruauit L. Rufinus in eo lib. quo contulit ius ciuile populi Romani cum lege Dei data per Mosem populo Iudaico, & eam fuisse positam scribit *lib. 2. Definit. sub tit. de iudic.* id est, *de condem.* Nam hi libri Definit. erant distincti titulis. Definitio hæc est: *per hominem liberum noxæ deditum, si tantum adquisitum sit, quantum damnum* D *dedit, manumittere cogendus est à prætore, qui noxæ deditum accepit, sed fiducia iudicio non tenetur.* Hæc est definitio Papin. quæ loquitur quidem de libero homine noxæ dedito, sed idem seruari in seruo noxę dedito ostendit aperte §. *dominus*, *Instit. de nox. act.* nempe seruum noxæ deditum ei, cui noxam nocuit, id est, cui damnum dedit, manumitti auxilio prætoris, si quæsita pecunia is seruus nouo domino, cui deditus est sarcierit & soluerit damnum, id est, præstiterit damni æstimationem, manumitti eum oblata æstimatione damni, nec reuerti ad priorem dominum, cuius dominio in perpetuum abscessit. Sicut si quis amiserit dominium rei suæ vsucapione, ac deinde is, qui vsucepit ea rem, habeat pro derelicto, sane dominium non reuertetur

ad priorem dominum, à quo discessit in perpetuum, sed A adquiretur occupanti iusto titulo, nempe pro derelicto. Et est vale suauis in quadam epist. nouiter impressa M. Ant. Muretus, qui ludit IC. & cum ea quæstio ei proposita fuisset de eo, qui rem vsucepit, quam postea pro derelicto habet, magnifice respondit sibi videri æquum esse, vt ea res redeat ad priorem dominum. Ratio autem huius definitionis à nobis propositæ hæc est, quod nouus dominus, cui seruus noxæ deditus est, magis voluerit sibi damnum sarciri, quam dedi seruum, quodque seruum in noxam acceperit, non tam sua spõte, quam coactus necessitate quadam noxalis iudicij. qua ratione etiam Græci vtuntur, vt dixi in specie *l. 8. de noxal. act.* quod item iudex in primis etiam damnum sarciri iusserit: ita enim solet iudex pronuntiare noxali iudicio, vt docent Institut. *Pub. Manium* (qui est dominus B serui couentus noxali actione) *propter delictum serui L. Titio* (qui est is cui damnum datum est à seruo) *in decem aureos condemno, aut noxam dedere.* Præcedit æstimatio damni in x. aut xx. aut centum aureos, vt & præcedere ait *l. 6. sup. de re iudic.* præcedit inquit, æstimatio damni, & in condemnatione est: noxæ deditio sequitur: & in præstatione magis est, quam in condemnatione. Denique in condemnatione tantum est æstimatio damni. Quamobrem & noxæ dedito est integrum satisfacere iudicato præstita æstimatione litis, & ita se ab eo liberare, cui noxæ deditus est, & ei inuito interuentu prætoris extorquere libertatem. Denique sub tit. *de iud.* docuit Papin. etiam libero homini noxæ dedito ob causam iudicati, non facti post deditionem, integrũ esse facere iudicatum, & se liberare ab eo, cui deditus C vel addictus est. noxæ dedi olim poterant etiam liberi homines, *l. 3. §. proinde, de lib. hom. exhib. §. vlt. Instit. de nox. act.* quod & Paulus apud eundem L. Rufinum significat *lib. sing. de adult.* dum ait, *marito licere occidere deditum liberum hominem deprehensum in adulterio uxoris.* locus ille intelligitur de dedito libero homine, quia de seruo & libertino iam sup. dixerat. proinde etiam liberi homines noxæ dedi poterant. Verum multum distabat noxæ deditio serui à noxæ deditione liberi hominis, quia serui deditio faciebat eum seruum eius, cui dedebatur: at noxæ deditio liberum seruum non faciebat. Imo nec pignoris aut fiduciæ vinculo nectebat liberum hominem. Nam vt Paulus ait, liber homo pignori vel fiduciæ dari non potest. perstringam paucis D differentiam inter pignus & fiduciam. Pignus est pignus, quod transfert solam possessionem in creditorem: fiducia est pignus, quod transfert etiam dominium in creditorem sub lege remancipandi, post solutam omnem pecuniam, quod & Paulus ostendit in sent. & Isidor. in originibus suis. Noxæ igitur deditio non nectit liberum hominem iure pignoris aut fiduciæ. Qua de causa in superiori definitione Papin. ait, oblata æstimatione damni, eum, cui liber homo deditus est, non compelli hominem manumittere. Nã & manumitti dicitur deditus vel addictus, vel obæratus. Non omnis qui manumittitur, manumittitur ex seruitute, sed vel ex E nexu, vel ex deditione, vel ex addictione: non compelli, inquam, eum manumittere fiduciæ iudicio oblata æstimatione litis, quia nulla fiducia contracta est, sed compelli extra ordinem per prætorem ipsum vel præsidem, non iure ordinario data actione & iudice speciali.

Ad l. 17. de castr. pecc.

Pater, qui castrense peculium intestati filij retinebit, æs alienum intra modum eius, & annum vtilem iure prætorio soluere cogitur. Idem si testamento scriptus heres extiterit, perpetuo ciuiliter vt heres conuenietur. Pater à filio milite vel qui militauit heres institutus, testamenti causam omisit, & castrense peculium possidet, legitimi heredis exemplo cogetur ad finem peculij perpetuo legata præstare. Quod si filius post annum quam militare desierat, iure communi testamento facto vita decessit, ratione Falcidiæ retinebitur quarta. cæterum si testamenti causam pater omisit, cum peculium creditoribus soluendo non esset, nihil dolo videbitur fecisse, quamuis temporis incurrat compendium.

QVod attinet ad *l. 17. de castr. pecul.* certissima iuris definitio est, nec vllo modo, vt male tradit Accurs. abrogata per Nouel. 18. Et definitio hæc est: filiifam. militis intestati defuncti, nullis liberis vel fratrib. superstitib. vt recte additur, & singulariter in §. *Instit. quib. non est permiss. fac. test.* bona castrensia patri eius superstiti deferri vt peculium, quod retro intelligitur fuisse in bonis patris, vt ait *l. pen. h. t.* Deferri, inquam, patri vt peculium, cuius retro fingitur dominium habuisse, non vt hereditatem. testati autem filiifamil. militis, patre herede instituto bona castrensia ex testamento patri deferri vt hereditatem. Hæc definitio proponitur multis in locis, *l. 1. & 2. & 9. & l. pen. h. tit. l. 1. §. si is cui bona, de collat. bon. l. vlt. ad Tertull. l. in eo, de adq. rer. dom.* Et ratio euidentissima huius definitionis hæc est: quia iure antiquo, quod obtinuit ante constitutiones Principium, peculium castrense filiifam. non minus adquiritur patri, quam peculium paganum. Et nouissime ex constitutionibus Principum, hoc priuilegium militiæ datum est, vt de castrensi peculio possit filiusfam. miles statuere suo arbitrio, perinde atque si paterfamil. esset, quo priuilegio quamdiu vtitur filiusfam. nullum in eo peculio ius patri competit. Quamobrem si de castrensi pecul. testetur filiusfam. vt potest, vel in militia, iure militari, vel post missionem iure communi, si, inquam filiusfam. testetur de castrensi peculio, atque ita suo iure vtatur, & extraneum heredem instituat, pater in eo peculio nihil iuris habet, vel si patrem ipsum heredem instituat, pater id occupat & retinet, vt extraneus quilibet iure hereditario, non iure prætorio, non iure antiquo, non iure peculij, sin autem de eo peculio filiusfam. testamentum non faciat, & moriatur intestatus, quia suo iure vsus non est, pater secundum ius antiquum postliminij cuiusdam similitudine, vt ait *l. pen. hoc tit.* id peculium sibi vindicat, quasi sibi adquisitum: id peculium occupat iure suo, iure patriæ potestatis, iure peculij, non iure hereditario, quod est extraneum ius. Et hæc est sententia huius definitionis. Porro ex hac definitione & differentia sequitur, quod proponit Papinian. initio *h. legis.* Intestato mortuo filiofamil. patrem creditoribus filij teneri iure prætorio actione de peculio, non in solidum, sed intra modum peculij, siue quod idem est ad finem peculij, id est, eatenus quatenus peculium patitur: vno verbo, peculio tenus, & teneri creditoribus intra eum modum, & intra annum vtilem tantum, vt in peculio pagano seruari solet, *l. 1. quando de pecul. actio annal. sit.* Nam mortuo filiofamilias intestato peculium castrense eodem iure est quo paganum: testato autem filiofam. & patre herede instituto, patrem adita hereditate iure ciuili, non iure prætorio, creditoribus teneri in solidum & perpetuo, non pro modo bonorum castrensium: & perpetuo, non intra annum, tamquam heredem filij scilicet: legatariis autem si filius à patre herede instituto legata reliquerit, patrem teneri, non in solidum, sed fini hereditatis siue peculij castrensis, quod ad eum peruenit iure hereditario ex testamento filij, quia nec ex testamento militis legata debentur vltra vires hereditatis, legata debentur tantum ad finem hereditatis, deducto eo, quod creditoribus debetur, *l. 1. §. denique, ad Trebell.* æs alienum debetur supra finem hereditatis, si adita sit ab herede scripto: legata nunquam debentur, nisi ad finem hereditatis, quod scilicet superest

deducto ære alieno; verum pro quæstu hereditatis, quod supereſt deducto ære alieno pater legatarijs tenetur perpetuo, quia actio legatorum, actio ex teſtamento perpetua actio eſt & ciuilis; ac præterea ex legatis pater non deducit quartam ratione legis Falcidiæ, quia in teſtamento militis Falcidia ceſſat, & legata debentur, ſi eis bona ſufficiant, *l. 7. C. ad l. Falcid.* In teſtamento autem eius, qui militia dimiſſus & ſacramento ſolutus eſt, id eſt, in teſtamento veterani, Falcidia locum habet, etiamſi vita deceſſerit intra annum miſſionis, *l. ad veterani, ad leg. Falcid.* In teſtamento, inquam, veterani, quod fecit poſt miſſionem iure communi. Nam in teſtamento, quod fecit in militia iure militari, ſi moriatur intra annum miſſionis, l. Falcidia non habet locum, quia intra annum teſtamentum valet iure militari, perinde atque ſi in militia diem ſuum obiiſſet. Sed ſi poſt annum miſſionis moriatur, etiam in eo teſtamento, quod in militia fecit, l. Falcidia locum habet, ſi moriatur poſt annũ miſſionis, *l. ſi poſt, & l. ſi miles, ad leg. Falcid. l. ſi certarum §. vlt. de mili. teſt.* Sciendum autem eſt, his omnibus, quæ diximus hactenus, locum eſſe non tantum, cum pater à filiofam. milite aut veterano heres inſtitutus hereditatem adiuit ex teſtamento, ſed etiam cum omiſſa cauſa teſtamenti, id eſt, repudiata hereditate filij ex teſtamento, atque ita filio fam. inteſtato facto per repudiationem patris, bona caſtrenſia pater poſſidet iure peculij. Item ea quæ diximus, obtinẽt etiam hoc caſu, exemplo ſcilicet eius, qui omiſſo teſtamento, in quo erat inſtitutus, bona poſſidet iure legitimo, & iure hereditario ab inteſtato, ex edicto, *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. d. l. ſi certarum §. pen.* Pater filiofam. teſtamentarius heres eſſe poteſt: legitimus heres eſſe non poteſt abinteſtato, ſed hoc caſu legitimi heredis exemplum ſequitur, ſi omiſſa cauſa teſtamenti retineat bona caſtrenſia iure peculij, perinde atque ſi ea retineret iure hereditario ab inteſtato. Et hoc igitur caſu perinde atque ſi adijſſet hereditatem filij ex teſtamento, in eum legatorum actio datur perpetua, vt ait hoc loco & comprobat *l. de libertatibus §. 1. ſi quis omiſ. cauſ. teſt.* ſed datur legatorum actio ad finem peculij tantum, id eſt, pro quantitate hereditatis quæ ſupereſt abſolutis creditorib. filij. Nec Falcidiæ locus eſt, ſi teſtamentum filiusfamil. fecerit iure militari, & in militia vita deceſſerit, vel intra annum miſſionis, honeſte, non ignominioſe; ſed ſi deceſſerit poſt annum miſſionis, vel ſi poſt miſſionem iure communi teſtamentum fecerit, licet intra annum vita deceſſerit, Falcidię locus eſt, quamuis pater omiſſo teſtamento bona poſſideat vt peculium, non vt hereditatem, quia pro eo habetur, ac ſi adiiſſet ex teſtamento, nec repudiaſſet teſtamentum ex ſuperiore edicto, *l. duo §. vlt. ſi quis omiſſ. l. 1. § ad eos, ſup. ad l. Falcid.* Et hoc eſt, quod ait Papinianus illo loco, *quod ſi filius poſt annum, quam militare deſierat, iure communi teſtamento facto vita deceſſit*, &c. In extremo huius l. ponit Papinianus vnum caſum, vnam exceptionem, qua quidem pater inſtitutus à filiofa. milite, omiſſa cauſa teſtamenti, ſi bona filij caſtrenſia poſſideat iure peculij, legatorum nomine non tenetur. Caſus hic eſt: ſi pater ideo noluerit ex teſtamento adire hereditatem filij, quod ea hereditas, id eſt, peculium caſtrenſe creditoribus filij ſoluendo non eſſet, quia, qui ob eam cauſam repudiat teſtamentum, nihil dolo facit, ſed proſpicit ſibi tantum, ne implicetur æri alieno filij, & edictum ſi quis omiſſa cauſa occurrit tantum dolo & calliditati heredum repudiantium teſtamentum in necem & fraudem legatariorum, *l. 1. ſi quis omiſ.* Pater vero hoc caſu non repudiauit teſtamentum hoc animo, vt legatariis fraudem faceret, ſed vt fraudem à ſe depelleret, & onus æris alieni, quod facere poteſt impune, & citra metum illius edicti, *l. cum pater §. Titio, in fin. de legat. 2. l. Papin. §. quarta, de inoff. teſt. l. 4. de acq. hered. l. 6. §. ſi patronus, ſi quis omiſſa cauſa teſtam.* Sane pater incidiſſet in fraudem, ſi adiiſſet hereditatem ex teſtamento filii, quæ erat onerata ære alieno nimis, quia adeundo, creditoribus filij ſe obligaſſet in ſolidum, etiamſi hereditas non eſſet ſoluendo, quia ſemper intelligitur eſſe ſoluendo hereditas, quæ inuenit heredem, qui adierit ex teſtamento, *l. libertus qui, de bon. libert.* Ergo & hoc caſu repudiato teſtamento non fraudandi alterius cauſa, ſed ne ipſe fraudaretur, ſane intercidunt legata, quia non adita hereditate ex teſtamento non debentur; & commodum temporis etiam acquirit pater, quia creditoribus filij, de peculio non tenetur perpetuo, ſed intra annum vtilem tantum, vt propoſuit initio: Atque ita hoc caſu repudiato teſtamento, vt ait, temporis breuioris, quo conueniri poteſt à creditoribus, compendium incurrit. Et quamuis iſtius temporis compendium incurrat, quod non perpetua, ſed temporaria actione pater filij creditoribus teneatur, qui repudiauit ipſius teſtamentum, tamen non tanta habetur ratio lucri temporarij, vt non propterea ſtatuamus impune repudiari à patre teſtamentum filij bonis occupatis iure peculij, ac ſi inteſtatus deceſſiſſet è vita, quem & repudiatio inteſtatum facit.

Ad l. 83. de reg. iuris.

Non videntur rem amittere, quibus propria non fuit.

ALiorum exempla ad hanc regulam diſplicent. vtar tribus quæ non afferunt Latini interpretes. Creditores non videntur amittere rem pignori datam, quibus propria non fuit. Et ideo amiſſi pignoris periculum pertinet ad debitorem, qui dominus manſit, non contracta fiducia, *l. cum & ſortis, §. vlt. de pigner. act.* amiſſi, inquam, pignoris periculum pertinet ad debitorem tanquam dominum, non ad creditorem, ſi ſine culpa eius res amiſſa ſit, *l. amiſſi, in princ. de fideiuſſ. & l. pignus, & l. quæ fortuitis, C. de pigner. act.* Et ad hunc locum, hoc exemplo Græci interpretes vtuntur apud Harmenopulum 3. *Epitom. tit. 9.* Poteſt etiam apponi aliud *ex l. 1. §. eum qui, & l. 3. §. vti frui, de vi, & vi arm.* ſi quis prohibeatur ingredi & incipere poſſidere fundum, non videtur vi deiectus aut detruſus ex fundo, nec habet interdictum vnde vi, quia is tantum deiicitur, qui amittit poſſeſſionem, non amittit autem poſſeſſionem, cuius nondum propria fuit. At aliud exemplum ex *l. ſed & ſi conſtante, de donat. inter vir.* donatio rei alienæ, quam forte ſuam eſſe maritus exiſtimabat collata in vxorem valet, quia ea tantum donatio iure ciuili prohibetur, quæ maritum pauperiorem facit, id eſt, per quam maritus rem ſuam amittit: non videtur autem amittere, quod proprium eius non fuit. Explicitus eſt Papin. Definitionum liber 2. & vltimus, 12. calend. Maij 1580.

IACOBI CVIACII I.C. AD LIB. I. ÆMYLII PAPINIANI DE ADVLTERIIS COMMENT.

Ad l. 13. D. de testibus.

Quæsitum scio, an in publicis iudicijs calumniæ damnati testimonium iudicio publico perhibere possunt; sed neque lege Remmia prohibentur, & Iulia lex de vi & repetundarum, & peculatus, eos homines testimonium dicere non vetuerunt: verumtamen quod legibus omissum est, non omittetur religione iudicantium, ad quorum officium pertinet eius quoque testimonij fidem quod integræ frontis homo dixerit perpendere.



PAPINIANVS scripsit duos libros de adulteriis, & librum quoque singularem de adulteriis. Inter quos aliquid interest. nam libri duo de adulteriis sunt ad *l. Iul. de adult.* id est, ad omnia capita l. Iuliæ, quæ erant plurima, nec omnia respiciebant ad causam, pœnam, vel iudicium publicum adulterij, siue stupri, sed alia erant capita de fundo dotali non alienando, Paulus 2. Sent. *lege* inquit, *Iulia, de adulterijs cauetur, ne dotale prædium maritus inuita vxore alienet*: & alia de diuortiis certo modo rituque faciendis, *l. 1. in fine, vnde vir & vxor. lex*, inquit, *Iulia de adulterijs nisi certo modo diuortium factum sit, pro infecto habet*, & aliud quoque fuisse caput l. Iuliæ ait l. 19. *de rit. nupt.* de compellendis parentibus, liberos suos, quos habent in potestate, collocare in matrimonium filiabus dote constituta. Et ita libros Vlpiani de adulteriis aliter inscriptos fuisse ad l. *Iuliam, de adulter.* intelligimus ex inscriptione legis 17. *& 19. & 25. inf. ad l. Iul. de adult.* quo modo libros Papin. *de adult.* sic accipere debemus, *ad leg. Iul. de adulter.* id est, ad omnia capita. Nam & ex hoc libro dabuntur leges de fundo dotali, & de diuortiis. Liber autem singularis Papiniani de adulteriis fuit tantum de exercitione publici iudicii, ex l. Iul. de adult. non de omnibus capitibus *l. Iuliæ.* Et prima quidem, quæ se in D. offert ex primo ad *l. Iul. de adult.* est, *l. 13. D. de testib.* cui adiungam ex lib. sing. *l. 14. eod.* Porro certum est adulterij damnatum, vel damnatum iudicio publico ex l. Iulia testem produci vel testimonium dicere in iudicio publico non posse, *l. qui testamento §. mulier, qui testam. fac. poss. l. 18. hoc tit.* Quod obtinet etiam in alio quolibet damnato aliquo iudicio publico, veluti repetundarum, aut de vi, aut peculatus, quia infamis fit, & propter infamiã testis esse, inque iudicio testimonium perhibere vetatur, *l. 3. §. lege, & l. 16. hoc tit. l. 6. §. 1. ad leg. Iul. repet.* Qua de causa, vt M. Tullius scribit in prætura vrbana, Verres callide cum esset legatus Dolabellæ in prouincia Siciliæ, & furtorum ac flagitiorum multorum in ea prouincia commissorum non modo particeps, sed etiam princeps, noluit rationes legationis suæ reddere, nisi condemnato prius repetundarum & eiecto Dolabella, qui poterat eum reprehendere, ne post damnationem Dolabella in se posset testimonium dicere.

A Quod si publico damnatus in iudicio testimonium dicere & perhibere non potest, & in testamento multo minus testis, vel signator esse potest, *l. qui testamento §. eum qui, qui testam. fac. poss.* quia testamenta, quibus patresfam. statuunt & decernunt de vniuerso iure suo solemniter, maxime requirunt selectos & classicos assiduosque testes, non qualescunque, non proletarios: quin & proprie auctore Festo, classici dicuntur testes, qui signandis testamentis adhibentur. Huius autem rei argumentum est, quod mulier si non sit damnata adulterij, in iudicio testis esse potest, in testamento non potest, *d. l. qui testa. §. mulier, & l. 18. hoc tit.* Recte igitur dicimus, iudicio publico damnatum, qui in iudicio testis esse non potest, & multo minus in testamento adhiberi posse: & in iudiciis, & in testamentis testes adhibendi sunt integræ opinionis, alioqui vt ait l. 14. testamentum neque iure ciuili valet, vt ex eo adiri hereditas possit, neque iure prætorio, quod hac in re subsequitur ius ciuile, vt bon. possessio secundum tab. dari possit, si infames signandis testamentis adhibiti sunt. Testium infamia corrumpit testamentum, quod maxime notandum. Ex eo autem quod dicitur, iudicio publico damnatum in iudicio testimonium publice dicere non posse, colligitur, ex eo crimine damnatum quod publici iudicii non est, non prohiberi in iudicio testimonium dicere, quia non ex crimine damnatus est, cuius accusatio pateret omnibus, sed ex crimine, quod habet causam priuati iudicii, non publici. Et hoc sane verum est, si damnationem ex crimine non publico, non sequatur infamia, vt *l. infamem, D. de iud. pub.* At quid si damnationem sequatur infamia ex crimine non publico, an damnatus testis adhiberi potest in iudicio vel testamento? Hæc est quæstio *h. legis.* Fac, calumniæ causa in iudicio publico, non iudicio publico, sed priuato damnatum esse aliquem in iudicio, puta, quod iudicio publico malitiose aliquem accusarit per calumniam: iudicium de calumnia commissa in iudicio publico, non est publicum, tamen irrogat infamiam, *l. 1. de his, qui not. inf.* illo loco, *qui in iudicio publico calumniæ præuaricationisve causa, quid fecisse iudicatus erit.* Quibus verbis duo tantum casus notantur: si quis in iudicio publico, calumniæ causa damnatus fuerit, quod falsum crimen intendisset; & si quis in iudicio publico, præuaricationis causa, puta, quod prodisset causam cum reo colludens, damnatus sit. Denique si cuius de calumnia vel de prẹuaricatione, in iudicio publico sit pronuntiatum, recte in iudicio publico: nam in causa priuati iudicij calumniæ damnatus, puta, quod litem priuatam egerit calumniose, infamis non fit, *l. 5. C. de calum.* Quæritur ergo hoc loco, an in iudicio aliquo publico damnati accusatores testimonium perhibere possint. In alio, maxime iudicio publico, quod in alium intenditur? Et videntur hi, qui damnati sunt calumniæ causa in iudicio, posse testimonium perhibere etiam iudicio publico, quod intenditur in aliquem, quia lex Remmia, quæ calumniatores coercet, qui scilicet in iudicio publico calumnitati

calumniati ſunt,lex Remmia, vt eſt proditum hoc loco, & *l.1.ad Senatuſc. Turpill.* & in oratione, M. Tullij pro Roſc. Amerino, vbi tamen vulgo male Memmia , pro *Remmia*,vt hi duo loci Digeſtorum peruincunt, ex qua familia (ne quis arguat nullum talem fuiſſe Romæ) nomen etiam eſt Quinto Remmio Palæmoni, qui ſcripſit artem Grammaticam & librum de ponderibus : quia igitur l.Remmia,quæ coercet eos,qui in iudicio publico calumniati ſunt, eos non facit inteſtabiles, id eſt, teſtimonium dicere non vetat in aliis cauſis ; ideo videntur teſtimonium dicere poſſe etiam in iudicio publico, & non tantum,quia lex Remmia,quæ proprie in eo lata eſt,ſed etiam quia l. Iulia de vi, & lex Iulia repetundarum,& l. Iulia peculatus, vel aliæ leges publicorum iudiciorum,non vetant eos teſtimonium dicere, qui in his publicis iudiciis ſunt calumniati. Per leges igitur licet eis teſtimonium dicere,& tamen, quia perinde ſunt infames,qui in iudicio publico calumniæ cauſa aliquid feciſſe iudicati ſunt, atque ij, qui iudicio ipſo publico damnati ſunt vel de adulterio,vel de vi, vel repetundarum,æquum eſt,teſtimonium eorum repelli, quia infames ſunt. Cur damnatorum iudicio publico teſtimonium repellitur?propter infamiam,vt ait *l.3. §. lege, hoc tit.* Ergo eadem ratione repelli debet teſtimonium, qui in iudicio publico calumniæ damnati ſunt, licet nominatim legibus facti non ſunt inteſtabiles. Et ideo quod legibus omiſſum eſt, vel Remmia vel legibus publicorum iudiciorum, vt eleganter hic ait Papinianus, ſuppleri debet iudicantis religione,legibus quidem non repelluntur à teſtimonio,ſed officio iudicum , *quia & ad eorum officium pertinet,*inquit, *etiam eius teſtimonij fidem perpendere,ſeu perpenſo conſilio excutere , quod homo integræ frontis dixerit.* Non dicit hominem integræ frontis figurate pro homine integræ famæ,opinionis , dignitatis,ſed proprie admodum hominem integræ frontis citra metaphoram dicit pro homine, qui frontem integram habet, id eſt, non compunctam notis, non inſcriptam aut inuſtam litteris, vt habent calumniatores,qui in iudicio publico calumniati ſunt , quorum fronti ex *l. Remmia* inuri ſolebat litera K, quæ calumniam ſignificabat,vel ſimplex aut duplex , quod ſignificabat calumniæ cauſam,vt veteres ſcribere ſolebant. quod in idiotiſmo appellatur *fleſtrir le front.* Et hoc iamdiu memini me cõprobare ex Plinio in Panegyrico ad Traianum ſcribente de delatoribus,de calumniatoribus,quos Traianus expulerat & mulctauerat bonis, *nunc* , inquit, *non vt antea exſanguem illam & ferream frontem,ne quicquam vulneratam punctis præbeant,& notas ſuas rideant.* Et ex ead. oratione pro Roſc.Amer.M. Tull. quo loco agit de l.Remmia,&de calumniatoribus;*Crura*,inquit, *nemo vobis ſuffringet,ſed ego hos bene noui , litteram illam, cui vos adeo inimici eſtis , vt etiam litteras omnes oderitis, ita vehementer ad caput affigam , vt poſtea neminem alium niſi fortunas veſtras accuſare poſſitis* , hoc eſt , vos cruci quidem non affigent, ſed fronti affigent literam K. In crucem ſublatis crura ſuffringi ſolebant, vt duobus illis latronibus,qui ſuffixi ſunt cum Domino. idẽ in ead. oratione, *ſi luce canes latrent, quum Deos ſalutatum aliquis venit , opinor iis crura ſuffringentur , quod acres ſint etiam tum cum ſuſpicio nulla eſt*,quaſi velit dicere,& vobis crura eſſe ſuffringenda, quod temere inſtituatis accuſationes ſine vlla ſuſpicione. Et idem Philip.13. *Plancum perire non poſſe , niſi crura ei fracta ſint*, id eſt , niſi vt erectus detur cruci. Et Plautus in Pœnulo, *continuo is me crurifraſum fecerit.* Eam literam fuiſſe K , ſimplex vel duplex indicat Iuliani Miſopogon aduerſus Antiochenos dum ait , *optat Deus Antiochenis infligere duplex KK,quod vicinas ciuitates calumniati ſunt.* Senſus ergo huius l hic eſt;ſi iudices nec quod integræ frontis homo teſtimonium dixerit temere recipiunt incognita cauſa, multo minus id recipient,quod dixerit calumniæ cauſa

A in iudicio publico damnatus , cuius frons vulnerata eſt & inſcripta. Et eadem ratione dicere poſſumus,extra ordinem damnatum criminaliter, ex crimine nõ publico, ex cauſa furti,vel iniuriarũ,vel vi bonorum raptorum, vel ex alia cauſa,crimine ſtellionatus , vel crimine expilatæ hereditatis,quæ iudicia publica non ſunt , quia infamis fit,*l. quid ergo §.vlt.de his qui not. infam. l. lite, C. eod. l. infamem,de publi. iudic.* infamem officio iudicis eſſe à teſtimonio iudiciario repellendum, quia vt dixi, nec iudicio publico damnati alia ratione legibus remouentur,quam propter infamiam. Hoc dico de damnato criminaliter ex furto, vt in *l. vlt. de furt.* vel ex alio crimine non publico : nam damnato ciuiliter , vt actione furti vel iniuriarũ,vel vi bonorum raptorum,vel de dolo malo , vel depoſiti , mandati , tutelæ, pro ſocio,licet eæ omnes actiones famoſæ ſint, & damnatum infamem faciant,tamen nõ dixerim,eum repelli à teſtimonio iudiciario vel teſtamentario;nec iure ipſo , nec officio iudicis,quia hoc tantum B reperitur ſcriptum de ijs,qui criminaliter damnati ſunt ex cauſa famoſa ; ciuiliter damnati iudicio non publico non repelluntur à teſtimonio. Inter cætera hoc ad extremum notandum ex hac l. in calumniatores qui in iudicio publico calumniati erant, ex l.Remmia non fuiſſe iudicium publicum. Hoc hæc l. manifeſte oſtendit,alioquin fruſtra quæreret , an teſtimonij dictionem habeant , quia generaliter verum eſt, damnatos iudicio publico teſtimonij dictionem non habere. Ergo ex hac l. Remmia liquido conſtat , non fuiſſe iudicium publicum , accuſationem publicam. Quod tamen affirmauit Accurſ. male in *l. 1. §. 1. ad SC. Turpill.*

Ad l. 12. de fundo dotali.

C *Etiam dirempto matrimonio prædium dotale eſſe intelligetur.*

HÆc l. pertinet ad caput *l. Iuliæ de adult.* de prædio dotali non alienando inuita muliere , *vt & l. 2. 6. 12. 14. h. t.* quæ omnes ſunt ex Vlp. vel Pauli libris *de adult.* Idque oſtenditur ea lege 12. non tantum conſtante,ſed etiam ſoluto matrimonio dotale prædium eſſe videri , quoad ſcilicet reſtitutum ſit mulieri , vel heredi eius,vtique ſi ea in cauſa eſt , vt reſtitui debeat mulieri vel heredi eius, *l.3.h.tit.* Sunt enim pleriqque caſus, quibus ſoluto matrimonio dos in reſtitutionem non venit, ſed quum eſt in cauſa reſtitutionis , ſane etiam poſt ſolutum matrimonium, quod fuit dotale prædium & dotale eſſe intelligitur , quoad reſtitutum ſit. Ex quo ſequitur interim prædium illud alienari non poſſe, quod & *l.1.h.tit.* probat, dum ait, morte mariti dirempto ma- D trimonio prædium dotale tranſire ad heredem mariti cum ſuo iure, cum cauſa & conditione ſua, vt alienari non poſſit. Idemque probat *l.13.§.heredi, h. tit.* ſi morte mulieris ſolutum eſt matrimonium , nec tamen poteſt maritus poſt mortem mulieris prædium dotale alienare,quod heredi mulieris reſtituendum eſt ; ſed perinde ac mulieri & heredi eius idem auxilium pręſtatur, puta, repetitio vel vindicatio prædij alienati ; vindicatio reſciſſoria alienationis, *l. cum pater §. qui dotale , de leg.2.* Et huc etiam valde pertinet quod ait *l. ſi poſt, ſol. matr.* herede mulieris agente de dote, mortua muliere, cum viro vel parente eius ; eadem interuenire & ſeruari in dote reſtituenda,quæ ipſa muliere agente obſeruari ſolent,puta,vt iiſdem diebus dos reddatur, vt eædem re- E tentiones ex dote fiant, & non vltra facultates maritus damnetur:neque enim quod & regula iuris non patitur plus commodi heredi ſuo mulier relinquit , quam ipſa habuit; itemque vt nec mortua muliere viro permittatur alienatio fundi dotalis. priuilegium ſolum exactionis vel hypothecæ mulieris non ſequitur , niſi ſit filius,

l. vnica, C. de priuil. dot. l. vlt. §. exceptis, C. qui pot. & Nouel. 99. Ex hac etiam Papin. sententia sequitur, nec soluto matrimonio dotale prædium vsucapi posse, quia in l. Iulia alienationis verbo etiam vsucapio continetur, *l. si fundum, h. tit. l. tametsi, sol. matr.* Verum etiam est, dotale prædium vsucapi non posse, aut adquiri possessione longi temporis: nec obstare quã obiicit Accurs. *l. in reb. dotalibus §. omnis, C. de iure dot.* Quin reiectis omnibus Accursij rationibus, quæ perquam inanes & nugaces sunt, lex, *in reb.* non hoc docet, soluto matrimonio fundum dotalem vsucapi posse, sed docet actionem de dote siue repetitionem dotis excludi præscriptione temporis legitimi. Denique non docet, vsucapione adquiri dominium fũdi dotalis, vel adquiri actionem in rem, quæ actio siue lis solius domini est, *l. euictis, sup. de vsur.* sed adquiri exceptionem temporis contra mulierem heredemve eius soluto matrimonio dotem repetentem, quæ ex quo repetitio ei competere cœpit, diu cessauit in repetitione dotis. Verba legis hæc sũt: *Omnis exceptio temporalis siue per vsucapionem inducta, siue per decem, siue per viginti annorum curricula, vel 30 aut 40. opponitur mulieribus dotem repetentibus ex eo die, quo eis actio de dote competere cœpit: vsucapio vero illa parit exceptionem tantum possessori, non actionem in rem, non dominium.* Denique ea lex loquitur non de dominio adquirẽdo fundi dotalis, qui est effectus vsucapionis, sed de adquirenda præscriptione vsucapionis, siue exceptione temporali aduersus repetitionem dotalis fundi.

Ad §. 1.

Soceri voluntas in distrahendo prædio dotali nulla est.

LEge Iulia voluntate vxoris, fundus dotalis alienari potest, quia inuita tantum vxore alienatio prohibetur, non etiam volente, *§. 1. Instit. quib. alien.* voluntate, inquam, vxoris, non etiam voluntate soceri, id est, patris mulieris; soceri voluntas in alienando fundo dotali nulla est, sola enim voluntas mulieris alienationem confirmat. hodie ex constit. Iustiniani, *de rei vxor. act.* etiam voluntas vxoris in distrahendo fundo dotali nulla est: sed Papinianus hoc scripsit secundum ius suæ ætatis. Vbique vero de fundo inæstimato loquimur, quia hic solus est dotalis, qui non est æstimatus: qui autem est æstimatus, non est dotalis, quia in dotis causa æstimatio sola est, non fundus.

Ad l. 7. de diuortijs.

Si pœnituit eum, qui libellum tradendum diuortij dedit, ijsque per ignorantiam mutatæ voluntatis oblatus est, durare matrimonium dicendum est: nisi pœnitentia cognita is, qui accepit ipsum, voluit matrimonium dissoluere: tunc enim per eum qui accepit, soluitur matrimonium.

INitio huius lib. satis ostendi à tractatu l. Iul. de adul. non abhorrere quæstionem de diuortiis, quod & inscriptio *l. 8. & l. 9. h. tit.* demonstrat, in qua l. 9. quod proponitur nullum diuortium ratum esse, nisi septem ciuibus Romanis puberibus adhibitis factum sit, præter libertum eius, qui diuortium facit. Hæc omnia verba ipsa sunt l. Iuliæ de adult. quæ certo modo diuortia fieri iussit, vt ait *l. 1. in fin. vnde vir & vxor*, quam legitimam obseruationem diuortij faciendi appellat *l. 36. sup. tit. prox.* Suetonius in Augusto, qui auctor fuit l. Iuliæ de diuortijs, diuortiis modum imposuit. Et serua quod ait l. Iulia, nullum esse diuortium ratum, id est, omne diuortium pro infecto haberi, nisi factum sit 7. ciuibus Romanis puberibus adhibitis, id est, præsentibus, vt in testamentis legitimis 7. custodito numero, & ciuibus

A Romanis, alioqui non essent classici testes, & puberibus. Nam impuberes testimonij perhibendi ius nulla in causa habent. *Semper*, inquit, *puberibus præsentibus*; aliud dixeris si dixeris, *pube præsente*, vt Festus ostendit. Omnem enim populum significaueris. Plautus Pseud. *pubi præsenti, in concione. i. populo. Septem* (inquit) *præter libertum eius, qui diuortium faciet*, id est, qui remittet libellum diuortij, & plerumque per libertum fiebat. Vnde illud Iuuenalis;

> *Collige sarcinulas dicet libertus & exi,*
> *Iam grauis es nobis, & sæpe emungeris, exi*
> *Ocyus, & propera, sicco venit altera naso.*

Vt etiam per libertum solebant principi libellum desideria sua & preces continentem offerre, *l. 57. §. 1. de rit. nupt. l. 6. de interd. & releg.* Et rei postulati per libertum mittere defensionem, & se purgare, apud Corn. Tac. 3. annal. & heredes per libertum recitare testamentum B apud Suet. in Tib. c. 23. Non est autem internuncius, qui & à veterib. dicebatur annuncius, non est, inquit, internuncius negotij cuiusque & interpres in eo negotio testis idoneus: sicut nec patronus nec executor litis, *l. vlt. de testib.* Itaque præter libertum, per quem nunciatur vxori, vt res suas procuret, ædibus facessat, traditurve vxori vel marito libellus diuortij, etiam septem testes l. Iulia requirit, in eum scilicet numerum liberto non computato. Diuortium est contractus, *l. si vxor, sup. de iud. l. iuris gentium §. vt puta, de pact.* Contractus, qui nudo consensu perficitur. Ergo & per nuncium & per epistolam inter absentes. Et ita in specie huius l. recte ponam mandasse maritum nuncio, veluti liberto suo, vt libellum diuortij perferret ad vxorem, & liberto profecto iam ad vxorem, mox pœnitentia maritum mutasse voluntatem; libertum vero ignarum mutatæ C voluntatis peregisse mandatum, & libellum diuortij vxori tradidisse. Quo casu Papinianus ait quasi nuncio non remisso, neque facto diuortio durare matrimonium, quia re integra mandatum pœnitentia reuocatum fuit, vt *l. si vero §. 1. mand. l. 4. §. 1. de manum. vind. l. si is, qui bona §. vlt. de adq. hered.* Offerendo igitur libellum diuortij, quantum ad maritum attinet, qui re integra mutauit voluntatem, libertus nihil egit. Cæterum si mulier, quæ libellum accepit, simul cognita pœnitudine mariti, non accipiat pœnitudinem, ac malit exire matrimonio, ipsa videtur causam dedisse diuortio, non maritus, feretque pœnas iniusti diuortij, si nullam aliam causam habuerit, sine causa diuertere delictum non modicum est: nec quod D impunitum remanet, *l. si ex causa §. si mulier, sup. de minor.*

Ad l. 41. de solutionibus.

Reo criminis postulato interim nihil prohibet recte pecuniam à debitoribus solui, alioqui plerique innocentium necessario sumptu egebunt.

CVm hoc lib. Papinianus doceret, reo adulterij postulato, debitores recte pecuniam soluere pendente cognitione, pendente reatu, adiicit generalem rationem, & cuicunque alij reo postulato recte solui; alioqui plerique innocentium necessario sumptu egerent, si eis debita solui non possent, quod esset perdurum. Et l. quę sequitur ostendit, hoc etiã Paulũ scripsisse lib. *3. de* E *adult.* Ac similiter retro eum, qui reus postulatus est suis creditoribus æque soluere recte, modo bona fide soluat, vel eis soluatur non in fraudem fisci, *l. aufertur §. in reatu, de iure fisci.* Alioquin pecunię solutæ reuocarẽtur à fisco. Plinius 3. epistol. *de repetundarum reo pronuntiatũ*, inquit, *vt pecuniæ, quas debitores soluerent creditoribus reuocarẽtur, &c.* sed de pecunijs loquitur pręreptis fisco.

Et congruit omnino *l. deferre §. vlt. de iure fisci.* Excipi- A tur ab hac generali sententia Papin. is, qui perduellionis reus postulatus est, quia is neque soluit recte, & ei recte quoque non soluitur, vt in Codice relatum est ex Marciano in fine, *tit. ad l. Iul. maiest.* Excipitur etiam is, qui profugit & iudicio adesse detrectat. nam dicitur, debitores ei non posse quicquam soluere, ne ita qui soluant, fugam eius instruant, *l. vlt. §. vlt. de requir. reis.* Cæterum reo criminis postulato non profugo, præterquam si postulatus sit perduellionis, debitores soluunt recte. Idemque creditoribus suis soluit recte.

Ad l. 2. de accusat. & inscript.

Certis ex causis concessa est mulieribus publica accusatio, veluti si mortem exequatur eorum, earumque in quos ex lege testimonium publicorum iudiciorum inuitæ non dicunt. Idem & in lege Cornelia testamentaria Senatus statuit. sed & de testamento paterni liberti, vel materni mulieribus publico iudicio dicere permissum est.

PApinianus *lib. 1. de adulter.* cum doceret, regulariter mulieri publico iudicio neminem accusare licere, vt *l. 1. & 8. hoc tit.* sicut nec populari actione experiri, *l. 6. supra, de popul. action.* ac ne lege quidem Iulia de adulteriis mulierem iniuriam suam persequi posse, iniuriam lecti sui, iniuriam a viro violati matrimonij, vt *l. 12. C. ad leg. Iul. de adulter.* quia l. Iul. de adult. masculis tantum dedit facultatem accusandi iure mariti; fœminis idem, priuilegium non detulit, quæ differentia iure ciuili inter maritum & vxorem semper seruata fuit. Quum, inquam, hoc doceret Papin. hoc lib. & illud quoque simul docuit, aliis tamen ex causis, mulieri Senatum permittere publicam accusationem persequenti suam vel suorum iniuriam: vt puta, si mortem vel necem exequatur eorum earumve, in quos ex lege Iulia publicorum iudiciorum inuita testimonium non dicit: & ij quidem quales sint, ex ipsa l. Iulia publicorum iudiciorum docet *l. 4. sup. de testib.* Mulier inuita testimonium non dicit aduersus cognatos vsque ad sextum gradum, nec ex septimo gradu aduersus sobrino, sobrinaue natum natamue, qui etiam est finis cognationis in edicto vnde cognati, *l. 1. §. hac autem, sup. vnde cogn.* nec aduersus affinium certas personas, veluti aduersus socerum, generum, vitricum, priuignum, quæ appellationes latissime patent, & in quos mulier inuita testimonium non dicit. In eos etiam inuitus iudicio publico testimonium non dicit libertus mulieris, aut libertus mariti eius, aut libertus parentum, liberorumve eius, aut libertus patroni, patronæue eius, quod necesse est, vt exemplo planius faciam. Consobrinus vel consobrina aduersus consobrinum inuitus inuitaue testimonium non dicit, nec ei denuntiari potest. Ac similiter aduersus consobrinum testimonium non dicit libertus consobrini, nec libertus parentum, aut liberorum eius, nec viri, aut vxoris libertus, aut libertus patroni patronæ ve eius. Et eodem modo, sicut socer vel socrus aduersus generum inuitus inuitaue testimonium non dicit, ita nec libertus soceri vel socrus, vel libertus parentum aut liberorum eius: nec libertus viri, aut vxoris, nec libertus patroni, aut patronæ eius. Et ita accipienda & explicanda sunt hæc verba l. Iuliæ, quæ sunt in d. *l. 4. testib.* ne liberto ipsius affinis scilicet vel cognati inuito denuntietur testimonium, & ne liberto ipsius, inquit, liberorumve eius, parentum, viri, vxoris, item patroni patronæ. Ea verba sic, vt proposuit interpretanda sunt, & de omnibus personis, in quas inuiti testimonium dicere non coguntur, sunt etiam accipiendæ hæ leges, *l. vestem, de iniur. l. 1. §. si seruus bona fide, de quæstion. l. 22. C. de fide instrum.* Itemque *l. Iurisconsultus. §. 1. de gradib. & aff.* Sed maxime animus aduertendus ad id, quod ait ca. *l. Iul. publicorum iudiciorum, contra affines & cognatos testimonium inuiti dicere non coguntur:* nam non est legendum, *agnatos, sed cognatos*, vt apud Paul. 5. Sent. *aduersus adfinem*, inquit. *& cognatum inuiti testes interrogari non possunt.* Et ratio, cur potius legamus *cognatos* quam *agnatos* est euidens, quia non solum contra agnatos, sed etiam contra cognatos inuiti testimonium non dicunt vsque ad 6. gradum, qui cognationis finem, & quasi terminum facit. Debuit igitur non agnatorum nomine vti, quod est speciale, sed cognatorum, quod est generale: nam & agnati cognati sunt. Contra cognati omnes agnati non sunt. Ac præterea agnatio infinita est, nec vllo certo fine graduum circunscribitur, *l. pen. §. 1. vnde cogn. §. vlt. Institut. de success. cognat.* Et si contra agnatos, inuiti testimonium B denuntiari non posset, hoc ius in infinitum extenderetur, sicut ius agnationis; & tamen huius iuris lex Iulia certum finem esse voluit. Cognatorum autem vel agnatorum, si accipiantur, quatenus cognati sunt simpliciter, certa finitio est graduum & certa gradatio. Porro his personis, in quas inuiti testimonium non dicunt, addit Vlpian. *lib. de officio procons.* quo tractauit de iudiciis criminalibus, non ciuilibus, nec admittamus distinctionem Glossæ in *l. inuiti, de testib.* addit, inquam, Vlp. etiam publicani, qui sunt occupati exigendis vectigalibus, inuiti in iudicio publico testimonium non dicunt: inuiti venire non compelluntur ad testimonium perhibendum; item qui non detrectandi testimonij C causa aberit, inuitus testimonium non dicit, sed, is, tantum, qui detrectat ferre testimonium & occultat se; inuitus etiam testimonium nō dicit, qui publice præbendum aliquid exercitui conduxit. Et subicit in *d. l. inuiti, sed nec pupillis testimonium denuntiari potest*, quasi scilicet inuitis pupillis non possit denuntiari, volentibus possit, quod est falsum: nam nec volentes audiuntur, *l. 3. §. lege, eod. tit.* Ac sane videtur Papin. scripsisse, *sed nec patronis testimonium denuntiari potest aduersus libertos, denuntiatur semper inuitis.* Nam in l. Iulia publicorum iudiciorum *d. l. 4. eod. tit.* additum fuisse ostendit, vt ne patroni patronæve aduersus libertos cogantur testimonium dicere; quoniam inter eos est necessitudo quædam, vt hodie receptum est, esse necessitudinem quandam D inter vassallum & dominum. Hoc etiam cauetur. Iulia, *vt ne* inquit *patroni patroneve cogatur aduersus libertos testimonium dicere.* Quo loco tamen perperam à nescio quo interprete inserta sunt hæc verba, *nec liberti aduersus patronos*, scilicet coguntur testimonium dicere. Spuria sunt hæc verba, non l. Iuliç, *neque liberti aduersus patronum*, non potuerūt esse hæc verba in eo capite, l. Iuliæ. quod est de his tantum, qui inuiti testimonium non dicunt, volentes dicūt quia non est iis omnino testimonium interdictum, qui inuiti testimonium non dicunt: non potuit l. Iulia admiscere libertos, quia constat huius generis libertos non esse, quum nec volentes audiātur aduersus patronos, vel patronorum liberos, *l. 3. § lege, eod. tit. l. libertoru, C. eod. tit.* Qua de causa nec parentum nec liberorum l. Iulia, in eo capite mētionem facit: Cur non adiecit lex Iulia, nec inuitos te- E stimonium dicere contra parentes vel liberos? quia ij nec volentes audiuntur aduersus parentes vel liberos; *l. 5. C. eod. tit.* Paulus 5. *Sent.* aduersus se inuicem liberi vel parentes nec volentes ad testimonium admittendi sunt, quia rei veræ testimonium, necessitudo personarum corrumpit plerumque. l. Iulia separat eos, qui inuiti testimonium non dicunt, ab ijs, quibus omnino interdicitur testimonium, vt nec volentes audiantur, vt ostēdit Vlpian. *lib. 9. de off. proconsf.* & de ijs qui inuiti testimonium non dicunt erat l. Iuliæ caput 87. & de ijs, quibus omnino interdicitur testimonium erat caput 88. quo capite nominatim libertis aduersus patronos, patronasve & liberos eorum, testimonium interdicitur omnino, his verbis, *his omnibus hac l. in reum testimo-*

nium dicere ne liceto, qui se ab eo parenteve eius liberauit, quive impuberes erunt, &c. vt in *l. 3. §. lege, D. de testib.* Et ijs addidit Vlpian. etiam eos, qui recensentur in *d. l. 3. §. lege*, post libertos, quibus omnino interdicitur testimonium aduersus patronos, patronasve & liberos eorum. supradictis verbis addidit etiam eos, qui essent impuberes, quoniam & ijs omnimodo interdictum est testimonium, & eos, qui publico iudicio damnati, nec in integrum restituti essent, & eos qui in vinculis ob reatum custodiave publica essent, & eos qui vt cum bestiis depugnarent, suas operas locassent, præterquam eos, qui iaculandi causa in circo maximo in vrbem missi essent, itemque eos, qui palam corpore quæstum fecissent, & postremo eos, qui ob dicendum, vel non dicendum testimonium pecuniam accepisse iudicati essent: non dicimus ijs inuitis non denuntiari testimonium, sed his omnino interdici testimonium. ex ijs sunt liberti. Ergo in *l. 4.* perperam liberti miscenturiis, quibus inuitis testimonium non denuntiatur, verum mulieri vt eorum mortem persequi licet, *l. Cornel. de sicar. & venefi.* in quos inuita testimonium non dicit ex l. Iulia, vt proponitur hoc loco; quod etiam permitti senatusconsulto ostendit *l. 2. C. de calum.* Sic & eorum mortem, & multo quidem magis mulier exequi & vlcisci potest iudicio publ. in quos nec volens testimonium dicere potest, veluti parentum mortem, aut liberorum aut patroni patronæve, aut liberorum patroni patronæve, vt in *l. 1. hoc tit.* lex *1.* quod obseruãdũ pertinet ad eos, in quos mulier nec volens testimonium dicit, quorum mortem vlcisci potest: *l. 2.* pertinet ad eos, in quos inuita testimonium non dicit, quorum mortem vlcisci potest. Eadem vero ratione & eodem vt opinor Senatusconsulto mulier suam vel suorum iniuriam persequi potest, lege Cornelia testamentaria, id est, de testamentis falsis, vel de aliis instrumẽtis. Nam l. Corn. quæ ab initio fuit de falsis testamentis, postea porrecta fuit ad omnia instrumenta falsa. Igitur mulier reum facere potest l. Cornel. testamentaria i. de falsis testamentis vel instrumentis, si suam vel suorum iniuriam persequatur, quod Senatusconsulto fuisse permissum mulieri hic locus ostendit, & *l. 5. C. qui accus. non poss.* exterorum iniuriam non potest persequi l. Corn. testamentaria, *l. 19. C. ad l. Cor. de fals.* sed suam vel suorum, id est cognatorum, vel affinium iniuriam, si sua vel suorum interfit. Et vt subiicit Papin. non tantum testamentum patris aut matris iudicio publico falsum dicere potest, si quid eius interfit, sed etiam testamentum liberti paterni vel materni, si ea res ad eam pertineat. Certum est etiam, mulierem lege Fabia de plagiariis, suam & suorum iniuriam persequi posse, *l. 5. C. ad l. Fab. de plagiar.* & generaliter quolibet alio publico iudicio potest accusare, *l. de crimine, C. de his qui accus. non poss.* vel etiam populari actione, vel interdicti si sua interfit, *l. 3. §. sed & si mulier, de lib. hom. exhib.* Excipitur tantum causa adulterij, quia leg. Iulia, de adult. mulier nec suam nec suorum iniuriam exequi potest, vt initio dixi *l. 1. C. ad l. Iul. de adult.* nec ex constitutionibus quidem (puta ex nouissima constitutione Constantini, *de iis qui adult. accusare poss.* id est, *l. quamuis, C. ad l. Iul. de adult.* quæ patri accusationem permittit, non etiam permittit matri: patruo, non amitæ, auunculo, non materteræ.

Ad §. pupillis.

Pupillis ex consilio tutorum, patris mortem, item pupillæ aui sui mortem, exequi concessum est, lege autem testamentaria: nam de patris quidem testamẽto pupillis agere Diuus Vespasianus permisit: sed quasi non exibeantur tabulæ, per interdictum possunt experiri.

Postremo subiicit Papin. etiam pupillis, quibus regulariter, nec publico iudicio accusandi, nec populari actione agendi ius est, *d. l. 6. de popul. act.* licere tamen exequi iudicio publico mortem patris vel aui sui ex consilio tutorum, l. Corn. de sicariis. vel etiam licere exequi falsum testamentum patris, si eorum intersit, l. Corne. testamentaria. Quod & permisisse Vespasianum ait ex consilio æque tutorum, vt Paulus scribit 5. *Sent. tit. de iure fisci*, ætati eius pupilli, qui accusat testamentum falsum patris, si non obtineat, subueniri, maxime si consilio tutoris, vti oportet, actionem instituit. Pupillis vtriusque sexus licet exequi suam vel suorum iniuriam, quod additur in Basilicis, τῆς ἀνήβοις ἑκατέρας φύσεων hic demonstras, legendum, *pupillis ex consilio tutorum patris mortem: item pupillæ & aui mortem exequi concessum est.* Et legendum *Item.* non *autem.* & infra: *sed si non exibeantur tabulæ, per interdictum non quasi.* &c. hoc sensu: si pupillis non exhibeantur tabulæ paterni testamenti, ab eo à quo supprimuntur, pupillis vtriusque sexus liceat agere interdicto de tabulis exhibendis, quãuis sit quasi populare interdictum, quia agitur tanquam de instrumento publico, non tanquam de instrumento proprio, *l. 2. in prin. §. quemad. testam. aper.* & concurrit quoque interdictum de tabulis exhibẽdis cum iudicio publico, ex l. Cor. testamentaria, *l. 4. sup. de pub. iudic. l. 3. §. si quis dolo, de tabul. exhibend.* Nam & interdictum de libero homine exhibendo, quod constat esse populare, certum est dari pupillis pro parente, vel cognato, vel affine suo, *d. l. 3. § sed si mulier, de li. hom. exhib.* & generaliter pupillis dari quamlibet actionem popularem, si res ad eos pertineat, *l. 6. de pop. action.* Quamobrem ita videtur argumentari, pupillis suæ iniuriæ causa, vel suorum dantur popularia interdicta, cur non dabuntur eisdem ex eadem causa publica iudicia, veluti ex l. Cor. de sicar. vel l. Corn. testamentaria? Quibus exemplis vtitur, suæ suorumque iniuriæ persequendæ gratia.

Ad l. 2. de cust. reorum.

Si quis seruus capitali crimine postuletur, lege publ. iudiciorum cauetur, vt sistendum vel ab extraneo satisdato promittatur, qui si non defendatur, vt in vincula publica conici iubetur, vt ex vinculis causam dicat. Solet itaque tractari an postea domino permittendum sit, oblata satisdatione seruum vinculis liberare. dubitationem auget edictum Domitiani quo cautum est, abolitiones ex SC. factas ad huiusmodi seruos non pertinere. Nam & lex ipsa prohibet eum absolui, priusquam de eo iudicetur. Sed hæc interpretatio perdura & nimium seuera est in eo cuius dominus absens fuit, vel quod per inopiam illo momento temporis satisdationem implere non potuit. Neque enim pro indefenso derelictus recte dici potest, qui dominum præsentem non habuit, vel habuit paratum defendere, pauperem tamen. Quod vtique facilius admitti poterit, si non post longum temporis spatium hoc desideretur.

Quod proponitur initio huius legis, est de seruo capitali crimine reo postulato, veluti ex l. Iul. de sicar. quæ pertinet etiam ad seruos, *l. hos accusare §. omnibus, de accus. & insc. l. vlt. sup. de pub. iud.* Pertinet l. Cornel. de sic. etiam ad seruos & peregrinos, quod & Tullius ostendit in Cluentiana, vel etiam ex l. Iul. de adulter. ex qua in seruos capitale crimen fuit. Nam & Vlpia. 3. de adult. scribit, seruos adulterij accusari posse, *l. 5. tit. prox.* & de seruis adulterij accusatis quæstionem haberi posse postulante accusatore, *l. si postulauerit, in prin. ad l. Iul. de adult.* Quod Papin. scripsit *lib. 2. de adult. l. vlt. sup. de calumn.* & idem Vlp. eod. lib. Non tamen ita seruos adulterij accusatos quæstioni subiici aut torqueri oportere, vt inde moriantur, sed ita de iis quæstionem haberi oportere, vt salui sint innocentiæ & absolutioni, vel supplicio, *l. quæstionis, de quæstion.* id est, vl-

timo supplicio, si nocentes inuenti fuerint, crimen adulterij exasperatur in seruos. Nam in liberos homines crimen adulterij ex l. Iulia non fuit capitale. Qua in re differentia est inter liberos homines & seruos. Neque iis, quæ diximus obstat *d. §. omnib. l. hos accusare.* quod dicat pœnam capitis non conuenire seruorum pœnis, quia non eam pœnam intelligit, quæ vitam adimit, vel quæ facit seruum pœnæ, sed eam, quæ adimit libertatem vel ciuitatem, quam cum nullam seruus habeat, sane eam pœnam sustinere non potest, verum vltimo supplicio plecti potest, atque etiam damnari in metallum, quo genere exit dominio domini, & fit seruus pœnæ, *l. 17. §. vlt. de quæstion. & l. aut damnum §. vlt. de pœn. l. 11. C. eod. tit.* Et deportatio in seruo, in *l. 21. C. Theodos. de hæret.* est damnatio in metallum, deportatio in metallum, alioqui deportatio in insulam, qua puniri solent ciues Romani, non cadit in seruum, relegatio tamen cadit in seruum, *l. 2. qui & à quib. manum: l. 2. C. de sepulc. viol. l. 1. C. Theod. de mulierib. quæ se propr. seruis.* Et ita est accipiendum, quod ait *§. omnib.* esse pœnam capitis aliquam, quæ seruis conuenit, sicut relegatio, exempli gratia, deportatio in insulam seruis non conuenit, sicut relegatio, quæ scilicet seruis recte conuenit. Sic enim ea verba accipienda sunt, vt in *d. §. omnibus, vt in l. pen. de vsucap.* in contractu emptionis & venditionis pro soluto vel pro emptore non posse vsucapere eum, qui non emit, sicut in cæteris contractibus, in quibus scilicet pro soluto potest vsucapere, & qui non contraxit. Quum autem seruus capitali crimine reus postulatur, Papinianus ostendit hoc loco, l. Iul. pub. iudiciorum, quæ generalis est, lege de omnibus publ. iudiciis caueri, vt pro eo seruo defensor admittatur non tantum dominus, sed & procurator domini, *vt l. seruus, de publ. iud. l. Lucius, de appell.* & quilibet extraneus nomine domini, vt opinor, *argum. l. serui, de appell.* Qua in re etiam differentia est inter seruum & liberum hominem, & quam Modestinum *lib. 6. differentiar.* notasse coniecturam facit *l. si seruum, sup. tit. prox.* quæ est ex eodem lib. Nam liber homo, qui præsens est, in crimine capitali per alium defendi non potest, *l. pen. §. vlt. de public. iudic.* Seruus præsens per dominum vel per alium nomine domini defendi potest, *l. 19. de pœnis.* Verum, qui defensionem eius serui suscipit, lege Iulia publicorum iudiciorum satisdare iubetur iudicio sisti seruum, eumque sistere, cum vsus exegerit, *l. si seruum, sup. tit. prox. l. 2. C. de accusat.* Si ita non defendatur seruus capitali crimine postulatus, in vincula publica coniici eadem l. iubetur, vt ex vinculis causam dicat. Qua in re alia etiam differentia existit inter liberum hominem & seruum: Nam liber reus postulatus, non aliter iure ciuili in vincula publica coniicitur, vt ex vinculis causam dicat, quam si confessus sit, *l. 5. hoc tit. l. 4. ad l. Iul. maiest.* Cum vero seruus, quem dominus, vel alius non defendit in vincula publica coniectus est, quæritur, si postea dominus offerat satisdationem iudicio sisti seruum, & defensionem, an audiatur, an possit seruum vinculis liberare? Ratio dubitandi sumitur ex edicto quodam Domitiani, de quo & Paulus tractauit lib. singul. de adulter. *l. Domitianus, inf. ad Turpill.* quod autem eo edicto cauetur, sciendum est, quandoque ob res prospere gestas aduersus hostes, & propagatos fines imperij, vel ob publicam gratulationẽ, vel in honorẽ Principis, vt in *l. sed & si per pretorẽ §. si feriæ, sup. ex quib. caus. mai. l. abolitio, & l. seq. sup. ad Turpill.* extra ordinem populo indici ferias, iustitium, claudi fora, & abolitionem reorum fieri, & laxari vincula reis ex Senatusconsulto, non Turpilliano, vt hic Glossa annotauit, quod non fuit de feriis vel abolitionibus reorum, sed de accusatorum præuaricationibus, vel tergiuersationibus; non ergo ex Senatusconsf. Turpill. nec ex vllo S. C. pro re nata facto, *l. si interueniente, ad Senatusc. Turpill:* quo publica hilaritas & quies indicitur, & rei carcere vinculisque soluun-

A tur exuunturque reatu, non quidem in perpetuum, sed tantisper, dum feriæ finitæ sunt, dum publica lætitia finita sit, qua finita rei possunt repeti intra 30. dies vtiles, à tempore finitarum feriarum numerando, *l. haud priuatum, §. vlt. ad Turpill.* verum ex edicto Domitiani feriæ & abolitiones non pertinent ad seruos nihil uc alleuant seruos, qui rei postulati vinculis publicis continentur, quia & eos l. Iul. pub. iudiciorum iubet esse in vinculis, donec de iis pronuntietur, donec iudicium finiatur, vt est legendum in *d. l. Domitianus.* Abolitiones, publicæ feriæ & hilaritates pertinent tantum ad liberos homines, quæ est quarta differentia hac in re inter seruos & liberos homines. Et cum hoc loco, tum in *d. l. Domitianus,* lex ipsa est lex Iul. publicorum iudiciorum, non vt

B glossa vult edictum Domitiani. Verum exemplo edicti Domitiani, vt serui non soluuntur vinculis ob publicam abolitionem, ita nec videntur esse soluendi vinculis ob seram & intempestiuam dominorum defensionem & satisdationem, quam offerunt post vincula seruorum. Hæc est ratio dubitandi, quæ vim maximam habet, si quod Domitianus edixit, licet porrigere ad hunc casum indistincte per interpretationem, quæ tamen perdura perque nimium seuera est. Ideoque concludit, non temere quidem, sed ex iusta causa post vincula seruis iniecta dominos defensionem, & satisdationem offerentes admitti, vt serui dominis reddantur vinculis absoluti, eorumque dominus pergat eos defendere. Quid enim si absentia domini fuerit in causa vt non potuerit in tempore satisdationem offerre, antequam seruo vincula imponerentur? quid etiam si ei præsenti ob-

C stiterit inopia, quo minus satisdationem impleret; vix enim reperiuntur, qui pro inope velint fideiubere, *§. nouissime, Instit. de susp. tut.* qui ita explicandus est, aliter quam vulgo. ait eum tutorem, qui tutelam per fraudem administrat, etiamsi satis offerat, nempe quia locuples est, & in facili est ei inuenire fideiussores, qui caueãt rem pupilli saluam fore, etiamsi diues sit, atque satis offerat, remouendus est duplici ratione, quia satisdatio non mutat maleuolum propositum tutoris, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat. Subiicitur altera ratio: suspectum enim tutorem eum esse putamus (sic est legendum, auctoribus omnibus lib. antiquis,) qui moribus talis est, vt suspectus sit, quamuis locuples sit & assiduus, & fideiussores dare paratus: sicut è con-

D trario, etiamsi sit pauper, modo sit fidelis & diligens, non est remouendus quasi suspectus. Et huc pertinet etiam lex *si procuratorem §. si ignorantes, mand.* quæ ita explicanda est. Conuenti fideiussores per iniuriam iudicis condemnati sunt & soluerunt, nec appellauerunt à sententia iudicis, an possint actione mandati repetere quod soluerunt? Sic videtur: nisi paupertas eis obstiterit, quo minus appellarent: an vero paupertas te vetat appellare à sententia iudicis? sic sane, quia non est facile pauperi inuenire fideiussores, qui dandi sunt ab eo, qui appellat; non facile est pauperi implere satisdationem, quæ est implenda ab eo, qui appellat in pœnam certam, si non iure appellasse pronuntiatum fuerit, de qua satisdat. Paulus 5.

E *Sentent. tit. de cautionib. & pœn. appellat.* Ergo si paupertas vel absentia domino obstiterit, quo minus seruum defenderit impleta satisdatione, atque ideo, seruus fuerit coniectus in vincula publica, æquum est postea venientem dominum paratum satisdare & defendere admitti, seruo vinculis absoluto: maxime, si non post longum temporis spatium veniat, sed non ita multo post vincula serui, quia nec videtur seruum indefensum reliquisse, cui aut paupertas obstitit vel absentia, quo minus idonee defenderit. Et hæc est sententia Papin. ad quam hoc etiam addendum hoc loco, idem seruari in priuatis iudiciis, quod dixit hactenus seruari in publicis iudiciis, quibus reus seruus postulatur: Idem seruari

Vu iij

in priuatis iudiciis, quæ ob noxam seruorum intenduntur ex noxali actione, *l. 2. §. vlt. si ex nox. caus. agat.* Et postremo in §. *vlt. h.* l. proponitur Senatusconsul. quo cauetur, reum postulatum de vi, exempli gratia, qui cauit iudicio sisti, qui vadimonium promisit datis fideiussoribus, vt oportet, in diem certum, & postea eo die se iudicio exhibuit paratum suscipere, & contestari litem, non posse alio crimine, puta de adulterio antea commisso accusari, vel reum recipi eo ipso die & iudicio, quod alij rei condictum est, quia non huius criminis ergo, quod ei denuntiatum non erat in iudicium venit, sed alterius criminis defendendi instructus venit, non illius. Et hoc quoque nominatim Papinia. scribit seruari in priuatis causis, vt scilicet, qui cauit iudicio sisti in causa legatorum, exempli gratia, si stato condictoque die se iudicio sistat, & mox conueniri non posse ex alia causa, veluti ex empti aut venditi causa, nisi res tempore peritura sit, id est, nisi dilatio sit peremptura actionem quæ forte temporalis est: alioqui non cogitur aliud iudicium accipere, qui alterius iudicij causa venit, nisi, vt diximus ex hoc temporalis actio in periculum cadat, *l. 1. §. vlt. de feriis.* Quo pertinet locus ille egregius Titi Liuij 39. quum de Bacchanalibus scribit: *Tanta,* inquit, *fuga ex vrbe facta erat, vt quia multis res & actiones peribant, tempore scilicet, cogerentur prætores per Senatum res in tertium diem proferre, donec quæstiones de Bacchanalibus à consulibus perficerentur.* Et eodem modo, vt Suetonius scribit. D. August. *ne quod negotium mora elaberetur,* id est, ne qua actio tempore periret, *triginta amplius dies qui honorariis ludis occupabantur actui rerum siue causis audiendis accommodare.* Dixit in hoc §. hominibus sub fideiussore factis pro reis qui satisdederant iudicio sisti, vt seruum sub custodia officij factum in *l. 1. C. ad Turpillian.* id est, seruum officiali custodiendum datum, & seruum apud verum dominum factum, *l. 1. C. de furt.* & in possessione factum aliquem, pro in possessionem missum, *l. si fideicommiss. vt in poss. legat.* in possessionem fieri, mitti in possessionem, vt Græci interpretes loquuntur in §. *quod autem, Institut. de vsucapion.* Id valde confirmat *l. 17. §. quod autem, ad l. Iul. de adult.*

Ad l. 6. ad l. Iul. de adult.

Inter liberas tantum personas adulterium stuprumque passas l. Iul. locum habet, quod autem ad seruas pertinet & legis Aquiliæ actio facile tenebit & iniuriarum quoque competit, nec erit deneganda prætoria quoque actio de seruo corrupto, nec propter plures actiones parcendum erit in huiusmodi crimine reo. Lex stuprum & adulterium promiscue, & καταχρηστικώτερον appellat, sed proprie adulterium in nuptam committitur propter partum ex altero conceptum composito nomine, stuprum vero in virginem viduamue committitur, quod Græci φθορὰν appellant. Filiusfam. maritus ab eo, qui sui iuris est in ea lege non separatur. Diuus quoque Adrianus Rosciano Gemino præscripsit & inuito patre filium hac lege reum facere posse, maritus etsi duos reos ex alio crimine habeat, poterit iure viri tertium accusare, quoniam ea causa non cadit in numerum cæterarum.

Ad l. 20.

Patri datur ius occidendi adulterum cum filia, quam in potestate habet. itaque nemo alius ex patribus idem faciet: sed nec filius familias pater.

Ad l. 22. eod. tit.

Nec in ea lege naturalis pater ab adoptiuo separatur. In accusatione filiæ viduæ non habet pater ius præcipuum. Ius occidendi patri conceditur domi suæ, licet ibi filia non habet, vel in domo generi, sed domus & pro domicilio accipienda est, vt in lege Cornelia de iniur. sed qui occidere potest adulterum, multo magis contumelia poterit iure afficere. Ideo autem patri, non marito mulierem, & omnem adulterum permissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit. Cæterum mariti calor & impetus facile decernentis fuit refrænandus.

INitio *h. l.* ostenditur l. Iulia vindicari adulterium tantum vel stuprum, quod passæ sunt liberæ mulieres, non quod ancillæ sunt perpessæ: sed domino violatæ ancillæ competere ciuilem actionem ex l. Aquilia, si quis impuberem & immaturam virginem ancillam stuprarit, quasi, & corpori eius quod plerunque fit, damnum dederit, quod & Paulus scripsit *1. sent. t. 13.* vel etiam si quis maturam, & tempestiuam viro ancillam alienam corruperit, competere domino actionem iniuriarum, quasi sibi iniuria facta, *l. si stuprum, de iniur.* vel etiam si quis suaserit ancillæ alienæ, vt stuprum vel adulterium committeret, domino competere actionem prætoriam serui corrupti in duplum, quanti ob eam rem ancilla deterior facta est: non deest igitur ciuilis actio, qua dominus vlciscatur adulterium, vel stuprum illatum ancillæ suæ. Et quod notandum non omnes hæ actiones tres, l. Aquiliæ, iniuriarum, serui corrupti simul, ex vno facto descendunt vel competunt, sed vt distinxi ex suo quæque facto, imo & adhuc vltra has actiones domino datur extra ordinem criminale iudicium, maxime ob deintegratam ancillam, quæ integra erat à viro *l. vlt. de offic. præsid.* Et hoc est, quod ait Papin: hoc loco, propter plures actiones ciuiles, quæ domino competunt vitiata ancilla sua in eiusmodi crimine reo non esse parcendum, id est, non esse remittendam coërcitionem extraordinariam. Ciuiles actiones non perimunt criminalem coërcitionem, dico extraordinariam, quoniam ex l. Iul. domino publica accusatio non competit vel alij contubernali conseruo quoque, id est, marito ancillæ, cui ancilla coniuncta est, nullam inuenio actionem ciuilem, vel accusationem dari; sed domino tantum, & interdum extraordinariam accusationem. Vindicatur quidem lege Iulia adulterium etiam in vxore vulgari, id est, prostituta in vulgarem libidinem, in quã si vidua esset, stuprum impune committeretur, *l. 22. C. eod. tit.* Vindicatur etiam adulterium in vxore iniusta, quam quis in matrimonio habet, vt si ciuis Romanus peregrinam vxorem duxerit, iuxta id quod Pap. 15. *resp.* apud L. Rufinum ciuem, sine connubio peregrinam in matrimonio habere. *i. e.* iniustas esse nuptias, iniustam vxorem. Potest esse matrimonium sine nuptiis, hoc est, sine connubio. Ex quo intelligitur, quid intersit inter nuptias & matrimonium. Imo vindicatur etiam adulterium in concubinam, quia legitimam vxorem imitatur, vt Iulian. ait *Nou.* 28. Et ideo viceconiux in antiquis inscriptionibus appellatur: nullus vtitur hodie concubinis. Nam in iure concubina est quasi vxor: concubinatus est quasi coniunctio legitima. Quia igitur concubina vxorem legitimam imitatur, etiam in ea adulterium vindicatur: sed neque in ea, neque in vxore vulgari, neque in vxore iniusta vindicatur iure mariti à marito scilicet, sed iure extranei. vir eam accusat non iure mariti, quod ius priuilegiarium est, sed iure extranei, vt quilibet de populo: at in contubernali, id est, quasi vxore serui, adulterium à seruo non vindicatur, *l. 23. & 24. C. eod. tit.*

Sequitur in hac *l.* §. 1. l. Iulianum promiscue & indifferenter vti adulterij & stupri nominibus, & καταχρηστικώτερον, per abusionem, vt eo capite, quo plectitur, qui adulterij damnatam vxorem duxerit; quo continetur etiam stupri damnata, & adulterij nomen vtrumque vitium significat, *l. 2. §. quod ait, h. t.* & eo capite, quo plectitur qui pro comperto stupro, id est, adulterio

pretium acceperit, *l.29.§.testibus,h.t.* & eodem exemplo in *l.7.* & l.11.§.1. adulterij accusari, adulterij pœna teneri, id est, stupri. Et similiter *l.2?.C.eod.tit.* in muliere stupro cognita adulterij nomen dicit, & infra quoque stuprum ponit pro adulterio, in *l.2.§.pen.h.t.* illo loco: *sine vllius stupri probatione*, id est, *adulterij*. Proprie autem adulterium, vt ait, committitur in nuptam, nomine tracto ex eo, quod (quam originem tradit solus Papin.) ex altero quam ex legitimo marito partus concipiatur, quasi adulterium sit conceptio partus ex altero. Stupru̅ autem committitur in virginem, aut viduam, quod inquit, Græci φθορὰν vocant. Philostratus vocauit αἰτίαν τῆς ζώνης, crimen zonæ. Stuprum autem quidam dici putant ab stupeo, id est, miror, iuxta id quod Cæcilius ait apud Nonium, *nomen virginis nisi mirum est deintegrauit*. Stuprum igitur quasi mirum quoddam: vt monstrum à moneo, probrum à prohibeo, *l.probrum, de verb. signific.* furtum natura esse probrum in definitione furti, *l.1. de furt.* furtum iure naturali prohibitum esse.

Sequitur in hac l. lege Iulia non separari filiumfam. maritum à patrefamilias. Vtrumque adulterum vel adulteram iure mariti accusare posse, & filiumfam. etia̅ inuito patre, quia vindictam proprij, & maximi doloris exequitur, *l.filium, h.t.* Inuito patre ex constitutione Adriani, vt ait hoc loco. Constitutione opus fuit, quia iure non potuit inuito patre, sicut nec agere hodie iniuriarum inuito patre, *l. sed si vnius, §. filiofam. de iniur.* quamuis ea actio sit, dicaturque proprij doloris actio à Valent. *Nouel. de libert. & eorum successionib.* & à Tull. pro Cæcinna. Non tamen potest filiusfamil. agere iniuriarum, & exequi iniuriam sibi illatam inuito patre, quia deficit constitutio, quæ etiam filiofamil. permiserit cuiuscunque iniuriæ actionem inuito patre. Item quia l.Iul. non separat patremfam. maritum à filiofam. Ideo dicimus vtrumque deprehensum domi suæ adulterum sine fraude occidere posse, deprehensum in re ipsa, modo eius conditionis sit, vt occidi possit: nam marito non omnem adulterum occidere licet, quem deprehendit in actu ipso, sed infamem tantum, vel seruum, vel libertum suum, vel vxoris, vel parentum, aut liberorum eorum, *l.24.§.1.h.tit.* Ait enim, eum quem occidere licet, non patrifam. tantum, sed & filiofam. occidere licet. At in patre, qui deprehendit filiam in adulterio, quantum ad verba l.Iuliæ attinet, videtur esse aliqua differentia. Nam patrifamilias datur ius occidendi adulterum & filiam, quos deprehendit, quam modo habeat in potestate, non filiam emancipatam, siue sit pater naturalis siue adoptiuus. Quod tamen quantum ad verba l.Iul. attinet, non datur patri filiofam. *l.2.& 22.h.t.* quia filiam non habet in potestate, imo nec potest habere, qui suæ potestatis non est, qui est filiusfam. *l.21.h.tit.* Seneca 3. de clam. *non potest quisque alium in manum suam recipere, qui ipse in alia manu est.* Qua ratione Seneca efficit filiumfa. adoptare non posse. Verum Paulus 2. *Sentent.* scribit, etiamsi hoc non ferant verba l.Iuliæ, idem tamen esse permittendum patri filiofam. vt adulterum cum filia deprehensum, id est, vtrumque interficiat. Quod postremo additur in hac lege pertinet ad id quod cauetur l.Iul. publicorum iudi. ne eodem tempore quis de tribus reis diuersis publ. iudiciis quæratur, nec tres accuset ex diuersis criminibus publicis simul eod. tempore, nisi suarum iniuriarum causa. Sic est legendum, *de tribus reis*, non de duobus in *l.hos accusare §.lege, de accusat.* quod ostendi & probaui, & confirmat omnino *l.cum rationibus, C. qui accus. non poss.* Proximus est delatori siue *triballo*, sic appellatur sycophanta, qui plures quam duos eodem tempore delatos habet, diuersis iudiciis publicis *vt l.7. sup. de accusat.* Tertium ei deferre non licet, nisi suam, vel suorum iniuriam persequatur, vt ostendit hoc loco, *si iure viri maritus adulterij tertium accuset*: hæc iniuriarum perse-

A quutio in numerum accusationum non computatur. *Iure viri*, dixit, *vt l.si vxor, §.si quis vxorem, h.t.l.16.eod.* quod frequentius est iure mariti, quod ius præcipuum est. Præfertur enim maritus intra 60. dies vtiles à die diuortij omnibus aliis, qui ad accusationem eiusdem adulterij veniunt, etiam patri mulieris adulteræ, *l.2.§.vlt. hoc tit.* quod & priuilegium dicitur in *l.2.§.sexaginta, hoc tit.* Et quod dicuntur pater & maritus ius æquale habere in accusatione adulterij in *l.15.hoc tit.* verum est, quo ad extraneos: nam & pater aduersus extraneos in accusatione adulterij ius præcipuum habet, *l.4.§.1.l.14. §. vlt. hoc tit.* Inter se vero pater & maritus ius æquale non habent, quia pater postponitur marito.

B Et his addamus, quod est in *l.22.* nam 20. iam explicata est. Iam exposuimus in accusatione viduæ filiæ non habere patrem ius præcipuum. adulterij accusari potest vidua commissi in matrimonio scilicet, veluti post diuortium, aut post mortem mariti, *l.5. & 11.l.2. §.defuncto, h.tit.* in accusatione viduæ pater non præfertur extraneo, si iudici adulterij extraneus iustior accusator videatur, cum agetur de accusatore constituendo, quod iudicium *diuinatio* dicitur. Hæc est sententia huius loci in *l.22.§.1.* si modo ita legatur, *in accusatione*, vel, *in accusationem.* (quoniam tota l. est de adulterio.) Verum an ita recte legatur subsisto & multis validis rationibus moueor vt existimem, non recte legi *in accusatione*, vel *accusationem.* Primum quia in accusatione nuptæ filiæ non magis, quam viduæ pater collatus cum marito ius C præcipuum habet, id est, siue agatur de accusanda nupta, siue vidua, pater collatus cum marito ius præcipuum non habet: postponitur enim marito. Confertur tota hac lege pater cum marito non cum extraneo, & collatum quoque cum extraneo patrem, falsum est in viduæ filiæ accusatione non habere ius præcipuum: alioqui pater nunquam haberet ius præcipuum in accusatione filiæ, quia non nisi viduam accusare potest: non potest accusare nuptam, nec ipse nec alius, quamdiu matrimonium manet, *l.constante, h.t.* quia probatam à viro & quiescens matrimonium alius turbare & inquietare non debet, quæ ratio habet locum in patre, *l.1.§.vlt. de lib. exhib.* Bene concordantia matrimonia, inquit, non esse turbanda iure patriæ potestatis. apud Nonium Afranius, *optimas bene conuenientes, & concordes nuptias* D *repente viduas faciat pater.* Hoc non potest facere, non potest etiam pater vel auus accusare nuptam primo marito, in quem peccasse dicitur: ita nec eandem diuortio facto potest accusare, si secundo marito sit nupta ante denuntiationem adulterij commissi in priore matrimonio: nec nuptam igitur secundo viro accusari posse, nisi prius condemnatus sit adulter, *l.2.& 5.h.t.* Propterea vt hoc loco legam, *in occasione viduæ filiæ*, non, *in accusatione*, suadent omnia præcedentia, omnia sequentia, quæ sunt de iure occidendæ filiæ deprehensæ cum adultero, quod ius pater solus præcipuum habet; nec enim marito vllo modo deprehensam in adulterio vxorem interficere licet per l.Iul. imo nec adulterum generaliter, nisi domi suæ deprehensum: non deprehensum etiam in doE mo soceri, *l.24.h.tit.* Pater autem quemlibet adulterum cum filia, quam habet in potestate vno impetu ambos occidere potest, & non tantum domi suæ, sed etiam domi generi deprehensos. Quo cap. monet Papin. hic domum accipi pro qualibet habitatione, siue domicilio: alias domus nomine proprietas significatur, *l.lege Cor.§. domum, de iniur.* Quam differentiam Plautus seruat in milite glorioso, *ostium*, inquit, *hoc mihi est domicilium, Athenis domus.* At in occisione viduæ filiæ deprehensæ in adulterio siue stupro, pater nullum ius præcipuum, aut singulare habet. Et ita quoque Græci interpretes Basil. hoc loco legunt *in occasione*, non *in accusatione*: reddita hac ratione, quia in viduam stuprum committitur, non adulterium. lex Iul. ferrum dedit patri adulterij

tamen vlciscendi causa, non stupri. Denique ius præcipuum interpretantur ius occidendi & adulteram filiamfam. Igitur non caret mendo, quod ex Paulo refertur apud L. Rufinum, ita Marcellum scripsisse in vidua, *si adulterum deprehensum pater occiderit, & filiam incontinenti licito iure hoc factum*, legendum enim est, *illicito iure*. Nam cum ante dixisset nuptam filiam & adulterum deprehensos patrem occidere posse, & subiiciat statim, *in vidua autem*, &c. sane diuersum ius in vidua statuit, quia dixit *autem* non *item*; quod & naturali rationi conueniens est, vt facile quidem detur ferrum patri in nuptam, quæ genialem lectum polluit, & iniuriam marito fecit. Ratio differentiæ inter patrem & maritum hæc est. Cur in occidenda filia ius præcipuum habeat pater, non maritus? quia si per legem Iul. liceret marito B vxorem occidere deprehensam, si omnem adulterum deprehensum, sane nemini parceret vnquam: magnos enim æstus patitur, qui veterem matrimonij consuetudinem, qui pudorem cubilis, qui spem liberorum expugnatam esse videt: *magnus furor est*, vt quidam ait in tragœdia, *iratus amor*. Et similiter *l. 29. §. Imperatores, hoc tit.* difficillimum esse iustum dolorem temperare: patri autem, qui non tanto furore concitatur, lex non aliter permittit adulterum occidere, quam si & filiam occiderit incontinenti, & quasi vno ictu, vno veru, quia lex vix aut perraro euenturum arbitrata est, vt pater occidendæ filiæ tristissimum ministerium obierit: & libidinosæ mulieres verentur hodie magis maritum, imo fratrem, quam patrem: plerumque enim patris pietas consilium pro liberis capit & parcit adultero, vt parcat C filiæ. Cæterum mariti calor & impetus facile non decernentis fuit refrænandus, Qua ratione etiam D. Marcus apud Lampridium, nolens in rebelles agi seuerius: *non placere sibi*, inquit, *in Imperatore vindictam sui doloris, quæ etsi iustior fuit, semper acrior videtur*. Neque est omittendum argumentum à minore ad maius quo vtitur Papinianus in *l. 22.* si patri, inquit, licet adulterum vna cum filia occidere, quos deprehendit in ipsa turpitudine, & multo magis licet ei adulterum contumelia afficere, veluti exsecto viro resciſſisque naribus, cruribus, cæterisque similibus.

D

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI COMMENTARIVS in Lib. II. Æmilij Papin. de Adulteriis.

Ad l. 9. de calumniatoribus.

De seruo, qui accusatur, si postuletur, quæstio habetur, quo absoluto in duplum pretium accusator domino damnatur, sed & citra pretij æstimationem, quæritur de calumnia eius: separatum est etenim calumniæ crimen à damno, quod in seruo propter quæstionem domino datum est. E

Ad l. 6. de quæst.

Patre vel marito de adulterio agente & postulantibus, de seruis rei vt quæstio habeatur, si vere causa perorata testibus prolatis, absolutio sequuta fuerit, mancipiorum quæ mortua sunt, æstimatio habetur. Sequuta vero damnatione, quæ supersunt, publicantur.

§. 1. Cum de falso testamento quæritur, hæreditarij serui A *possunt torqueri.*

Ad l. 8. de diuort.

Diuus Adrianus eum, qui alienam vxorem ex itinere domum suam duxisset & inde marito eius repudium misisset, in triennium relegauit.

Ertinet l. 9. ad illud caput l. Iuliæ; quod *l. 27. §. vlt. ad l. Iul. de adult.* significat fuisse nonum caput, quo cauetur postulante eo, qui seruum accusat adulterij, de eodem seruo quæstionem haberi posse, siue ipse accusator voluerit interesse quæstioni, siue noluerit, vt eodem capite expressum est. cuius verba proponuntur initio *d. legis 27.* nam & accusator interesse potest quæstioni rei, sicut & quæstioni seruorum rei, parentum ve eius interesse potest, tam reus ipse, quam accusator: & interrogationes fiunt per patronos, *d. l. 27. §. quæstione.* Iudices autem, qui l. Iulia quærunt de adulterio, quod seruus fecisse dicitur; seruum accusatum imprimis æstimare debent, quanti sit, vt eadem lex præcipit, & seruo absoluto tantam pecuniam, quanti seruum æstimarunt, & alterum tantum, id est, duplum, accusatorem præstare iubere debent, & præstare ei, ad quem ea res pertinet, puta, domino aut bonæ fidei possessori aut creditori, cui is seruus pigneratus est, quia & creditoris interfuit, de seruo temere quæstionem non haberi, *d. l. 27. §. 1.* Et hoc quidem genere pœnæ, calumnia accusatoris coërcetur ciuiliter, vt *l. dominus, C. eod. tit. de calumniatoribus.* Ac præter hanc ciuilem coërcitionem in duplum pretium duplamve æstimationem serui, qua sarcitur damnum in quæstione defuncti serui, vel facti deterioris, etiam criminaliter lege Remmia coërcetur calumnia accusatoris. Denique coërcetur ciuili & criminali iudicio: nam vt ait hoc loco, separata est criminis causa à causa ciuili damni domino illati, quæ causa ciuilis est. hæc respicit vtilitatem priuati hominis, illa criminalis, vigorem publicæ disciplinæ, *l. 9. § quod illicita, de publica.* Igitur hoc loco, *citra pretij æstimationē*, id est, vltra, vt apud Cicer. in oratione ad Brutum: *natura*, inquit, *in omni verbo posuit acutam vocem nec vna plus, nec à postrema syllaba citra tertiam.* Ergo, vt ait Papinianus, citra æstimationem dupli pretij id est, vltra, etiam in accusatorem absoluto seruo criminalis accusatio competit: & ita cum actione in factum ciuili, quæ proprie in hoc titulo proponitur in eum qui pecuniæ causa per calumniam negotium alij fecit, vel non fecit, ciuili, aut criminali iudicio, quæ actio est intra annum in quadruplum, post annum in simplum; cum ea, inquam, actione de calumniatoribus, quæ est ciuilis, concurrit etiam criminale iudicium, quia non est vtriusque eadem causa, *l. penult. hoc tit.* Et notandum hic est, maxime interesse, an de seruo adulterij accusato quæstio habeatur, qua de re agimus præcipue, an de seruis accusatis, qui torquentur contra dominum, vt specialiter receptum est in crimine adulterij. Regulariter serui non torquentur in dominum. Priori enim casu, quum seruus accusatus est adulterij, & quæstioni tormentorum subiectus, absoluto seruo accusator in duplum domino damnatur. Posteriori casu, quum torti sunt serui eius, qui accusatus est adulterij, absoluto reo accusator domino damnatur ciuiliter in simplum tantum, id est, quantæ pecuniæ serui ante quæstionem fuerunt, quantæ pecuniæ in his damnum datum fuerit, factumve sit, *d. l. 27. in fin. l. 3. C. eod.* & vtrumque, id est, duplum vel simplum in suo casu petitur condictione ex *l. Iul. de adul.* non alia actione, *l. 28. sup. eod. tit.* Ad priorem casum pertinet vt dixi nonum caput l. Iuliæ, de quo in *d. l. 27. à principio vsque ad §. haberi.* Ad posteriorem casum pertinet

10. caput

10.caput l.Iul. de quo agitur à §. *haberi vsque ad* §.*vlt.* A qui §.vlt.vtrique capiti communis est,quod glossæ in *l.* 27.nesciunt discernere. Huic vero legi coniungenda est *l.6.de quæstion. ex eod.lib.* quæ tamen pertinet tantum ad 10.caput l.Iul.non ad nonum,& ait, *de seruis rei postulati adulterij quæstionem haberi contra dominum, patre vel marito accusante.* Hoc est certissimum ex cap. 10. an & extraneo accusante,non quidem ex l.Iulia,sed ex constitutione, vt ex *l.17.hoc tit.* Quod & Papinianus scripsit *lib.sing. de adult.* apud L.Rufinum reddita hac ratione, quia non facile adulterium potest admitti sine ministerio & conciliatura seruorum.Quæ ratio est tantum probabilis, non necessaria, vt sunt pleræque rationes Iureconsul. quod pauci animaduerterunt, aut nolunt animaduertere : quia vbi de iure constabat, non erant ad- B modum solliciti rationis constituti & recepti iuris:contenti erant probabili. Et eiusmodi est ratio in Institutionibus,quæ vexat plurimos in *tit.de fiduc.tit.* Et hanc rationem,quod tale delictum vix possit admitti sine ministerio seruorum,esse probabilem,ex eo apparet, quod alioqui & in aliis criminibus, quorum minister domino seruus fuisset, posset torqueri aduersus dominum, quod tamen falsum est,*d.l.17.§. vlt.* Ait autem Papinianus hoc loco sequuta absolutione rei, causa vere perorata,id est,non perfunctorie,non lusorie, non dicis causa,æstimationem seruorum, qui in quæstione mortui, vel facti sunt deteriores,domino eorum deberi,in sim- C plum scilicet: & hoc loco, pro æstimato habetur malo, æstimatio debetur, vt est scriptum in *l. 28.ad l.Iul.de adult.* Sequuta autem damnatione rei,veluti relegatione in insulam, quæ legitima & frequentior fuit pœna adulterij,ex l.Iulia, serui eius qui damnatus est, qui in quæstione defuncti non sunt,publicantur ex l.Iulia. cuius rei ratio redditur in *d.l.27.§.iubet,* quia si serui redirent in potestatem rei,obdurarent in quæstione, nec efferrent vnquam, vel hiscerent quicquam aduersus dominum. Idcirco vt intrepide verum dicant post quæstionem & domini damnationem, dominum mutant, & fiunt serui publici, serui ciuitatis. Huic vero casui, quo scilicet iure singulari in crimine adulterij serui torquentur aduersus dominum, Papin.addit alium casum in hac *l. 6.* sicut & in *l. 17. §. 1.* D *hoc tit.* de quo ibi accuratius disserui: & satis in responsis, in quo etiam casu serui quodammodo aduersus dominum torqueri videntur, vt in quæstione falsi testamenti,quod fecisse dicitur dominus serui quum de eius successione agitur,serui hereditarij torquentur. Sequitur in *l. 8.de diuortiis*, exemplum non iure, imo perquam iniuriose facti diuortij. Quidam vxorem alienam, non habentem animum à marito suo diuertendi quum ei ea mulier occurrisset in itinere,perduxit in domum suam, & mox id egit, vt è domo sua priori marito mitteret libellum diuortij, & sibi eam retinuit in matrimonio. Res gesta est exemplo & more malo, atque inciuili,& quasi raptus speciem habet. Ideoque in hac *l.8.* recte, vt Papinian. refert eum hominem D.Adrianus relegauit in triennium : audaciam hominis mulctauit relegatione triennij. id tamen olim plerisque Impe- E ratoribus excidit, & regibus etiam nostra memoria in Anglia, vt & ipso die nuptiarum abducerent nouam nuptam,& sibi haberent vxorem.

Ad l.8.de adulteriis.

Qui domum suam vt stuprum adulteriumve cum aliena matrefamilias,vel cum masculo fieret, sciens præbuerit, vel quæstum ex adulterio vxoris suæ fecerit, cuiuscunque sit conditionis quasi adulter punitur.

§. *Appellatione domus habitationem quoque significari palam est.*

Papin.de Adult.

Ad l.10.de adult.

Mater autem familias significatur non tantum nupta sed etiam vidua.

§.1. *Mulieres quoque hoc capite legis,quod domum præbuerunt,vel pro comperto stupro aliquid acceperunt,tenentur.*

§.2. *Mulier,quæ euitandæ pœnæ adulterij gratia,lenocinium fecerit,aut operas suas in scenam locauit, adulterij accusari damnarique ex S.C.potest.*

Sequitur demum *l.8.& 10.ad Iul.de adult.* in eis legibus proponitur aliud caput *l.Iul.de adult.* quo cauetur,lenonem quoque, quasi adulterum puniri eadem pœna, qui sciens dolo malo domum suam præbuit, vt stuprum vel adulterium in ea committeretur cum aliena matrefamil. vbi Papin.demonstrat, matrisfam.nomine contineri non tantum nuptam, sed etiam viduam, quia de adulterio & stupro lex loquitur nominatim. Et domum quoque interpretatur Papin. legem Iuliã accipere pro qualibet habitatione,quomodo etiam domum accipi in cap.2.l.Iul. quod fuit de iure præcipuo, quod pater habet occidendi adulterum & filiam,deprehensos domi suæ,vel domi generi, vbi etiam domus accipitur, pro qualibet habitatione, etiamsi non sit propria habitantis,*l.22.hoc tit.* Ac præterea eodem cap. l. Iul. eadem pœna plectitur, qui quæstum fecit ex adulterio vxoris suæ,vel qui pro comperto adulterio pretium accepit,vt liberaret deprehensum:siue maritus sit,siue alius,& cuiuscumque conditionis & dignitatis sit, immo & cuiuscumque sexus sit: nam in l.Iul. (*qui*) sic accipitur, *quæve*, vt in *l. 1. §. 1. de constit. pecun.* Ergo & mulier quæ domum præbuit, & quæ pro comperto stupro pretium accepit, tenetur. His additur in §.*vlt.l.10.* Senatusconsultũ quod pertinet ad l. Iul. quia pœna l. Iul. infames fœminæ non tenentur,vt quæ lenocinium fecerunt,aut faciunt, quæ ex edicto Prætoris notantur infamia: vel quæ operas suas in scena locauerunt artis ludicræ & saltandi cantandive causa:vel quæ palam corpore quæstum quæsiuerunt. Sed si vltro consulta opera, in fraudem l.Iul. ad euitandam pœnam adulterij, quæ erant matresfamil.lenocinium facere cœperint,aut in scenam prodire mercede conductæ,hoc casu ex Senatusconsulto adulterij accusari & damnari possunt, facto scilicet Tiberij temporibus:nam & Cornelius Tacit. scribit.2. annal.sub Tiberio grauibus decretis coërcitam fuisse libidinẽ fœminarum,& cautum, ne corpore quæstum facerent,quibus auus aut pater, aut maritus eques Romanus esset : atque ita ne hoc genere professo turpitudinis euitarent pœnam l.Iul.adulterio impositam.& Suet.in Tiberio, *fœminæ,* inquit, *famosæ ad euitandas legum pœnas, iure ac dignitate matronali, vt exoluerentur, lenocinium profiteri cœperant,eas omnes ne refugium in tali fraude cuiquam esset, exilio affecit.* Et huius Senatusconsulti pars est in *l.14.§.1. hoc tit.* dum ait, ex Senatusconsulto de ea re facto, si vir infamandæ vxoris suæ causa adulterum subiecerit,vt ipse deprehenderet, atque ita infamaret mulierem, & virum & mulierem adulterij crimine teneri:alias l.Iul.vt dixi,infames fœminas, etiam si nuptæ essent similibus personis, crimine adulterij accusari vel damnari non posse, quasi indignas censura eiusmodi, quæ matrumfamil. honestatem,& nomen amiserunt propter infamiam:Neque cum his pugnat lex *si vxor §.sed & in ea,h.tit.* quæ ait,etiam in vulgari vxore adulterium vindicari,quia non loquitur de infami muliere:non omnis mulier vulgaris, id est, quæ prostituit se in vulgarem libidinem est infamis. Loquitur ille §. cum vxorem vulgarem dicit de ea, quæ libidinis causa vulgo se præbet multis,contempto honore matrimonij, contempta religione matrimonij, quæ infamis non est, antequam deprehensa sit,vel iudicio publico damnata,

quæ propalam propudiosa est, & alit corpus corpore, etiamsi damnata nondum sit, quæ licentiam stupri professa est apud Ædiles more prisco, vt Cornel. Tacit. ait eod. loco, ipso iure infamis est, *l. 3. §. lege, de testibus*, *l. palam, de rit. nupt. solaque*, vt ait Ouidius, *famosam culpa professa facit*. Et hæc proprie meretrix dicitur, quod mereatur capturam, non etiam illa, quæ sine pretio facilis & prona ad libidinem est, nec dum deprehensa vel damnata, quæ nec matrisfam. nomen amittit. Et perperam Glossa hoc loco metu *d. l. si. vxor, adulterij*, interpretatur *stupri*, quum sit proprie accipiendum adulterium: non ergo adulterij dicendum, id est, stupri.

Ad l. 8. & 10. ad Senatusc. Turpill.

Abolitio aut publice fit ob diem insignem aut publicam gratulationem: Aut priuatim actore postulante: Tertio genere fit ex lege abolitio, accusatore mortuo, vel ex iusta causa impedito, quo minus accusare possit, abolitione autem facta non retractabitur in iudicio repetendo, de mariti iure, Triginta dies repetendi rei Diuus Traianus vtiles esse interpretatus est: ex die scil. quo feriæ finitæ sunt. Et Senatus censuit eos dies cedere quibus quisque reum suum repetere possit. Hoc autem repetendi rei tempus non aliter cedit, quam si accusator quoque potuit adire.

Certum est, in pœnam S.C. Turpil. incidere eum, qui aliter, quam abolitione facta desistit ab accusatione adulterij, *l. 1. §. accusationem, h. t.* quia prodidit l. Iuliam: & puniri quasi tergiuersatorem, vel quasi calumniatorem, nisi si vt in specie *l. 11. inf. h. t.* post rei postulationem præscriptione legitimi temporis exclusus, causam adulterij perferre non potuerit. Quam sententiam Papin. in *l. 11.* glossæ non assequuntur. Reus postulatur, priusquam causa perferatur, postulatur reus, cum siue in iudicio, siue extra iudicium postulatur inter reos recipi, *l. vim §. in matrimonio, ad l. Iul. de adul.* Et hoc quidem postulatur vel dato iudici libello accusationis, vel querela apud acta deposita, *l. 8. C. de accusat.* Postea vero causa perfertur lite contestata, lite & cognitione suscepta, & mox eo, cuius nomen delatum est recepto inter reos. nunc post rei postulationem, si accusator, quo minus causam adulterij perferat, impediatur obiecta præscriptione temporis, quod tardius venerit ad accusationem, vel præscriptione sex mensium vtilium, vel præscriptione 60. dierum vtilium, vel præscriptione quinquennij continui, quæ præscriptiones leg. Iulia comparatæ sunt aduersus accusationem adulterij, atq; ita submotus præscriptione, si destiterit, sane non incidit in pœnam S.C. Turpill. vel l. Petroniæ, quæ ead. de re fuit, & calumnia eius non punitur, vt ait l. 11. eius calumniam non puniri lege Remmia scilicet: nam alias, qui desistit ab accusatione adulterij sine abolitione, non tãtum incidit in pœnam S.C. Turpill. & l. Petroniæ, sed etiam vt calumniator l. Remmia puniri potest, vt hæc l. 11. ostendit, & Plinius *6. epist.* dum refert Imperatorem denuntiasse, se de calumnia accusatoris cogniturum, nisi causam peregerit & pertulerit. At excusatur is, qui obiecta sibi præscriptione temporis à causa adulterij perferenda submotus est. Et ita est accipienda l. 11. Alias, qui sine abolitione desistit ab accusatione adulterij, puniri potest, vel vt tergiuersator S.C. Turpill. & l. Petronia, vel vt calumniator l. Remmia, non tantum, si causam adulterij perlatam deserat post litem contestatam, sed etiam si ante litem contest. desistat post dationem libelli accusatorij, & delationem & postulationem rei, *l. pen. h. t. l. 7. C. qui accus. non poss.* Ac præterea ex ead. lege, damnato l. Petronia vel l. Remmia, ius accusandi non superest, *l. 2. §. 1. l. 40. in fin. sup. ad l. Iul. de adult. l. abolitionem, C. eod. tit.* Qua de causa propter hæc omnia, sc. quæ retuli *lib. de adult.* Papin. proposuit tria genera abolitionum, quorum nullo fretus accusator, si deseruerit institutam accusationem, incidit in pœnam S.C. Turpill. & l. Petroniæ, vel l. Remmiæ. Alia est abolitio publica & indulgentia generalis, quæ fit ex S.C. pro re nata facto, vt in *l. 12. h. tit. l. 2. sup. de cust. reor.* ob diem aliquem insignem, inquit l. 8. forte die natali, siue conditæ vrbis, vel memoria victoriæ præclaræ cuiusdam, quæ celebrari solebat quotannis certo die, ea re insignito, vel ob publicam gratulationem factam in honorem Principis, forte principe aucto liberis, vt in *l. 1. Cod. Theod. de indulg. crimin.* Constantino aucto Crispo & Helena conceditur generalis abolitio & criminum indulgentia, vel etiam ob rem prospere gestam aduersus hostes, extra ordinem indictis feriis, indicta publica lætitia, & carcere vinculisque absolutis reis minorum criminum: nam maiorum non soluuntur ob publicam hilaritatem, vel abolitionem. Alia est abolitio priuata, quæ conceditur postulanti accusatori à magistratu, apud quem agit, & nihil aliud est, quam venia omissæ accusationis, inconsulto, temere susceptæ: & dari solet à magistratu redditis causis, cur eam omittere velit, causa cognita pro tribunali vtraque parte præsente, nec magistratus hanc cognitionem alij mandare potest, *l. 1. §. abolitio, h. tit.* Quia specialiter ei S.C. data est, *l. 15. in fin. de iure fisci*, quod magistratui lex vel Senatus dat specialiter, id non potest alij mandare: quoniam iure suo ei non competit, sed iure legis. Reddendas esse causas abolendæ accusationis etiam Plinius indicat *7. epist.* & lib. *6. Bithyni*, inquit, *accusationem Varennij & temere inchoatam omisisse narrantur; legatus causas abolitæ accusationis exposuit.* & lib. *6. à parte*, inquit, *heredum intrauerunt duo, omnino postulauerunt, vt omnes heredes agere cogerentur, aut sibi quoque desistere permitteretur. Cæsar ex consilij sententia iussit denuntiari heredibus, vt aut agerent, aut singuli approbarent causas non agendi, alioqui se de eorum calumnia pronuntiaturum.* Tertium genus abolitionis fit ex l. Iulia de vi, puta accusatore mortuo, vel ex iusta causa impedito, quo minus causam perferre possit, forte ratione ciuilium officiorum, vt in *l. 15. §. pen. h. tit.* & ob eam rem abolito nomine rei, vt *l. 3. §. vlt. sup. de accus.* Et vt breuiter perstringam differentiam, quæ est inter ea genera abolitionum: Prima fit ex S.C. vel placito Principis. Secunda fit ex decreto iudicis. Tertia fit ex l. Iul. Rursus, prima fit nemine postulante ob publicam lætitiam, quam indicit Senatus vel princeps, secunda fit postulante accusatore, tertia postulante reo. At cuiuscunque generis sit abolitio, post eam idem reus repeti potest, id est, iterato potest reus fieri. Nam publica abolitio primum, quæ fit ex S.C. vel placito Principis, suspendit & differt crimen, non etiam soluit: nam vt ostendit *l. 10.* ex die, quo feriæ finitæ sunt intra 30. dies, ab alio vel ab eodem reus repeti potest, non post 30. dies, vt & Paul. scripsit *5 Sent. tit. de abolit.* eos dies 30. vt ait l. 10. Traianus Imperator interpretatus est esse vtiles & iudiciarios dies, non continuos dies, id est, vt Senatus censuit, in numerum dierum 30. eos tantum dies cedere, quibus accusator non impeditur iudicem adire, & quibus reus iterato accusari potest, id est, quibus reus secum agendi potestatem facit. Qua ratione in *l. 15. §. vlt. h. tit.* dicitur, quod si post abolitionem antequam reus repeteretur intra dies 30. vtiles, alia abolitio superuenerit, dies 30. computantur, non ex superiore, sed ex posteriore abolitione, quia vtiles sunt dies, & non continui. Et hoc de publica abolitione. Ac similiter abolitione facta ex l. Iul. reus repeti potest ab alio intra 30. dies vtiles, *d. l. 3. §. vlt. de accusat.* Idemque erit concessa priuata abolitione: nam & reus repeti poterit, & id quidem quandoque vel ab alio, & permissu principis etiam ab eodem, vt in *l. 1. C. de abolit.* quod inferius latius explicabitur. Verum ex iis prius generaliter

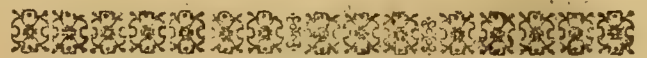
constituamus, huiusmodi abolitiones esse temporarias non perpetuas, & crimen suspendere non perimere, crimen diluere non absoluere. Et ita Suet. refert, D. Augustum diuturnorum reorum (& ex quorum sordibus nihil aliud quam voluptas inimicis quæreretur) nomina aboleuisse: an in perpetuum? minime, sed conditione proposita, vt si quis reum repetere vellet, parem pœnam & par periculum subiret. Et simili modo Domitianum reos, qui ante quinquennium apud ærarium pependissent, vniuersos discrimine liberasse facta abolitione: an in perpetuum? minime, quia intra annum eosdem repeti permisit ea conditione, vt accusatori, qui causam non teneret, exilium pœna esset. Domitianus idem effecit, quod Augustus, & loquitur illo loco Suetonius de diuturnis reis, quique diu in reatu manserant, ærario nexi B pecuniæ nomine, vel quorum bona eo nomine, nullo pro iis intercedente, vt idem ait in Claudio, in vacuum, id est, tanquam vacantia; venum exposita pendebant sub edicto præfectorum ærarij ex l. prædiatoria, inquit, quæ scripta est scil. de prædiatoribus, id est, de iis quorum prædia ærario tenentur. Nam in glossis Philoxeni prædiator est, qui nexus est ob æs debitum ærario publico, cum suis bonis, quod valde facit ad inscriptionem *l. res, de iur. dot.* quæ est ex *tit. de prædiatoribus*, & illo loco Suetonij in Claudio. Illa verba *in vacuum* sic interpretor, *quasi vacantia bona reorum*, quæ in publico venalia suspenduntur fisci nomine, non vt Alciatus in parergis, *in vacuum*, id est, frustra, vt Græci, inquit, exprimunt & perperam, quia Græci nostrum frustra nunquam ita exprimunt. Dicunt enim διακενῆς vno verbo C non εἰς κενόν. Quod autem diximus de abolitione, quæ fit ex Senatusconsulto, vel ex l. Iul. vt post eam reus repeti possit intra certa tempora, idem etiam obtinet in abolitione priuata data accusatori ex edicto præsidis. Nam & hoc casu quandoque reus ab alio repeti potest, *l. 2. §. vlt. sup. de accusation.* Atque etiam ab eodem permissu Principis, *l. 1. C. de abolit.* non sine speciali permissu Principis, *l. 4. §. 1. hoc tit.* Ex his apparet longe aliud esse abolitionem aliud absolutionem reorum: absolutio securitatem & liberationem plenissimam præstat, non abolitio illa. Absolutio, inquam, liberationem plenissimam & perpetuam præstat exceptis tribus casibus: si probatur causam vere peroratam non fuisse, id est, præuaricatum priorem accusatorem fuisse, vel si probetur iudicem corruptum pecunia reum absoluisse, vel si posterior accusator suum dolorem, suam iniuriam exequatur, *l. 3. de D præuar. l. 7. §. 1. de accusat. l. 3. §. vlt. sup. ad l. Iul. de adult.* Non est omittendum, quod additur in hac *l. 10.* postquam iure mariti quis adulterum vel adulteram accusauit adulterij, existente publica abolitione, & finitis feriis marito repetente reum, vel ream intra 30. dies eod. iure eum eamve repeti, id est, iure mariti, vt *l. 7. hoc tit.* Nec repetito iudicio & crimine retractari, aut reuocari in dubium ius priuilegiumque mariti, quo initio prælatus est cæteris omnibus, tametsi interea 60. dies marito dati ad consultandum præterierint. Et hoc si reum adulterij repetere velit. Nam inuitus repetere, non cogitur reum, qui exemptus est ex reis interuenien- E te publica abolitione, *l. 12. hoc tit.* Nec post abolitionem prohibetur etiam vxorem, quam fecerat ream adulterij, à se dimissam domum reducere, *l. generali §. 1. de rit. nupt.* Nec quod dico, inuitum non repetere reum, ei quidquam obstat *l. pen. h. tit.* quamuis dicat etiam eum teneri Senatusc. Turpill. qui post abolitionem reum non repetit. Cogitur ergo repetere, vt videtur. Sed non ita est, quoniam *l. pen.* de eo tantum loquitur, qui reum postulauerat, non etiam litem contestatus fuerat, impletis solemnibus accusationis, & causa perlata, qui etiamsi interueniat publica abolitio, tenetur Senatus. Tupil. nisi persequatur crimen, & peragat reum, quia abolitio

A publica pertinet tantum ad ea crimina, quæ perlata sunt, non ad ea quorum accusatio nondum perlata, & cognitio suscepta est, *l. 2. C. de gener. abol.* Et ita est accipienda *d. l. pen.*

Ad l. 4. de bonis damnatorum.

Et omnes omnino maritus saluas actiones habet contra fiscum.

Dote caduca facta, siue publicata ob delictum mulieris ait, marito aduersus fiscum seruari omnes actiones: publicari enim dotem, cum sua causa: & ideo easdem petitiones, easdem exceptiones & retentiones ex dote marito competunt aduersus fiscum, fisco vindicante dotem, quæ competeret mulieri, vel heredi eius diuortio facto repetenti dotem, *l. si post, l. si maritus, sup. sol. matrim.* Nam & fiscus vicem heredis obtinet, *l. 2. C. ad l. Iul. de vi.* Dos caduca fit ex quinque legibus tantum publicorum iudiciorum, siue publicatur, *l. Iulia maiestatis, l. Iulia vis publ. & l. Pompeia, de parricidiis, l. Cornelia de veneficiis, l. Cornel. de sicar. l. . h. tit.* secundum quam est explicanda *l. si coniungente §. vlt. sol. matrim.* Et in ea *l. 3. h. tit.* maxime obseruandum est, Vlpianum l. Corneliam de sicariis & veneficiis diuidere in duas, quoniam quinque numerat ll. & non erant nisi quatuor: nisi l. Corneliam diuiseris in duas, vnam de sicariis scilicet feceris, alteram de veneficiis, quibus locis vsu esse possit optime scio. Lege autem Iulia de adult. sicut nec vlla alia lege dos caduca non fit, nec marito cedit, nisi pro parte sexta, vt Vlpianus scripsit, *lib. singul. reg. tit. de dotib.* & indicat *l. cum mulieri, sol. matri. l. miles §. socer, ad l. Iul. de adult.* Et ita est accipiendum, quod Horatius ait, *doti metuere deprehensam*, quia iure veteri parti dotis tantum metuit, hodie etiam secundum ius quo vtimur, & metuit vniuersæ doti, *l. vlt. C. ad l. Iul. de adult.* & *cap. plerumque, de donat. inter vir. & vxo.*



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI in librum singularem Pap. de Adulteriis.

Ad l. 11. ad l. Iul. de adult.

Miles, qui cum adultero vxoris suæ pactus est, solui sacramento deportarique debet.



Certum est l. Iul. de adulter. teneri, vt alium quemlibet, ita maritum, qui pro comperto adulterio pretium accepit, vel qui pactus est quocunque pretio, quod post sibi daretur, vt adulterum dimitteret, forte pacto subiecta stipulatione, *l. 7. & 8. de eo quod met. causa, l. mariti § plectitur, h. t.* Is autem tenetur lenocinij pœna, quæ eadem est atque adulterij. Dices, imo tenetur longe grauiore pœna, quoniam Papinianus ait, hoc loco militem, qui id fecerit, qui cum adultero vxoris suæ deprehenso pactus fuerit, exauctorari, hoc est, sacramento solui. & quidem cum ignominia, vt in *l. 3. §. miles, de iis, qui not. inf.* Et præterea deportari in insulam, quod est pati mediam capitis deminutionem, quam l. Iul. vulgo neque patiebantur adulteri, neque lenones, sed relegationem, quæ non est capitis deminu-

tio, aut ademptionem tertiæ partis bonorum. Verum plerumque omne crimen exasperatur in militem, *l.7.in fi.ad l.Iul.maiest.l.quidam inf.de poen.* Et ita ex causa huius criminis, etiam grauius miles plectitur, quam paganus. Et hoc loco pactum cum adultero militem accipio certo pretio, vt in edicto prætoris, *de his qui not.inf.* si quis furti pactus sit, non gratuito sed certo pretio accepto à fure, *l.furti §.pactus, de his, qui not.inf.* Male enim Accurs. statuit hoc loco, eandem esse pœnam eius, qui adulterum gratia dimisit, manifesto contra verba legis *mariti §.plectitur, h.tit.* quæ ait, ad legem Iuliam non pertinere, id est, l. Iulia non coerceri eum, qui gratis dimisit deprehensum adulterum, siue maritus sit, siue alius, quia lenocinium l.Iul. coercet, & leno non est, nisi qui pretium accipit pro comperto stupro siue adulterio, vel qui pretium turpiter paciscitur, non qui deprehensi commiseretur, eumque dimittit illæsum, non qui negat se, cum eo velle agere, qui vltro hoc negat, *l.si maritus §. si negauerint, hoc tit.* Non qui contemnit suum matrimonium, quique contaminatione non indignatur, *l.2.§.lenocinij, h.tit.* Quid enim vetat, quem deprehenderis, gratuito dimittere? nulla lex vetat: cuique misericordi esse licet. Igitur vltro gratis adulter impune dimittitur. Nec obstat quod dicitur, nec gratuito licere pacisci de adulteriis, *l.transigere, C.de transact.l.de crimine, C.ad leg.Iul. de adult.* non licere, inquam, transigere vel pacisci. Inter quæ duo hoc interest, quod transactio nulla est gratuita: pactum potest esse gratuitum. Verum, quod dicitur, de præuaricatore tantum dicitur, vt indicat *d.l.de crimine*, id est, de eo, qui prodit institutam accusationem ex compacto, & colludio habito cum aduersario; non etiam de eo, qui non vult adulterum accusare, sed vltro & gratis dimittit aut dissimulat iniuriam suam, nulla habita pactione cum alio, sed vltro & sua sponte.

Ad §. militem, qui sororis filiam.

Militem, qui sororis filiam in contubernio habuit, licet non in matrimonium, adulterij pœna teneri rectius dicitur. Ea quæ inter reas adulterij recepta esset, absens defendi non potest.

Locus hic est singularis, & interpretatione dignus. Ait, *auunculum militem, qui sororis filiam in contubernio habuit*, stupro scilicet sibi cognitam, vt idem ait in *l. 14.de his, quæ vt indignis*, sicut Latini solent accipere cognitam, & *cognoscere*, vt memini me legere apud Hermogenem notantem hunc locum ex Menandro, *cognouit me. Auunculum igitur militem, qui sororis filiam habuit in contubernio, non in matrimonio teneri pœna adulterij*, id est, stupri & incesti: vel vt Tullius in Miloniana, *stupri incesti*: quia videlicet non videtur errasse in iure ciuili, quod vetat coniungi auunculum cum sororis filia. Permittitur quidem militi ius ciuile ignorare, sed non videtur id ignorasse in hac specie, qui sororis filiã clam habuit in contubernio. Nam quod eam habuit clam, arguit conscientiam eius, aliter quam si habuisset eam palam in matrimonio. Vnde & palam pleraque licent, quæ clam non licerent. Palam licet ambire magistratum, non clam. Seneca 5. epist. *Senatusconsultis plebisque scitis sæua exercentur & publice iubentur, vt in arena.* Sequitur, *vetita priuatim quædam commissa capite lueret, tunc quia palam fecere, laudamus.* auunculus non habuit sororis filiam in matrimonio, nõ habuit etiam in concubinatu. Quæ est species & imitatio matrimonij, vt diximus sæpe, sed eam habuit in contubernio, vt ait hoc loco, & in *l.14* Hanc vulgo vocant focariam: non vxorem non concubinam, vt in *l.2.C.de donation. inter vir. & vxor.* Honestum est vxoris, & concubinæ nomen, focariæ non item, quæ sic appellatur, quod plerumque habeatur per causam speciemque culinæ; nam & μαγείρας

A & *μαγειρίσσας* Diuus Hieronym. interpretatur focarias, *1.Samuelis cap.8.* quas & Varro intellexit *2. de re rustica*, dum ait, *mulieres ad focum afferre ligna, & cibum coquere.* Quid autem est, quod ait Papinianus hoc loco, auunculum eam habuisse in contubernio, licet non in matrimonio, & licet non habuerit in matrimonio, sed in contubernio, tamen puniri. Quid hic facit illud, *licet*, an grauius est habere in matrimonio? non vtique. Imo nonnunquam excusatur, qui cognatam in matrimonio habuit propalam, *l.vlt.de rit.nupt.* quia nemo videtur tam impudens & audax, vt quam non potest habere in matrimonium, habeat palam sine errore aliquo, vel facti vel iuris ciuilis: & qui errat, non contemnit ius. Proinde maius est delictum eius, qui clam habet in coitu aliquã,
B quam qui palam in matrimonio; quoniam hic errore duci præsumitur. Existimo omnino scribendum esse hoc loco, non *licet*, sed *scilicet matrimonio*: quia si palam sororis filiam in matrimonio, puta per errorem iuris ciuilis, vel per errorem facti habuit, sane miles excusatur, *l.38.h.tit.* Quo loco ait, *incesti crimen aliquando & in maribus, vt in militibus scilicet, vel minoribus xxv. annis, quibus ius ciuile ignorare permissum est, tractari humanius quam adulterij, si modo*, inquit, *incestum per matrimonium illicitum contractum sit.* Et ponit etiam exemplum in sororis filia, quoniam, qui ita contrahunt, non nisi errantes in iure id facere videntur: nemo præsumitur esse adeo stultus: & loquitur *d.l.38.§.1.* de incesto iuris tantum. Aliud est incestum iuris naturalis, siue iuris gen-
C tium, quod contrahitur inter parentes & liberos in infinitum, & inter nouercam & priuignum, inter vitricũ & priuignam, inter socerum & nurum, inter socrum & generum, qui nunquam non inter se habentur naturalium parentum & liberorum loco. Incestum autem iuris ciuilis contrahitur cum iis, qui ex transuerso nobis coniuncti sunt, *l.vlt.de rit.nupt.* Vnde in sororis filiam incestum committitur iure ciuili, non iure gentium. Id palam ostendit *d.l.38.* quæ loquitur initio de incesto iuris gentium, in §.1. de incesto iure ciuili, non de incesto iure naturali, siue iure gentium. Neminem enim excusat iuris naturalis ignorantia, *l.2.C.de in ius voc.* Non excusat mulierem, non ætate minorem, non militem. Et ideo nullus excusatur ab incesto iuris gentium. Non loqui-
D tur etiam ea l. de adulterio: nam & ab adulterij crimine nemo excusatur: neque ætas, neque sexus, neque conditio, aut professio, quenquam excusat à crimine adulterij, quia iure naturali probrum est, *l.probrum, de verb. sig.* & natura turpe. Lactant. in Epitome Instit. *corrumpere alienum matrimonium etiam communi iure gentium damnatur*, id est, iure gentium probrum est; dicitur enim probrum à prohibendo in eadem *l.38.h.t.* Ait, quod & superiora confirmant, incestum, quod per illicitam matrimonij coniunctionem admittitur, excusari solere, si error iuris, vel error facti allegetur, & si nondum quisquam reum postularit, id est, vt Vlpianus ait, apud L. Rufinum *eod.lib.sing.de adulter.* si nondum reus fuerit præuentus à delatore, si nemo eum postularit, & alleget errorem iuris vel facti, excusari solet, vel sexu, vel æta-
E te, vel etiam militia, vel vt ait puniendi correctione, quæ bona fide interueniat puniendi, id est, hominis incesti, siue eius, qui incestum admisit correctione, quæ bona fide interueniat, vt puta, si errore cognito bona fide corrigat factum, & abstineat huiusmodi coniunctione toto animo, quod est bona fide non simulata. Quod & hoc ipso libro scribit Papin. apud L. Rufinum, nempe ei, qui sororis filiam per errorem duxerit vxorem (& loquitur de errore facti, quum ignorauit eam fuisse sororis filiã) antequam præueniretur à delatore, si bona fide, si serio ea coniunctione abstinuerit, pœnam remitti: quia qui errore cognito, vt ait, dirimit coniunctionem, eius voluntatis fuisse creditur, vt si sciuisset, se in eo necessitudinis gradu positum, non fuisset tale matrimoniũ copula-

turus: pœnitentia & correctio est argumentum, contraxisse eum tale matrimonium inuitum: videtur inuitus fecisse, qui mox corrigit factum, vt Aristot. ait. 3. Ethic. Et hic probat se noluisse, qui corrigit factum pœnitentia actus. Quod etiam confirmat *l. 3. C. de incest. nupt.* & vsque adeo etiam verum hoc est in errore facti, vt & is error excuset ab incesto iuris gentium, si modo errore comperto, antequam reus postuletur, statim se eo matrimonio abstinuerit, diuortio facto bona fide citra dissimulationem, vt in *d.l. 38. §. idem Imperatores.* dum ait post diuortium, quod cum nouerca priuignus bona fide fecit, cum qua fuerat & fecerat contra ius gentium. Igitur quia correxit factum errore comperto, non admittendam accusationem incesti.

Addam his tantum quod est in §. *ea quæ.* ex hoc loco liquido constat, lege Iulia crimen adulterii non fuisse capitale. Id fecerunt capitale nouissimæ constitutiones Theodosiani & Iustiniani Codicis: nam ius vetus nunquam fecit capitale: dum ait, *eam quæ inter reos adulterij recepta est, absentem defendi non posse*, quia vt defendi absens possitis, qui semel inter reos receptus est, quod non fit nisi post litem contestatam, tamen hoc tantum admissum est in capitalib. criminibus, *l. seruum §. publice, de procurat. l. 3. C. de accusat.* Hoc non admittitur in crimine adulterii, ergo non est capitale, alioqui admitteretur defensio absentis recepti inter reos. Et quod ait Accurs. hoc loco etiam absentem inter reos recipi posse, non est verum indistincte & generaliter, sed ita demum, si post litem inchoatam & contestatam abesse cœpit, *l. adulteram*, *C. de adult.* quia & absens damnari potest, *l. inter, de pub. iudic.* si damnari, & inter reos recipi: is autem qui litem contestatus non est, neque inter reos recipi absens, neque condemnari potest, *l. absentem, de pœn.* sed adnotatur requirendus, vel vt aliter loquimur, fit requirendus in *tit. de requir. reis.*

Ad §. socer cum nurum, &c.

Socer, cum nurum adulterij accusaturum se libellis præsidi datis, testatus fuisset, maluit accusatione desistere, & lucrum ex dote magis petere. Quæritur an huiusmodi commentum eius admitti existimes? Respondit, turpissimo exemplo is, qui nurum suam accusare instituisset, postea desistere maluit, contentus lucrum ex dote retinere, tanquam culpa mulieris dirempto matrimonio. Quare non inique repelletur, qui commodum dotis, vindictæ domus suæ præponere non erubuit.

IN hoc §. hæc proponitur species: Facto diuortio inter filium & nurum culpa nurus, socer nurum libellis præsidi prouinciæ datis se accusaturum adulterii testatus & minatus est, vt in *l. 5. inf. ad Senatusc. Turpillian.* Proponitur quidam libello principi dato, falsum se obiecturum minatus esse, ab hac comminatione impune desistere licet, *l. 5.* à datione libelli accusatorii non comminatorii, qui & libellus inscriptionis dicitur & delationis & accusationis, vel à denuntiatione criminis facta reo, non licet impune desistere sine abolitione, *l. vim §. duos h. t.* quia in desistentem est constituta pœna, quasi in tergiuersatorem lege Petronia & Senatusc. Turpill. etiamsi litem contestatus non fuerit, *l. pen. inf. ad Senatusc. Turpill. l. 7. C. qui accus. non pos.* Is vero socer post supradictam comminationem ab accusatione nurus destitit, id est, ab accusandi proposito, & maluit ex dote lucrum persequi, quasi culpa nurus dirempto matrimonio. Donatus in eum locum Virgilii, *& hoc prætexit nomine culpam, verbo.* inquit, *iuris, vsus est.* Sic enim definitum est, culpam mulieris esse, quum pudoris causa peccauerit. Socer igitur mutata sententia & omissa accusatione adulterii criminali, quasi culpa mulieris dirempto matrimonio, id est, propter adulterium mu-

A lieris, maluit lucrum ex dote persequi, videl. ciuili actione, quæ dicebatur actio de moribus, & ob culpam grauiorem, siue mores grauiores, id est, ob adulterium, quod dissidio causam dedisset, competebat ei actio in sextam partem dotis: hodie tota dos amittitur atque etiam hypobolon: ob alios autem mores mulieris, qui collati cum adulterio dicuntur leuiores, actio de moribus competebat in octauam partem dotis, auctore Vlp. *lib. sing. reg.* Et de hac actione de moribus sunt hæ leges, *l. 1. sup. de pact. dotal. l. rei iudicatæ §. 1. l. cum mulier, & l. viro, sol. matr. l. vlt. C. de repud. l. 1. C. Theod. de dotibus, l. 1. C. Theo. Victum ciuiliter, criminaliter agere posse.* Quæritur autem, an eiusmodi soceri commentum, id est, solertia, siue vt hic Græci interpretantur, sophisma, qui
B omissa instituta accusatione adulterij mauult lucrũ dotis persequi, an admitti debeat? Et eleganter respondet Papin. turpissimo exemplo eum desistere à priori proposito, ob lucrum dotis, quod magis captat, quia scil. vindictæ domus suæ pecunias siue lucrum dotis præferre non erubescit, quod est turpe & sordidum, omnis scil. αἰσχροκερδία, est turpitudo, *l. 2. de senator.* senatu motus propter turpitudinem id est, αἰσχροκερδίαν, puta damnatus iudicio publ. repetundarum. Nam eadem est huius l. 2. sententia, quæ *l. 15. sup. de testib.* Et sic M. Tullius 1. ad Attic. *si causam absolutionis quæris*, inquit, *egestas iudicum fuit & turpitudo*, id est δωροδοκία & αἰσχροκερδία Est autem huic simile argumentum, quo vtitur idem Papinianus in *l. Iulianus, sup. si quis omissa causa testam.* dum ait, *non carere dolo eum, aut non esse ferendum qui honore proprio omisso propter compendium, alie-*
C *nam institutionem mauult.* Nam & ita non est ferendus socer, qui honore proprio omisso, quem initio vlcisci recte instituerat, mauult sequi lucrum dotis: non potuit socer vtroque iudicio experiri, puta, iudicio ciuili de moribus & iudicio criminali ex l. Iul. sed alterutro tantum, vt est proditum in *d. l. 1. C. Theod. victum ciuiliter, &c.* Ratio hæc est, quia etsi iudicium de morib. pecuniam persequatur, id est, partem dotis, tamen & vindictam persequitur, perinde atque iudicium criminale, quod præcipue solam vindictam exequitur, & vnius criminis duæ vindictæ, duo supplicia esse non debent. Qua ratione nec de iniuriis licet experiri ciuiliter & criminaliter, sed alterutro duntaxat modo, *l. 6. de iniur.* quia & ciuilis iniuriarum actio vindictæ magis, quam pecuniæ persequutionem habet, *l. 2. §. emancipato, de coll.*
D *bonor.* Et ita non potuit socer vtroque iudicio experiri, & electo criminali, non potest variare & transire ad ciuile, ductus lucri auiditate, turpi exemplo.

Ad §. adulterii reum.

Adulterij reum intra quinque annos continuos à die criminis admissi, defuncta quoque muliere, postulari posse palam est.

REgulariter crimina finiuntur vicennio continuo, vt crimen homicidii, crimen falsi, & alia innumera, quę nisi instituãtur intra 20. annos, quo iure vtimur,
E reus est securus, *l. querela, C. ad l. Corn. de fals.* At crimen adulterii breuiore tempore finitur, nempe quinquennio continuo, quod vt vicennium in aliis criminibus numeratur à die commissi criminis, *l. 5. C. eod. ti.* Et intra illud quidem quinquennium 60. dies vtiles dantur marito & patri, intra quos si veniant ad accusationem adulterii, vel reum vel ream accusaturi, præferuntur cæteris omnibus, qui ad eandem accusationem iure pub. venire volent. Post dies autem 60. extraneis marito quoque patriue, vt extraneis iure communi & publico, non præcipuo, aut priuilegiario, dantur alii quatuor menses vtiles accusandæ adulteræ, scilicet numerandi tam marito & patri etiam agentibus intra 60. dies,

vel intra alios 4. menses, quam etiam extraneis: numerandi, inquam, à die diuortio soluti matrimonii, quod mulier contaminasse dicitur, si post alii nupserit, vel à die commissi criminis, si vidua permanserit, *l. 29. §. sex mensium, & §. seq. h. tit.* & ita scilicet vt illi sex menses vtiles non excedant quinquennium continuum à die commissi criminis, vt tamen si ita res ferat, finiantur illi sex menses vtiles etiam intra quinquennium, videlicet, vt dixi, quum de adultera accusanda agitur: nam adultero accusando à die commissi criminis, semper totum quinquennium continuum delatori siue accusatori cedit. Et in hac re l. Iulia fauet magis adulteræ, vt imbecilliori, quam adultero: nam adulter non nisi quinquinnio cópleto securus est: adultera etiam ante quinquennium completum liberari potest, videlicet si sex menses vtiles intra illud quinquennium præterierint, *l. 1. §. accusatione, infr. ad Turpil.* Et Papin. ait hoc loco, adulterum accusari posse intra quinquennium continuum à die commissi criminis, etiam defuncta muliere adultera, etiamsi mulier superstes non sit, vt in *l. vim §. in matrimonio, & l. vlt. inf. hoc tit.* Est quidem hoc crimen adulterii commune duorum, sed iudicium non est commune duorum: imo nec duorum esse potest, sed alius post alium reus fieri debet, prout delator elegerit, nisi mulier alii nupserit ante criminis denuntiationem. Hoc enim casu ab adultero accusator incipere debet, *l. 5. l. si maritus 2. §. vlt. l. mihi §. vlt. l. vim §. duos, h. tit. l. reos, C. eod. tit.* *ad consulantdum datos:* eos dies 60. etiam esse vtiles. Nam eos tantum computari, quib. adeundi præsidis & dandi libelli accusatorii accusator facultatem habuit, non eos dies, quibus præses aliis distentus occupationibus in publico sui copiam non fecit, vt in *l. 6. eo. tit. l. 1. §. dies, quando appell. sit* Potest tamen accusator, si copiam sui publice faciat præses, eum adire etiam die feriato, die non iudiciario, porrecto ei libello accusatorio de plano. Nec enim necesse est, eum adire pro tribunali die iudiciario, die sessionis præsidialis, ideoque sessionum dies, quas Græci vocant δικανικάς, quibus pro tribunali sessum iuit præses, non numerantur, vt in *l. 2. §. dies, ff. quis ordo in bon. poss.* Sed etiam alii dies numerantur, quibus præses sessum non iuit pro tribunali, si modo sui copiam publice fecerit, quia libellus etiam potest dari de plano, puta, stanti præsidi aut transeunti de plano; quod Modestino est χάμοθεν, in *l. 13. de excusat* quod illo loco non intellexit August. Aliud est pro tribunali aliquid expedire, aliud per libellum, quod fit etiam de plano, *l. 9. §. 1. sup. de offic. proconsul. l. 2. C. quemad testam. aper.* Quod si, vt subiicit, intra 60. dies vtiles maritus non instituerit accusationem adulterii iure suo, non prohibetur intra reliquos quatuor menses æque vtiles accusationem instituere aduersus mulierem, sed iure communi, iure publ. vt extraneus, non iure præcipuo post 60. dies. Nam in diuinationis causa, qui potior videbitur accusator, marito poterit anteferri, *d. l. 6. C. eod. tit.*

Ad §. quidam accusare volebat.

Quidam accusare volebat adulterij mulierem, & postulabat, ne sibi computarentur dies, quos in custodia fecisset, me hoc admittente extitit, qui mihi contradiceret, cuius opinionem an tu probes, rogo maturius mihi scribas. Respondit, opinionem tuam & verba legis & sententiam adiuuant, cui placuit vtiles dies accusatori computandos esse, id est, quibus potuit accusationis solemnia implere, sine dubio dies quibus quis in custodia fuit, extra computationem vtilium dierum existimanti tibi constitutos, contradici debuit. Sexaginta dies qui marito accusante vtiles computantur, feriatis quoque diebus, si modo facultatem præsidis adeundi accusator habuit, numerari certum est, quoniam de plano quoque libellus dari potest. Quod priuilegium si amisit, non prohibetur intra alios quatuor menses querelam suam apud iudicem deferre.

ADulteræ accusandæ iure communi sunt præscripti sex menses, quæritur, an in id temporis cedant dies, quos vt ait, qui accusatus erat adulterij, in custodia fecisset. Fac fecisse eum in custodia duos menses, an ii computantur in numerum sex mensium? Facere dies, aut menses ait eleganter, vt in *l. 14. de statulib.* annum in fuga fecerat. Iulianus antecessor constitutione 15. *Præses prouinciæ,* inquit, *postquam desierit esse præses, in ead. prouincia 50. dies fecerat:* Et in antiqua inscriptione: cum marito fecit menses 10. dies 15. Ad quæstionem vero propositam respondet Papin. eos dies accusaturo non computari, quos in custodia fecisset, quia sex menses l. Iul. præscripsit vtiles, non continuos: & vtiles ii sunt, quibus potuit solemnia accusationis implere, puta inscriptiones & satisdationes, vt in *l. 1. C. ad Turpill.* apud Ammianum Marcellinum lib. 14. *cum accusatore flagitaret, & solemnia,* &c. Quid vocat solemnia accusationis? libelli inscriptionem & satisdationem de lite exequenda, *d. l. 1* quæ quidem solemnia non potest implere, qui publica custodia coercetur. Ergo hi dies non computantur, quos egit in custodia. Et ostenditur in *§. prox.* 60. dies, qui dantur marito volenti accusare iure mariti, remotis aliis accusatoribus ad consultandum, vt Corn. Tac. de eo. crimine scribens 2. annal. 69. *dies viro*

Ad §. quærebatur, an iure mariti possit.

Quærebatur, an iure mariti possit accusare vir eam fœminam, quæ cum ei desponsata fuisset, alij in matrimonium à patre fuisset tradita? respondit, nouam rem instituere huiusmodi accusatorem existimo, qui adulterij crimen obiicere desiderat, propter hoc tantum, quod priori sibi desponsa puella, à patre in matrimonium alij fuerit tradita.

NOtandum est, sponsam ab sponso adulterii, siue stupri accusari posse iure mariti, iure præcipuo, vt præferatur omnibus, non quidem ex l. Iul. sed ex rescripto Seueri & Antonini, quia neque matrimonium qualecunque, neq; speciẽ matrimonii violare licet, *l. si vxor §. Diuus, & §. pen. hoc tit. l. 7. C. eod. tit.* Quod & ita recte Paulus interpretatus est *lib. singul. de adult.* apud L. Rufinum. Et hoc quidem ita se habet, si post sponsalia sponsa cum alio stupri consuetudinem habuerit, non si alii nupserit auctore patre, vt hic proponitur, quia, extra crimen, hoc est, si alii nubat, nec fidem sponso promissam præstet, & conueniri tantum potest pater qui eam priori desponderat actione ex sponsu in id quod interest, vel in pœnam, de qua conuenerit, si nuptię non sequerentur. Quod & veteres Latinos sequutos ex Neratio & Seruio Iurisconsultis A. Gellius lib. 4. refert, antequam Latini l. Iul. donarentur ciuitate Romana. Nam inter ciues Romanos, nec matrimonium, nec species matrimonii vinculo pœnæ adstringi poterat, *l. Titia, de verbor. obli.* Quod tamen non probat Nouel. Leonis Philosophi 18. quæ vult sponsalia posse obstringi vinculo pœnæ, & non sequutis nuptiis secundum fidem sponsaliorum, pœnæ conuentæ exactionem esse: vel si de pœna conuentum non sit, agi posse in id quod interest, quo iure vtimur hodie.

Ad §. defuncto marito adulterii rea.

Defuncto marito, adulterij rea mulier postulatur. Quæ propter impuberem filium vult dilationẽ ab accusatore impetrare, an debeat audiri? Respondi, non videtur mihi confugere mulier ad iustam defensionem, quæ ætatem filij prætendit ad eludendam legitimam accusationem. Nam non

vtique crimen adulterij, quod mulieri obiicitur infanti præiudicat, cum possit & illa adultera esse, & impubes defunctum patrem habuisse.

PRoponitur mulierem quandam, quæ defuncto marito relicto filio impubere postulabatur adulterii ab extraneo forte iure publico, desiderasse accusationem differri in tēpus pubertatis filii infantis, ne preiudicium interim fieret statui infantis, si forte ipsa damnaretur. an iustum est hoc desiderium mulieris? minime: quia quæstio adulterii simplex nō potest præiudicare infāti Potest enim & iustus esse filius & mater adultera. Nam vt dicebat Messalina Iulia huiusmodi mulieres non nisi naue plena vectorem ferunt, & recte ponit, maritū fuisse defunctum; nam viuo marito, viuo patre, non quæreretur, an differenda esset quæstio status pueri in tempus pubertatis, quia viuo patre nunquam differtur, sed post mortem tantum patris, si puero moueatur quæstio status. Recte etiam ponit mulierem fuisse adulterii postulatam, vt in *l. Titia, de Carbon. edic.* nec actum fuisse vlla alia de re; nam quod notandum quodque Accursius non intellexit, si cum esset quæstio de bonis paternis, de hereditate paterna, mulier missa fuerit in possessionem bonorum defuncti mariti ventris nomine, & dicatur partum ex adulterio concepisse, sane hoc casu differenda est accusatio adulterii, ne præiudicium fiat partui ex rescripto Adriani, *l. 18. de vent. in possess. mitt.* Male autem in Florentinis hoc loco ex vno § facti sunt duo, quandoquidem ita vno spiritu legendum est, *defuncto marito adulterij rea mulier postulatur, &c.*

Ad § volenti.

Volenti mihi ream adulterij postulare eam, quæ post commissum adulterium in eod. matrimonio perseuerauerit, contradictum est. Quæro, an iniuste responsum sit? Respondit, ignorare non debuisti, durante eo matrimonio, in quo adulterium dicitur esse commissum, non posse mulierem ream adulterij fieri, sed nec adulterum interim accusari posse.

IN hoc §. ostenditur, ante diuortium neque adulteram posse ream fieri adulterii commissi in matrimonio, quod nondum diremptum est, neque adulterum. Quod ita intelligendum est, vt non possit reus vel rea à marito fieri durante matrimonio, vt *l. 2. eod. tit.* Denique hic §. est accipiendus de marito accusatore, qui vult accusare adulterum vel adulteram, antequam dimiserit adulteram, quod non potest. Nam ab extraneo, etiam durante matrimonio, non quidem adultera, ne temere statim bene conueniens matrimonium turbetur, sed adulter reus fieri potest, *l. constante, l. vim §. 1. h. tit.* vbi hoc quemadmodum hodie accipiendum sit ex constitutionibus, satis explicui ad responsa. Nam ex constitutionib. hodie licet marito & patri, auo, & patruo, & auunculo, manente matrimonio, mulierem ex suspicione ream facere vt purget se, & doceat innocentiam suam id est, non tantum culpa, sed etiam suspicione vacare, siue suspicionis causa idonea, *l. quamuis, C. eod.*

Ad § licet ei mulier.

Licet ei mulier, qui in suspicionem adulterij incidit, nupsisse dicatur, non ante accusari poterit, quam adulter fuerit conuictus, alioquin ad hoc vel maxime viri confugient, volentes bene concordatum sequens matrimonium dirimere, vt dicant cum adultero mulierem nuptias contraxisse.

HVius §. sententia hæc est; mulier, quæ adulterii causa, à marito dimissa & repudiata est, si mox alii nupserit ante denuntiationem criminis, ne temere se-
A quens matrimonium bene conueniens dirimatur. (non potest mulier accusari adulterii, antequam adulter sit conuictus, quod multæ leges huius tituli ostendunt, vt *l. 2. & 5. & l. si maritus §. vlt. h. tit.*) Mulier ergo dimissa ob adulterium, si mox alii rite nupserit, non ante potest accusari, quam adulter conuictus & damnatus fuerit, etiamsi ei ipsi adultero mox iterum nupserit post libellum diuortii missum à priore marito ob causam violati matrimonii. Quod ita intelligendum est, etiamsi mox nupserit ipsi adultero, quem scil. maritus suspectum habet, nondum probauit esse adulterum, nondum conuicit, nondum damnauit, vt *l. 40. h. tit. inf.* Nam si conuictus sit adulter, matrimonium illud secundum quod coiit inter adulterum & adulteram distrahitur tanquam iniustum & illicitum, vt est nominatim proditum in B *l. Claudius, de his, quæ vt indign.* & probatur etiam cap. 51. concilii Treuirensis, quod corrupte quidam vocant Triburense. Et ita quoque generaliter definiuit Leo Pontif. Maxim. *cap. 5. ext. de eo, qui duxit in matrim. quam prius polluit per adult. nullus,* inquit, *ducat in matrimonium quam prius polluit adulterio.* Et D. August. lib. de nupt & concupiscentia, ad Valerium Comitem, *fieri,* inquit, *verum connubium non potest quod prius adulterium fuit.* Quæ verba Augustini apud Gratianum *Can. 31. quæst. 1.* & ex Grat. apud Lombard. 4. *Sent. dist. 35.* perperàm, imò pessime leguntur detracta negatione. Dico autem adultero condemnato, matrimonium distrahi protinus, quod cum adultera contraxit post solutum prius matrimonium, etiamsi ipsa indemnata fuerit, *d. l.* C *Claudius:* quod si & ipsa damnata fuerit, multo magis, quia nulli alii omnino cum adulterii damnata & probrosa fœmina connubium est, vt ostenditur §. *vlt. huius l. mariti §. 1. h. tit. l. 1. §. 1. de concub.* Nouissimi autem canones hoc ius, quod semper olim obtinuerat, in ecclesia strictius accipientes, non aliter ex hac causa volunt distrahi matrimonium, quod scilicet prius fuit adulterium, nisi si viuente priore coniuge in casum mortis eius, præmature pepigerint inter se de futuris nuptiis, quod non potest negari esse contra bonos mores iuris gentium, nedum iuris ciuilis, vel etiamsi in necem prioris coniugis vterque vel alter eorum conspirauit, vt è medio sublato viro, inter se coniungerentur, vel etiam nisi durante priore matrimonio inter se adulter & adul- D tera impudenter matrimonium contraxerint. His tribus duntaxat casibus censent matrimonium ex ea causa esse dirimendum, vt proditum est in 31. *quæst. 1. can. relatum & sequ. &c. 3. c. 5. c. 6. de eo, qui duxit in matrim. quam,* &c. Et valde notandum quod dicitur in *cap. 5.* matrimonium contractum inter adulterum & adulteram manente priore matrimonio, puta viuo priore coniuge, etiamsi post solutum prius matrimonium morte coniugis, in eo longo tempore perseuerauerint, puta, decem annis, vt ponit, vel etiam plures liberos ex ea coniunctione susceperint, non confirmari tale matrimonium. Denique non confirmari diuturnitate temporis, quo stetit post solutum prius matrimonium, ne- E que numero liberorum, quia multiplicitas prolis ita susceptę, magis eorum crimen exaggerat, & diuturnitas temporis crimen non minuit, sed auget. Quam rationem existimo locū habere in specie proposita in *l. qui in prouincia §. 1. de rit. nupt.* si sororis filia ignara iuris ciuilis, cum collocaretur ab auia sua, nupserit auunculo, & diu inter eos tale matrimonium steterit, & ex eo plures liberos susceperint, neq; in ea specie rescripto Marci & Commodi, quod proponitur in *d. l. qui in prouincia,* tale matrimonium confirmatur, quod imò re cognita statim dirimēdū est, vt in *l. 38. §. 1. hoc tit.* Dicitur crimen incesti iure ciuili commissi nonnunquā remitti, sed distrahi illicitam coniunctionem. Et paulo post, *incestas nuptias confirmari non solere,* ideoque illo rescripto confirmatur tantum status liberorum, id est, liberi à Principe moto

multis rationibus, non vnica: neque enim illegitimi temere faciendi sunt legitimi, moto, inquam, multis rationibus, ignorantia puellæ, diuturnitate temporis, quo fuerat in matrimonio illicito, & numero liberorum, à Principe, inquam, liberi fiunt legitimi, & vt parentibus iure legitimo heredes existere possunt. Matrimonium non confirmatur, ergo distrahitur.

Ad §. mulier cum absentem.

Mulier cum absentem virum audisset vita functum esse, alij se iunxit: mox maritus reuersus est. Quæro quid aduersus eam mulierem statuendum sit? Respondit, tam iuris quam facti quæstionem moueri. Nam si longo tempore transacto sine vllius stupri probatione falsis rumoribus inducta quasi soluta priore vinculo, legitimis nuptiis secundis iuncta est, quod verisimile est deceptam eam fuisse, nihil vindicta dignum videri potest. Quod si ficta mariti mors argumentum faciendis nuptiis probabitur præstitisse, cum hoc facto pudicitia laboret, vindicari debet pro admissi criminis qualitate. §. 1. Ream adulterij vxorem duxi, eam damnatam, mox repudiaui, quæro an causam dissidij præstitisse videor? Respondi, cum per legem Iuliam huiusmodi vxorem retinere prohibearis, non videri te causam dissidij præstitisse palam est. Quare ita ius tractabitur, quasi culpa mulieris facto diuortio.

IN §. *penult. huius l.* quæritur, quid sit statuendum, de ea muliere, quæ cum audisset absentem virum vita functum esse, alii nupsit, si prior vir fuerit reuersus, an tenetur lege Iulia? Et Papinianus ait, hanc quæstionem tam iuris esse quam facti, hoc est, hanc quæstionem facto implicitam esse, vt Iulianus loquitur in *l. cũ duobus, sup. pro soc.* vt Boetius 1. de differentiis Topicis, hypothesin esse quæstionem factis personis & aliis circumstantiis implicitam, vel vt loquitur Alphenus in *l. si ex plagis §. in cliuo, ad l. Aquil.* ius esse positum in facto, in causa. Nam in quæstione proposita, vt Papin. eleganter declarat, si longo tempore transacto, cuius definitio est in arbitrio iudicis, quo mulier expectauit virum absentem, sine vlla probri suspicione vixerit, & falso rumore decepta, quasi soluto priore matrimonio, alii nupserit bona fide, extra crimen est. Sed distrahenda secunda coniunctio est ex sententia Papiniani, vt opinor, & restituenda mulier priori reuerso marito. Quam sententiam & Leo Pontif. probat, cum prior maritus per captiuitatem abfuit, *Can. 1. 34. qu. vlt.* Leo autem Imperator etiam adulterii pœna eam, quamuis mens non peccauerit, teneri censuit, *No. 33.* vid. si antequam certum nuncium de morte viri acciperet, alii nupserit, etiamsi nimis credula bona fide nupserit diu expectato marito, quia debuit expectare certum nuncium. Aliter in *No. 22.* vt si vel quinquennio maritum expectauerit, secundæ nuptiæ consistant. & primæ solutæ intelligantur. Quam sententiam Iustin. vel potius Tribonianus quamuis eam nondum edidisset *N. 22.* & eam tantum parturiret, inseruit in *ff. l. 6. de diuort.* vt character orationis euidenter arguit. Et designauit etiam his verbis, *post constitutum tempus*, id est, post quinquennium in *l. 8. de capt.* Marito autem absente per militiam idem prope Iust constituit in *N. 117.* quod Leo imperator in marito absente per captiuitatem, derogata ad aliquid hac in re *l. vxor, C. de repud. & Nouel. 22.* Ante cõstitutiones principum receptum erat captiuitate mariti statim solui matrimonium, vt seruitute, *l. 1. de diuort. l. si ab hostibus, l. si quis, sol. matrim. l in bello §. in medio, de capt. & postlim. reu.* Nisi cum erat maritus patronus, captiuitate patroni eiusdemque mariti non soluebatur matrimonium, *l. eo iure §. vlt. de rit. nupt.* Et interueniente militia mariti, per bonam gratiam dissolui poterat matrimonium, quia tempus militiæ erat satis longum, *l. vlt. de donat. int. vir. & vxor.* Neque enim explebat quisquam stipendia; nec fiebat emeritus, nisi anno 20. hoc erat iustum militiæ tempus. Et iusta igitur causa propter longam absentiam, bona gratia dissoluendi matrimonij: per causam alterius absentiæ, nec iure veteri licebat temere & inculpate abire matrimonio, sed ex sententia Papiniani hoc loco proposita, mulier quæ falso rumore perlato post longum tempus de morte mariti alii nupsit, non tenetur l. Iulia, quia dolo caret. quæ vero dolo malo alii nupsit, ficta morte prioris mariti, proculdubio tenetur l. Iulia, pro qualitate criminis. Et ita ostendit Papin. quæstionem propositam in facti qualitate esse positam, nec tam de iure quæri, quam de facto.

Ad §. vlt. Ream adulterij.

SEquitur in hoc §. Eum qui duxit vxorem eam, quæ erat rea adulterii commissi in priori matrimonio, mortuo scilicet priori marito, & qui postea damnatam eam dimisit, eum non videri diuortii, siue dissidii causam præstitisse, quia nec per l. Iul. adulterij damnatam in priori matrimonio retinere potuit; ac proinde culpa mulieris potius diruptum matrimonium dicemus, & consequenter secundum ius, quod obtinuit tempore Papiniani auctore Vlpiano *lib. sing. regul.* & apud Boëtium auctore Gaio *lib. 2. Instit.* in singulos liberos si extent, hic secundus maritus sextas ex dote retinere potest, vsque ad mediam partem duntaxat dotis. Recte posui, mortuum fuisse priorem maritum, cum ille duxit ream adulterij. Nam viuo priore marito, nec rea adulterij ab alio vxor duci potest, *l. reas, de ritu nupt.* Quæ distinctio valde notanda est, alioqui hic §. pugnaret cum *d. l. reas.*

EX LIB. SINGVLARI ἀστυνομικοῦ extat tantum lex vnica tit. de via publica, & si quid in ea gestum esse dicatur.

Ædiles curules studeant, & quæ secundum ciuitates sunt viæ, vt vtique adæquentur. & effluxiones non noceant domibus, & pontem faciant vbicunque oportet. Studeant autẽ, vt proprij parietes, & aliorum aliquid, quæ circa domos ad viam publicam ducunt, non labilia sint: quatenus vt oportet emundent domini domorum & construant. Si autem non emundauerint, neque construxerint, mulctent eos quoad illabilia faciant. Curent autem, vt nullus effodiat vias, neque subruat, neque construat in viis aliquid. Si autem seruus quidem fuerit, ab obuiante fustigetur; si liber demonstretur ædilibus: ædiles autem damnificent secundum legem, & quod factum est dissoluant. Construat autem vias publicas vnusquisque secundum propriam domum: & aquæ ductus purget, qui sub dio sunt, id est, cœlo libero: & cõstruat ita, vt non prohibeatur vehiculum transire. Quicumque autem mercede habitant: si non construant domus ipsi construentes computent dispendium in mercedem. Studeant autem vt ante ergasteria nihil proiectum sit, vel propositum: præterquam si fullo vestimenta siccet: aut tecton trochos exterius ponat, ponant autem & hi, vt non prohibeant vehiculum ire. Non permittant autem rixari in viis, neque stercora proiicere, neque morticina, neque coria iacere. Translatum Pisis.

PRæter lib. de adult. Papinianus scripsit lib. singularem, ex quo est hæc *l. vnica, de via publica, &c.* quem appellauit ἀστυνομικόν, & fuit de curatoribus viarum publicarum, siue vt Varro loquitur, de Viocuris, quos Græci ἀστυνόμους vocant, posteriores dixere patres ciuitatum, vt Vlpianus scribit in orationem Demosthenis contra Timocratem. De his sæpe fit mentio in *Nouell. & in*

& in C. multos colllegi locos in *Nouel.* 85. & in *l.* 3. *C. ... qui ſponte munera ſuſcep. lib.* 10. Quibus locis oſtenditur, olim etiam patres ciuitatum habuiſſe curam operum publicorum omnium: curam igitur viarum publicarum & operum: Iidem & patres ſimpliciter dicuntur in *l. vlt. C. Iudæis*, vbi legendum, *patris honorem*, id eſt, patris ciuitatis *l.* 12. Græca, *C. de hæretic.* dicuntur & curatores reip. vt Baſil. interpretantur in *l. ad curatores, de damno infect. l.* 1. *C. de ſolut. & liberat. lib.* 11. *l. vlt. de off. adſeſſ.* Sunt magiſtratus minores, curatores reipubli. publicarum viarum, & operum publicorum: ergo habent iuriſdictionem, habent adſeſſores *d. l. vlt.* habent mulctæ dictionem aduerſus inobedientes, vt oſtendit hæc lex Papin. Ab iis omnibus quos ſupra diximus ſeparantur ædiles, & nomine & adminiſtratione. Nam ædiles dicuntur ἀγορανόμοι, vt Theoph. docet §. *proponebat, Inſt. de iure natur. gen. & ciu.* illi vero dicuntur ἀστυνόμοι. differunt adminiſtratione quoque, nam ad ἀγορανόμους pertinent iura rerum venalium: Theophraſt. lib. de legib. apud Suidam: *duorum potiſſimum curam incumbere ædilibus, vt rite omnia & ordine gerantur in foro, & vt fraudes tum emptorum, tum venditorum coerceantur.* Verùm ad ἀστυνόμους pertinet cura viarum & operum publicorum. Vlpianus interpres Demoſthenis ex Platone vt opinor ἀγορανόμος, inquit, *eſt qui inſpicit res venales in foro:* ἀστυνόμος, *qui curat munditiem ciuitatis, & à nobis dicitur pater.* Proinde vt in hac l. oſtendit. curant ἀστυνόμοι, vt viæ puræ ſint & mundæ. vt viarum cumuli non lædant ædificia, & conſtruantur ponticuli, vbi res exigit in publico per quos populo iter ſit, & ne parietes ædium ven-

A trem faciant in publicam viam, vt fulciant fulflaminibus & tibicinibus, & ne quid proiiciatur, aut obruatur in viam publicam, quod itineri vel actui vehiculorum impedimento ſit, ne quis viam publicam aperiat, aut fodiat, vel obruat, vt deteriorem faciat, ne ædificet in via publica niſi publicè, vt ait *l. fluminum, de damno infect.* idque auctoritate publ. veluti principis. Publice ædificare eſt ædificare auctoritate publica, vt publicè conſecrare eſt conſecrare auctoritate publica, puta per principem aut pontificem, *l.* 4. § *ſacra, de rer. d u.* & inter cætera (quod ait in hac lege) ne ædiles ſinant in viam publ. proiici ſordes. Id etiam ex neſcio quo auctore Græco inuenies ſcriptum de ἀστυνόμοις apud Suidam eos curam habuiſſe ſordium proiiciendarum.
B Plutarchus quoque in præceptis politicis, dum ſcribit de iis, qui apud Thebanos dicebantur τελεάρχαι, qui idem erant, ἀστυνόμοι. Ex quibus intelligitur, quanta ſit differentia inter ἀγορανόμους & ἀστυνόμους. Non inficior tamen, vt euenit ſæpe, vni deferri duo munera publica, ita eſſe factum, vt idem eſſet ἀγορανόμος, ſiue ædilis, & ἀστυνόμος, ſeu curator viarum aut itinerum ciuitatis. Suet, in Veſpaſ. *Veſpaſianum ædilem Cæſar ſuccenſens propter curam verrendis viis non adhibitam, luto opleri iuſſit*, quia ſcilic. Veſpaſianus non tantum erat ædilis, ſed etiam curator viarum, vt hanc rem referens nominatim ait Dio libro 58. cuius hæc ſunt verba: *lu-*
C *tum*, inquit, *cernens in publica via, iuſſit proiici in veſtem Veſpaſiani, qui tunc erat ædilis, & curator viarum*, & ita duplici munere functus. Proinde ille etiam locus indicat eſſe differentiam inter ἀστυνόμους, & ἀγορανόμους. Vide Obſeruat. lib. 22. cap. 31.

Finis II. libri Papiniani de Adulteriis.





INDEX RERVM AC VERBORVM IN RECITATIONIBVS COMMENTARIISQVE IACOBI CVIACII IN QVÆSTIONES, RESPONSA, definitiones & libros de Adulteriis & ἀσυνομιχῦ Æmilij Papiniani, contentorum.

Cuius prior numerus Librum vel Quæstionum, vel Responsorum, vel Definitionum, vel de Adulteriis notat, & secundus columnam, literæ a, b, c, d, e, seriem distinctarum columnarum.

A



an Bonorum

D

F

Infames

N

P

Procurator

Suam

F I N I S.